

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 397

DE 30 DE JUNHO DE 2009.

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO -
PENALIDADES DE ADVERTÊNCIA E MULTA — ARTS. 1º E
3º DA DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 161/07 — PROCESSO
REGULATÓRIO E-04/887.150/1999.

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 nº E-12/020.137/2008, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer e dar provimento à Impugnação apresentada pela Concessionária CEG para anular o Auto de Infração nº 040/2009, de 18/02/2009.

Art. 2º - Determinar à Secretaria Executiva a expedição de novo Auto de Infração, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, utilizando-se o IGP-M como índice de atualização para o cálculo da multa, que deverá incidir sobre o valor histórico do somatório dos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração.

Art. 3º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 041/2009, de 18/02/2009, negando-lhe provimento.

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

Rio de Janeiro, 30 de junho de 2009.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro Presidente
ANA LÚCIA SANGUÊDO BOYNARD MENDONÇA
Conselheira
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira Relatora
SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro

Processo nº.	E-12/020.137/2008
Data de Autuação	01 de abril de 2008
Concessionária	CEG
Assunto	Auto de Infração – Penalidades de advertência e multa – arts. 1º e 3º da Deliberação AGENERSA nº 161/07 – Processo Regulatório E-04/887.150/1999.
Sessão Regulatória	30 de junho de 2009

Serviço Público Especial

Processo n.º E-12/020.137/2008

Data 01/04/08 Fls.: 110

Rúbrica: 

Voto

Trata-se de analisar impugnações apresentadas pela Concessionária CEG em face dos Autos de Infração nºs 040¹ e 041², ambos de 2009, por meio dos quais esta Agência realiza, respectivamente, a cobrança de multa e a aplicação de advertência impostas pela Deliberação AGENERSA nº 161, de 25/09/2007, determinadas nos autos do processo regulatório nº E-887.150/1999, sendo certo que a multa decorre de descumprimento do prazo previsto para o atendimento do disposto no art. 4º³ da Deliberação ASEP-RJ/CD nº 299/2002, e a advertência foi motivada pela recusa no encaminhamento de dados relacionados nos incisos II e III do art. 5º⁴ desta última Deliberação.

Inicialmente, cumpre consignar a tempestividade da apresentação das referidas Impugnações, eis que (i) os Autos de Infração foram recebidos por representante da Concessionária em 19/02/2009 (quinta-feira); (ii) foi concedido, na forma dos instrumentos punitivos em pauta, prazo de 05 (cinco) dias úteis para apresentação de eventual defesa e (iii) as peças de defesa foram protocolizadas em 03/03/09, após o feriado de Carnaval⁵. u

¹ Fls. 35.

² Fls. 38.

³ Art. 4º - Determinar a Concessionária CEG que retifique, a partir de dezembro de 2002, o fator de correção do Poder Calorífico do gás manufaturado, dividindo o Poder Calorífico do gás manufaturado efetivamente fornecido por 4.300, conforme o Regulamento de Medição e Faturamento dos Serviços de Gás Canalizado, parte II, Item 19, do Decreto Estadual 23.317/1997, até a assinatura pelo Poder Concedente do Termo Aditivo ao Contrato de Concessão que fixará o valor definitivo;

⁴ "Art. 5º - Baixar o processo em diligência para que a ASEP-RJ tome as seguintes providências:

(...)

2 - Calcule a arrecadação decorrente da aplicação do fator de correção do Poder Calorífico sobre as contas do gás manufaturado, no período compreendido entre outubro de 2000 e dezembro de 2002. A Concessionária CEG fornecerá a consolidação das contas identificando os valores cobrados a título de aplicação do fator de correção do poder calorífico no prazo de até 30 (trinta) dias, assim como outras informações consideradas pertinentes;

3 - Corrija pelo IGP-M o montante mensal apurado no item 5.2, trazendo-o a valores presentes com o objetivo de compensá-lo durante a revisão quinquenal da CEG."

