



AGENERSA

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



Processo nº.: E-12/020.365/2009
Data de Autuação: 12 de novembro de 2009
Concessionária: CEG RIO
Assunto: Auto de Infração – Penalidade de Advertência –
Deliberação AGENERSA nº. 360/09
Sessão Regulatória: 29 de janeiro de 2010

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.365/2009

Data 12/11/2009 Fls.: 32

Voto

Rúbrica: 

Trata-se de analisar Impugnação¹ apresentada tempestivamente² pela Concessionária CEG RIO em face do Auto de Infração nº. 066/2009, de 23/11/2009, por meio do qual esta Agência aplica a penalidade de advertência imposta pela Deliberação AGENERSA nº. 360³, de 17/02/2009, determinada nos autos do processo regulatório E-12/020.377/2008, em decorrência das infrações identificadas no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P0027/08, e consequente transgressão a dispositivo do Contrato de Concessão.

Vale lembrar que esta Autarquia garantiu à Concessionária, em todas as fases do processo regulatório nº. E-12/020.377/2008, o direito à ampla defesa e ao contraditório. Assim, não é possível, na presente fase, apreciar alegações meritorias, porquanto, além do encerramento das instâncias administrativas de análise do mérito, verifica-se, ainda, a existência de processo regulatório específico a respeito do tema.

Em tal petição, a Concessionária sustenta, a princípio, a nulidade do Auto de Infração, ante a suposta ausência de previsão no Contrato de Concessão.



¹ Fls. 09/15.

² Eis que (i) o Auto de Infração foi recebido por representante da Concessionária em 24/11/2009; (ii) foi concedido, na forma do instrumento punitivo em pauta, prazo de 05 (cinco) dias úteis para apresentação de eventual defesa e (iii) a peça de defesa foi protocolizada nesta AGENERSA em 01/12/09.

³ Art. 2º - Aplicar à CEG RIO a penalidade de ADVERTÊNCIA, prevista na Cláusula Décima do Contrato de Concessão no art. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE-P 00027/08, de 28/05/2008, e no Termo de Notificação nº. 002/2008, de 11/06/2008.

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.

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. 23⁴.

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.

Mantendo a ordem das alegações elaboradas, a Concessionária aduz a ilegitimidade dos agentes que lavraram o auto impugnado para aplicação de penalidade, sob o argumento de que *"(...) considerando a essência dos atos decorrentes do poder de polícia, os quais conferem prerrogativas aos seus agentes, no sentido de condicionar e restringir atividades e direitos individuais, não se*

⁴ 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."



Rúbrica: *[assinatura]*
poderia admitir que um agente, sem a nomeação competente, pudesse emanar atos que condicionam de forma tão contundente o interesse individual.”

Transcreve acórdão⁵ do E. Tribunal de Justiça deste Estado, no qual informa a indelegabilidade do poder de polícia à agente de trânsito não nomeado em concurso público.

Conclui a CEG RIO, neste tópico, asseverando que “(...) atos decisórios tais como autos de infração, termos de notificação, relatórios de fiscalização, entre outros, devem ser, indubitavelmente, considerados nulos, pois emitidos com violação da regra legal acerca da atribuição para imposição de penalidades”.

A respeito, revela-se conveniente, mais uma vez, tecer alguns esclarecimento sobre o exercício da função de polícia⁶ 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)”⁷, é fato que, para resguardar a liberdade de atuação do representante do Estado imbuído da missão de executar ato de coerção⁸, dotado de imperatividade, é certamente fundamental que o mesmo esteja protegido por garantias especiais, que lhe confirmam tranquilidade para assim agir.

Deste modo, a nosso ver, revela-se importantíssima a estabilidade alcançada pelo servidor efetivo após cumprimento de estágio

[assinatura]

⁵ Apelação Cível nº. 2006.001.18727, Des. Rel. Sidney Hartung, Quarta Câmara Cível.

⁶ 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 Sundfeld, por sua vez, propõe a adoção do termo “administração ordenadora”.

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador, 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁸ *lus imperii*.

AGENERSA

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

São Paulo, Polícia Estadual

Processo nº E-12/020.365/2009

Data 12/11/2009 Fis.: 35

Rúbrica:



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)⁹.

Tal posicionamento, diametralmente oposto ao anunciado pela CEG RIO, foi inclusive acompanhado pela maioria dos Desembargadores integrantes do Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça deste Estado, em acórdão¹⁰ de grande repercussão, prolatado em 2007, no qual se discutiu a possibilidade de a Guarda Municipal do Rio (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

⁹ Neste sentido, CARVALHO JUNIOR, José dos Santos, 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 72. 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)

¹⁰ Representações de Inconstitucionalidade nº 2003.007.00146 e nº 2003.007.00109, julgadas simultaneamente. Des. Rel. Nagib Slaibi. Publicação em 06/08/2007.



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 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 Souto¹¹, 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 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 penalidade pela AGENERSA, com a subscrição do auto de infração 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. *e*

¹¹ Direito Administrativo das Concessões, 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Como é do conhecimento geral, a função de polícia, notadamente na vertente sancionatória, tem por características a discricionariedade, a autoexecutoriedade e a coercibilidade¹².