⁵ O feriado de carnaval, neste ano, ocorreu no dia 24/02, sendo certo que a segunda-feira, dia 23, e a quarta-feira de cinzas, dia 25, foram declaradas pontos facultativos, sem expediente nesta AGENERSA.

Revela-se fundamental, na ocasião, consignar que esta Autarquia garantiu à Concessionária, em todas as fases do processo regulatório nº E-04/887.150/1999, o direito à ampla defesa e ao contraditório, o que, aliás, foi reconhecido pela própria CEG em suas peças de Impugnação, ao declarar que "(...) o objeto do presente auto de infração já foi **exaustivamente discutido em processo regulatório específico anterior** (...)".⁶ Assim, não é possível, na presente fase, apreciar alegações meritórias, porquanto, além do encerramento das instâncias administrativas de análise do mérito, verifica-se, ainda, a existência de processo regulatório específico a respeito do tema.

Feita esta ressalva, passa-se a analisar a primeira impugnação⁷ interposta, direcionada ao Auto de Infração nº 040/2009, que aplicou a penalidade de multa.

Em tal peça, a Concessionária sustenta, a princípio, a nulidade do Auto de Infração, ante a afirmação de que a correta técnica processual se traduziria em primeiro ser lavrado o auto de infração, para depois ser realizada "*discussão das razões fáticas e jurídicas que seriam suficientes para ensejar a sua manutenção ou não*".

Não há motivo para se concordar com esta assertiva, já que o procedimento adotado por esta Agência encontra-se devidamente regulamentado⁸ e resguarda o direito da Concessionária ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório,

A segunda proposição formulada pela CEG nesta primeira Impugnação é a de ausência de previsão do auto de infração no Contrato de Concessão.

De fato, o aludido instrumento contratual não dispõe a respeito da lavratura de auto de infração para a aplicação de eventuais penalidades, estabelecendo regras relativas apenas ao aspecto material da imposição de sanções.

⁶ Sem grifos no original.

⁷ Fls. 42/62.

⁸ Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007.

Logo, diante da apontada lacuna contratual, compete à Agência Reguladora adotar o rito procedimental que julgar conveniente.

Ademais, conforme afirmado na Impugnação em análise, o Decreto Estadual nº 38.618/2005 regulamentou a questão, no inciso XX e parágrafo único do art. 23⁹.

Assim, revela-se improcedente a alegação de que inexistente respaldo para a prática do ato administrativo em comento, na medida em que não é possível interpretar o texto do Decreto de forma restritiva. Isto porque, como é de conhecimento geral, a regra jurídica é aplicável a todos os seus destinatários e eventuais exceções devem ser expressamente previstas no texto legal, o que não ocorreu na vertente hipótese.

Cabe destacar, ainda, que a lavratura do Auto de Infração constitui uma garantia a mais para o administrado, à medida que objetiva formalizar a aplicação da penalidade.

Em continuidade, reclama a Concessionária a nulidade do auto de infração e da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, ao argumento de que tal regulamento violaria a Cláusula Décima, parágrafo 2º, do Contrato de Concessão, que determina que as penalidades sejam impostas com base em processo administrativo.

Também neste ponto a alegação da CEG não deverá prosperar, haja vista inexistir incompatibilidade entre a cogitada Instrução Normativa e o Contrato de Concessão. Em verdade, a citada norma nada mais fez que trazer ainda mais segurança jurídica à própria Concessionária, mantendo obviamente a necessidade de discussão da aplicação da pena em processo regulatório específico.

Prosseguindo-se no exame da peça de impugnação, aduz a Concessionária nova preliminar de nulidade do auto de infração, agora em

⁹ "Art. 23. Compete à Secretaria Executiva:

XX – expedir auto de infração, para execução das penalidades impostas por Deliberação emanada do Conselho Diretor, em conjunto com as Câmaras Técnicas.
Parágrafo único – Após o recebimento do auto de infração conceder-se-á um prazo de 5 (cinco) dias úteis para a apresentação de eventual defesa, respeitado, no que couber, as disposições contratuais."

Serviço: 6.124.020.137, 2008
Processo: 01.04.08
Data: 01/04/08
Folha: 112
Páginas: 1

AGENERSA

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



decorrência de pretensão descumprimento de formalidades legais, em especial no item 10 do AI, sob a acusação de não constar de forma pormenorizada a motivação que ensejou a aplicação da multa, e de discriminação deficiente dos valores desta penalidade (subitem 10.3.1).

Ambas as afirmações não condizem com a realidade; a primeira porque o relato da conduta, constante do AI, demonstra a motivação da pena aplicada e a segunda, porque o ventilado AI possui, em anexo, a sua memória de cálculo, como anunciado no seu item 19.

Em seguida, invoca a Concessionária a insubsistência da penalidade de multa pecuniária, baseada na discussão judicial travada em face da Deliberação AGENERSA nº 161/07, uma vez que *"ambas as partes – Concessionária e Regulador –, entenderam por bem aguardar a decisão judicial (...) antes de proceder a qualquer resolução"*¹⁰.

Claro está que se cuida de argumento que extrapola a impugnação ao auto de infração, e tenta rediscutir o mérito da indigitada Deliberação, o que já recomenda o não conhecimento da alegação. Ainda assim, é útil notar que a redação daquela Deliberação revela a preocupação desta Agência de respeitar as decisões judiciais existentes sobre o assunto, as quais não prejudicam a multa estampada no seu art. 3º.

Mantendo a ordem das alegações elaboradas, exalta a Concessionária que os autos de infração, por serem a instrumentalização de atos de poder de polícia, devem ser emanados de agentes investidos mediante prévia aprovação em concurso de provas ou provas e títulos, o que não ocorreu.

São transcritos acórdãos¹¹ do E. Tribunal de Justiça deste Estado, que informam a indelegabilidade do poder de polícia a agentes de trânsito não nomeados em concurso público, e a incompatibilidade do exercício de polícia administrativa ao cargo em comissão.

¹⁰ Fls. 51.

¹¹ Apelações Cíveis nº 2006.001.18727, Des. Rel. Sidney Hartung, Quarta Câmara Cível, e nº 2006.001.55747, Des. Rel. Jessé Torres, Segunda Câmara Cível.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.137/2008

Data 01/04/08 Fls.: 113

Rúbrica: *u*

Assim sendo, conclui a CEG, neste tópico, asseverando que "autos de infração, termos de notificação, relatórios de fiscalização, entre outros, devem ser indubitavelmente, considerados nulos".

O argumento apresentado pela delegatária oferece interessante oportunidade para esclarecimento sobre o exercício da função de polícia¹² por parte desta Agência Reguladora, comentando a participação dos servidores desta Autarquia, de acordo com a natureza de seus vínculos com o serviço público.

Definindo-se o poder de polícia como "a atuação administrativa para limitar o direito à liberdade e à propriedade (ou, com mais precisão científica: de definir concretamente seus contornos)"¹³, é fato que, para resguardar a liberdade de atuação do representante do Estado imbuído da missão de executar ato de coerção¹⁴, dotado de imperatividade, é certamente fundamental que o mesmo esteja protegido por garantias especiais, que lhe confirmem tranquilidade para assim agir.

Deste modo, a nosso ver, revela-se importantíssima a estabilidade alcançada pelo servidor efetivo após cumprimento de estágio probatório para o desempenho deste mister, por atrelar a sua exoneração à existência de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar no qual lhe seja permitida a ampla defesa. Desta maneira, há a garantia de que aquele agente não colocará o seu cargo em risco dependendo dos interesses que venha a contrariar.