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, I¹³), nos 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”¹⁴).

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*: 

¹² Neste sentido, CARVALHO JUNIOR, José dos Santos, ob. cit. , p. 78/81.

Rememorando 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, tomando obrigatório o atendimento ao comando emitido.

¹³ Art.8º - Compete ao Conselho-Diretor, sem prejuízo de outras atribuições previstas em lei e neste Regimento:

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

¹⁴ VI - tomar decisões, expedindo os seguintes atos:

a) deliberações;



“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 estreme de dúvida a atuação plenamente vinculada da SECEX e da Câmara Técnica. Cabe tão-somente a esses órgãos a formalização do documento que indicará a penalidade, segundo ordem veiculada em deliberação.

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 lei¹⁵ em caso de descumprimento à deliberação, afasta cabalmente qualquer iniciativa de intimidação visando a não expedição do auto. Em 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

U

¹⁵ Decreto-Lei nº 220/75 (Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis 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”.




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. 11¹⁶ 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, uma vez mais, 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 Filho¹⁷: .

¹⁶ "Art. 11 – O mandato dos conselheiros será de 04 (quatro) anos, admitida uma única recondução."

¹⁷ 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 simples 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)



“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 autos de infração, 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.

u

Rúbrica: *sp*

Prosseguindo no exame da peça de impugnação, aduz a Concessionária nova preliminar de nulidade do auto de infração, agora em decorrência de pretensão descumprimento de formalidades legais.

Sustenta, para tanto, incoerência do referido Auto de Infração, eis que instruído com cópia da Deliberação AGENERSA n.º. 458¹⁸, de 29/09/2009, quando em seu bojo¹⁹ menciona a Deliberação AGENERSA 360, de 17/02/2009.

Da análise do auto de infração impugnado, constata-se, realmente, que o mesmo foi acompanhado apenas pela Deliberação AGENERSA n.º. 458, de 29/09/2009.

Contudo, não vislumbro no fato apontado pela Concessionária, vício formal capaz de tornar nulo o referido auto, especialmente porque não identifique prejuízo à apresentação de sua defesa.

Aplica-se, aqui, o Princípio da Instrumentalidade das Formas, previsto nos artigos 154 e 244 do Código de Processo Civil, que privilegia o atingimento da finalidade essencial do ato à estrita observância de sua forma prescrita em lei, temperando, dessa maneira, a rigidez do Princípio da Legalidade.

A título de elucidação, convém transcrever trecho da ementa do Recurso Especial n.º. 536463/SC, especificamente no que menciona sobre o Princípio invocado.

“Pelo princípio da Instrumentalidade das Formas, o defeito de forma só deve acarretar a anulação do ato *u*”

¹⁸ Que declarou a nulidade do auto de infração primeiro lavrado, qual seja, Auto de Infração n.º. 056/2009, bem assim determinou a expedição de novo Auto de Infração em face da Concessionária CEG RIO, com vistas à aplicação da penalidade imposta pela Deliberação AGENERSA n.º. 360/2009.

¹⁹ Campo 19.

Rúbrica: *sl*
processual impossível de ser aproveitado (art. 250 do CPC) e que cause prejuízo a defesa dos interesses da parte ou sacrifique os fins de justiça do processo (...).”

Para encerrar o tema, vale ressaltar que a Concessionária não demonstrou prejuízo decorrente da distinção identificada, mas, ao contrário, interpôs peça de defesa tempestiva, arguindo as teses que comumente adota.

O próximo ponto impugnado pela CEG RIO diz respeito à necessidade de regulação e fiscalização por parte desta AGENERSA antes da aplicação de penalidade, alegando, ainda, a inexistência de fundamento da penalidade, em razão da ausência de critérios para sua aplicação.

A toda evidência tais argumentos de defesa possuem cunho essencialmente meritório, cuja apreciação, conforme já informado, ocorreu nos autos do Regulatório n.º E-12/020.377/2008, razão pela qual não cabe, no âmbito do presente processo, reabrir sua discussão.

Por todo o exposto, recomendo ao Conselho-Diretor:

- Conhecer a Impugnação apresentada pela CEG RIO em face do Auto de Infração n.º 066/2009, de 23/11/2009, para negar-lhe provimento.
- Declarar o encerramento da instância administrativa

É o Voto.



Darcilia Leite

Conselheira Relatora

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.365/2009

AGENERSA

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

Data 12/11/2009 Fls.: 44

Rúbrica: *AP*



DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº.

DE 29 DE JANEIRO DE 2010.

**CONCESSIONÁRIA CEG RIO – AUTO DE
INFRAÇÃO – PENALIDADE DE
ADVERTÊNCIA – DELIBERAÇÃO
AGENERSA Nº. 360/09**

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-12/020.365/2009, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela CEG RIO em face do Auto de Infração nº. 066/2009, de 23/11/2009, para negar-lhe provimento.

Art. 2º - Declarar o encerramento da instância administrativa

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 29 de janeiro de 2010.

José Carlos dos Santos Araújo
José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro-Presidente

Darcilia Aparecida da Silva Leite
Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Relatora

Moacyr Almeida Fonseca
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro

Sérgio B. Raposo
Sérgio B. Raposo
Conselheiro