A ressalva que se deve fazer é a de que o entendimento aqui defendido não é unânime, havendo aqueles que advogam até mesmo a possibilidade do exercício do poder de polícia por pessoas jurídicas de direito privado, com pessoal submetido ao regime da CLT – portanto despido de estabilidade –, desde que vinculadas ao Estado (empresas públicas e sociedades de economia mista)¹⁵.

¹² Esclareça-se que a referência ao termo "função de polícia" vem ao encontro da doutrina publicista mais moderna, com destaque para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que não mais emprega a expressão "poder de polícia", por ser o poder estatal uno e indivisível. Assim, seria mais precisa a ideia da existência de funções estatais diversas – e dentre elas a de polícia – no âmbito de um único poder. Carlos Ari Sunfeld, por sua vez, propõe a adoção do termo "administração ordenadora".

¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador, 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁴ *Ius imperii*.

¹⁵ Neste sentido, CARVALHO JUNIOR, José dos Santos, 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 72.

Serviço Público Civil
Processo nº: E-12/020.137/2008
Data: 01/04/08
Fis.: 114
Rúbrica: 

Tal posicionamento, diametralmente oposto ao anunciado pela CEG, foi inclusive acompanhado pela maioria dos Desembargadores integrantes do Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça deste Estado, em acórdão¹⁶ de grande repercussão, prolatado em 2007, no qual se discutiu a possibilidade de a Guarda Municipal do Rio (que é uma empresa pública, com pessoal regido pela CLT) lavrar multa de trânsito. A título de ilustração, cabe trazer aqui algumas passagens deste julgado:

“(…) o poder de polícia, como faculdade ou poder da Administração Pública, nos termos dos princípios gerais que se podem extrair do disposto no art. 37, *caput*, da Constituição da República, não é privativo, no seu exercício, das entidades estatais, pois constitui instrumento de atuação da soberania do povo brasileiro e não mero privilégio exclusivo daqueles que agem em nome do interesse público.

Desde as Ordenações Filipinas, promulgadas em 1580, admite a ordem jurídica a regra geral, constante no Código de Processo Penal ora em vigor, de que a prisão, o mais relevante ato da repressão estatal em tempo de paz, pode ser realizada por qualquer pessoa do povo.

(…)

Note-se, ademais, que, neste início do século XXI, parece excessivamente anacrônico exigir-se a exclusiva atuação de servidor público concursado, efetivo e estável, com os requisitos exigidos para os funcionários do núcleo do Estado (integrado pelas atividades como Justiça, Fisco, Forças Armadas, Diplomacia) para o simples fato administrativo

leciona o autor: “Inexiste qualquer vedação constitucional para que pessoas administrativas de direito privado possam exercer o poder de polícia em sua modalidade fiscalizatória. Não lhes cabe – é lógico – o poder de criação das normas restritivas de polícia, mas, uma vez já criadas, como é o caso das normas de trânsito, nada impede que fiscalizem o cumprimento das restrições. Aliás, cabe aqui observar que a Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) é claríssima ao admitir que o agente da autoridade de trânsito, a quem incumbe comprovar a infração, seja servidor civil, estatutário ou celetista ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito.” (grifos no original)

¹⁶ Representações de Inconstitucionalidade nº 2003.007.00146 e nº 2003.007.00109, julgadas simultaneamente. Des. Rel. Nagib Slaibi. Publicação em 06/08/2007.

Serviço: 01/04/08
Processo: E-12/020.137/2008
Folha: 115
Rubrica: d

de cumprimento de norma de trânsito por um dos sessenta milhões de veículos automotores que circulam no País (...).”

Porém, apesar desta respeitável tese, reafirmo a opinião formada no sentido da necessidade de um regime jurídico especial que proteja o agente destacado para o exercício da função de polícia de eventuais retaliações, o que é inegavelmente fornecido pelas regras estatutárias.

Ocorre que o requisito da estabilidade do servidor não é um fim em si mesmo, mas sim um mecanismo utilizado para atingir a um dado objetivo, que é, *in casu*, a efetividade da função de polícia. Isso quer dizer que outros instrumentos podem ser criados para gerar o mesmo manto protetor para esta atuação estatal. E à frente veremos outro exemplo, próprio das agências reguladoras.

Nesta oportunidade, cabe tecer outro comentário essencial quanto ao conteúdo do conceito de poder de polícia, que não encerra uma única espécie de ação, como prescreve Marcos Juruena Villela Souto¹⁷, vejamos:

“Tal poder é exercido pela ordem ou **comando de polícia**, no qual está sintetizada a limitação à liberdade individual; no **consentimento de polícia**, pelo qual a Administração, provocada pelo interessado, aprecia se sua pretensão se encontra dentro dos limites do comando (ex: licença e autorização); na **fiscalização de polícia**, pela qual a Administração toma a iniciativa de verificação da observância, pelos administrados, dos comandos impostos em benefício da coletividade (materializada nos autos de infração) e, por fim, na **sanção de polícia**, com aplicação das penalidades previstas em lei e observada a proporcionalidade em relação à falta, pela

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.137/2008

Data 01/04/08 Fls. 116

Rúbrica: 

¹⁷ Direito Administrativo das Concessões, 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

AGENERSA

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



inobservância dos limites impostos." (grifos no original)

Em consonância com a doutrina citada, vemos que a questão a ser tratada se encerra na vertente sancionatória da função de polícia, já que se questiona o procedimento de aplicação de multa pela AGENERSA, com a subscrição do auto de infração que especifica a multa feita por servidores extraquadro.

Isto posto, é preciso saber se a lavratura do auto de infração é, no caso particular desta Agência, a manifestação da sanção de polícia, a demandar a participação de servidor efetivo.

Como é do conhecimento geral, a função de polícia, notadamente na vertente sancionatória, tem por características a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade¹⁸ rememorando, para continuidade do raciocínio, que a discricionariedade envolve a apreciação do caso concreto à luz da legislação aplicável, para que se conclua pela necessidade ou não da aplicação de penalidade; a autoexecutoriedade significa a possibilidade de a Administração impor, por seus próprios meios, a modificação da ordem jurídica do particular e a coercibilidade informa a imperatividade do ato de polícia, tornando obrigatório o atendimento ao comando emitido.

Pois bem, não é preciso grande esforço para se perceber que os atributos em destaque não se encontram na esfera de competência das Câmaras Técnicas ou da Secretaria Executiva desta Agência. O auto de infração constante neste processo, identicamente a todos os demais expedidos pela AGENERSA, não concretiza um juízo de valor de seus subscritores quanto à conduta da Concessionária. Os servidores integrantes destes órgãos não podem, isoladamente, sobrepor uma decisão sua aos interesses da Concessionária, da mesma forma que não lhes assiste a prerrogativa de exigir o cumprimento desta ordem.

Nos exatos termos do Regimento Interno desta Autarquia, compete ao Conselho Diretor exercer o poder regulatório (art. 8º, 1º), nos

¹⁸ Neste sentido, CARVALHO JUNIOR, José dos Santos, ob. cit., p. 78/81.

¹⁹ Art. 8º - Compete ao Conselho-Diretor, sem prejuízo de outras atribuições previstas em lei e neste Regimento:

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.137/2008

Data 01/04/08 Fls.: 117

Rúbrica: f

limites do qual se insere a prerrogativa de aplicar sanções. Estes atos, por seu turno, reclamam prévia decisão, formalizada em uma deliberação (art. 8º, VI, "a"²⁰).

Esmiuçando o procedimento de aplicação de penalidades, a Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007, em seu art. 8º, é também de incontestável clareza quanto à identificação do órgão competente para a prática deste ato, *in verbis*:

"Art. 8º. Se, da **apreciação do mérito, o Conselho Diretor da AGENERSA decidir**, nos autos do processo regulatório instaurado na forma do art. 7º, que a Concessionária efetivamente incorreu em infração, nos termos da lei e/ou dos Contratos de Concessão, **determinará à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica**, a aplicação da pena cominada, por meio da lavratura de 'Auto de Infração (AI)', com base no modelo incluído no Anexo III." (grifou-se)

O dispositivo legal em voga não apenas reforça a competência exclusiva do Conselho Diretor para decidir pela aplicação de penalidades, como torna extrema de dúvida a atuação plenamente vinculada da SECEX e da Câmara Técnica. Cabe tão-somente a esses órgãos a formalização do documento que indicará o valor da multa a ser recolhida, segundo ordem veiculada em deliberação, e com base em operação matemática efetuada pela CAPET.

Destarte, se não bastasse a ausência das características da função de polícia, a atuação vinculada dos titulares da Secretaria Executiva e da Câmara Técnica, que se sujeitam às penalidades administrativas previstas em lei²¹ em caso de descumprimento à deliberação, afasta cabalmente qualquer iniciativa de intimidação visando a não expedição do auto. Em

1 - exercer o poder regulatório da AGENERSA nas áreas de sua competência;

²⁰ VI - tomar decisões, expedindo os seguintes atos:

a) deliberações;

²¹ Decreto-Lei nº 220/75 (Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Poder Executivo do ERJ): "Art. 39. São deveres do funcionário: VII – observância das normas legais e regulamentares; VIII – obediência às ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais".

Processo E-12/020.137/2008
Data 01/04/08
Roberto f

consequência, há, aqui, mais um argumento capaz de refutar a necessidade da participação de servidor efetivo para a prática deste ato.

Assim sendo, cumpre declarar superada a alegação de que os servidores que subscrevem os autos de infração desta Agência realizam ato de polícia, devido à absoluta ausência de todas as características intrínsecas a esta função estatal. Tais servidores respondem apenas pela instrumentalização do ato de polícia anteriormente emanado.

Estabelecido, portanto, que a função de polícia é exercida pelo Conselho Diretor, retoma-se a discussão quanto à essencialidade da estabilidade para os servidores que atuam nesta frente.

Como em todas as agências reguladoras do País, os membros deste Conselho Diretor não exercem tal função na qualidade de servidores efetivos, mas sim por força da nomeação em cargos em comissão. Assim, o manto protetor que persiste necessário não derivará da estabilidade, mas do mandato fixo de 04 (quatro) anos estatuído no art. 11²² da Lei nº 4.556/2005. Daí porque se falou anteriormente que, ao nosso juízo, a estabilidade não é um requisito essencial para a prática da função de polícia.

Muito embora este enfoque seja bastante para a resolução deste questionamento, creio seja conveniente deixar firmado, neste voto, meu entendimento também quanto à fiscalização de polícia levada a efeito por esta Agência, vez que esta atuação sofreu igualmente críticas da Concessionária.

Ainda segundo o entendimento doutrinário vigente, a atuação fiscalizadora também comporta a participação de particulares em auxílio à ação do Poder Público. É o que expõe José dos Santos Carvalho Filho²³:

²² "Art. 11 – O mandato dos conselheiros será de 04 (quatro) anos, admitida uma única recondução."

²³ CARVALHO JUNIOR, José dos Santos, ob. cit., p. 72/73.

Na mesma linha caminha Celso Antônio Bandeira de Melo, que assim afirma:

"A restrição à atribuição de atos de polícia a particulares funda-se no corretíssimo entendimento de que não se lhes pode, ao menos em princípio, cometer o encargo de praticar atos que envolvem o exercício de misteres tipicamente públicos quando em causa liberdade e propriedade, porque ofenderiam o equilíbrio entre os particulares em geral, ensejando que uns oficialmente exercessem supremacia sobre outros.

Daí não se segue, entretanto, que *certos atos materiais que precedem atos jurídicos de polícia* não possam ser praticados por particulares, mediante *delegação*, propriamente dita, ou em decorrência de um *simplex contrato de prestação*. (...) De resto, não há nisso atribuição alguma de poder que invista os contratados em qualquer supremacia engendradora de desequilíbrio entre os administrados, pois não se está aí envolvida expedição de sanção administrativa e nem mesmo a *decisão* sobre se houve ou não violação de norma de trânsito, mas mera constatação objetiva de um fato." (In. MELO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008)

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.137/2008

Data: 01/04/09 Fis.: 119

Rúbrica: &

“Em determinadas situações em que se faz necessário o exercício do poder de polícia fiscalizatório (normalmente de caráter preventivo), o Poder Público atribui a pessoas privadas, por meio de contrato, a operacionalização material da fiscalização através de máquinas especiais, como ocorre, por exemplo, na triagem em aeroportos, para detectar eventual porte de objetos ilícitos ou proibidos. Aqui o Estado não se despe do poder de polícia nem procede a qualquer delegação, mas apenas atribui ao executor a tarefa de operacionalizar máquinas e equipamentos, sendo-lhe incabível, por conseguinte, atribuir qualquer tipo de restrição; sua atividade limita-se, com efeito, à **constatação de fatos.**” (grifos no original)

Ora, se até mesmo um particular pode ser designado para realizar a constatação de fatos que instruem a fiscalização de polícia levada a efeito pela Administração, indubitavelmente não há nada de ilegal em que um servidor extraquadro, submetido às obrigações do regime estatutário, possa declarar a verificação de fatos, sem que isso represente a imposição de qualquer tipo de restrição de direitos de qualquer parte.

Aliás, a lei não restringe a presunção de veracidade e legitimidade aos atos administrativos praticados por servidores efetivos, sendo também um atributo dos executados por detentores de cargo comissionado.

Dito isto, não identifico qualquer irregularidade na lavratura de termos de notificação e de relatórios de fiscalização por servidores que ocupem cargo de livre nomeação e exoneração, em especial no que tange àqueles lotados em órgãos intimamente voltados ao acompanhamento da atuação das concessionárias.

O próximo ponto impugnado pela CEG se traduz na afirmação de que, *“quando da aplicação da penalidade objeto do auto de infração ora impugnado, não houve regulação ou fiscalização prévias, sobre as práticas realizadas pela*

Serviço Público Estadual

Processo: E-12/020.137/2008

Data: 01/04/08 Fols: 120

Rubrica: &

Recorrente", o que desrespeitaria a necessidade de regulação prévia antes de se penalizar.

De fato, é incontroversa a necessidade do devido processo legal para a caracterização de uma irregularidade e aplicação da correspondente penalidade. O que não se compreende é a alegação de desrespeito a este princípio básico da atuação desta Agência, no mesmo arrazoado em que a CEG salienta, conforme transcrito linhas acima, que a causa da imposição da multa foi exaustivamente discutida em processo regulatório específico. Fica, assim, demonstrada a fragilidade da tese.

Passando ao próximo ponto, alega a CEG a falta de proporcionalidade e razoabilidade na penalidade fixada, o que se mostra um argumento incabível, na medida em que o presente processo foi instaurado para a efetiva aplicação da penalidade imposta à Concessionária, com estrita observância ao devido processo legal, não consistindo a impugnação ao Auto de Infração um segundo recurso objetivando a reforma da decisão prolatada no âmbito do processo regulatório adequado.

É por isto que, em sede de análise de impugnação, não se adentrará nesta seara.

Após, critica a CEG os cálculos efetuados pela CAPET para a definição do valor da multa, "*no que concerne à atualização monetária dos valores constantes ao faturamento dos 12 (doze) últimos meses anteriores a ocorrência da infração, até a data em que foi proferida a Deliberação nº 161/07*"²⁴, notadamente quanto à utilização do faturamento bruto, ao invés do líquido.

Contudo, como bem justifica a CAPET²⁵, a menção feita no Contrato de Concessão ao conceito de faturamento, sem distinção do tipo de contraprestação, indica a aplicação integral do item contábil "311 – Receita de Vendas", de modo que se revela exato o cálculo realizado por aquela Câmara Técnica.

²⁴ Fls. 59.

²⁵ Fls. 97/98.

Serviço: ...
Processo: E-12/020.137/2008
Data: 01/04/08
Assinatura: [assinatura]

Finalmente, chega-se ao último argumento apresentado pela CEG nesta primeira impugnação, atinente à errônea utilização da taxa SELIC para a atualização da multa discriminada naquele auto de infração, o que o faz lastreando-se em voto de minha autoria, oferecido no processo regulatório nº E-33/120.011/2005.

Realmente, naquela oportunidade, esclareci meu entendimento no sentido de que deve ser utilizado o IGP-M para a atualização monetária do montante de faturamento apurado nos 12 (doze) meses anteriores à ocorrência da falta punida com a aplicação da multa, por se tratar do índice eleito contratualmente²⁶ para a atualização das tarifas do serviço público em questão, empregando-se a taxa SELIC nas hipóteses de atraso no pagamento da multa já imposta, configurando juros moratórios²⁷.

Com este raciocínio, penso seja procedente esta última crítica desferida em face do AI nº 040/2009.

Em relação ao Auto de Infração nº 041/2009, que aplicou a penalidade de advertência, foi apresentada Impugnação²⁸ cujos questionamentos são idênticos aos itens de mesmo título constantes na petição anteriormente tratada²⁹, não trazendo qualquer discussão inédita.

A vista disso, a exposição até aqui realizada é adequada para a apreciação e julgamento também desta segunda Impugnação, sem necessidade da repetição de comentários.

Por todo o exposto, sugiro ao Conselho Diretor:

u

²⁶ Cláusula 7ª, parágrafo 17º, do Contrato de Concessão.

²⁷ Conforme esclarecido naquele voto, tal se dá de acordo com as alternativas ventiladas no Parecer nº 01/2004 ASEP-RJ/ASJUR-DMS, da Assessoria Jurídica da então ASEP-RJ, e à luz da decisão do Conselho Diretor da extinta ASEP-RJ, firmada em Reunião Interna Ordinária de 07/04/2004. É, também, a dicção do parágrafo único do art. 14 da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, que alude ao seu emprego "a partir do vencimento da obrigação até o seu efetivo recolhimento".

²⁸ Fls. 63/73.

²⁹ Os títulos encontrados nesta segunda Impugnação são os seguintes: (i) Preliminarmente – Nulidade do Auto de Infração nº 041/2009 – Momento da Lavratura do Auto de Infração; (ii) Nulidade do Auto de Infração – Ausência de Previsão no Contrato de Concessão; (iii) Nulidade do Auto de Infração nº 041/2009 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007; (iv) Nulidade do Auto de Infração – Descumprimento às Formalidades Legais; (v) Exigência de Regulação Prévia Antes de se Penalizar; (vi) Nulidade do Auto de Infração nº 041/2009 – Da Suspensão da Penalidade de Advertência.

AGENERSA

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



• Conhecer e dar provimento à Impugnação apresentada pela Concessionária CEG para anular o Auto de Infração nº 040/2009, de 18/02/2009;

• Determinar à Secretaria Executiva a expedição de novo Auto de Infração, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, utilizando-se o IGP-M como índice de atualização para o cálculo da multa, que deverá incidir sobre o valor histórico do somatório dos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração.

• Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 041/2009, de 18/02/2009, negando-lhe provimento.

É o Voto.

Darcilia Leite

Conselheira Relatora

Serviço Público Estadual

Processo: E-12/020.137/2008

Data: 01/04/08

Folha: 123