

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 421

DE 30 DE JULHO DE 2009.

CONCESSIONÁRIA CEG – RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-0026/08 – OBRAS EM VIAS PÚBLICAS.

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-12/020.201/2008, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 048/2009, de 22/05/2009, negando-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, 30 de julho de 2009.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro Presidente

ANA LÚCIA SANGUÊDO BOYNARD MENDONÇA
Conselheira

DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira Relatora

MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro

SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro

tura do seguro contratado para tal finalidade, ou, ainda, que empregou esforços no sentido apontado.

Art. 3º - Os prejuízos decorrentes do incidente em tela não ensejarão reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

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

Rio de Janeiro, 30 de julho de 2009

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro-Presidente
ANA LÚCIA SANGUEDO BOYNARD MENDONÇA
Conselheira
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira
MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro
SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro-Relator

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 420 DE 30 DE JULHO DE 2009

CONCESSIONÁRIA CEG RIO - ACIDENTE/INCIDENTE - RUA MARECHAL DEODORO Nº 21, ESQUINA COM A RUA DO IMPERADOR, 801 - CENTRO DE PETROPÓLIS/RJ.

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-12/020.457/2007, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Considerar que não houve responsabilidade da Concessionária CEG RIO quanto às causas do acidente ocorrido na Rua Marechal Deodoro, nº 21, esquina com a Rua do Imperador, 801 - centro de Petrópolis/RJ, em 05 de dezembro de 2007.

Art. 2º - Determinar que a Concessionária CEG RIO comprove, em até 45 (quarenta e cinco) dias, alternativamente, que enviou esforços para obter ressarcimento da Prefeitura de Petrópolis, quanto às despesas realizadas para o conserto da tubulação de gás referente ao incidente descrito no art. 1º ou que tentou também obter ou obteve a cobertura do seguro contratado para tal finalidade, ou, ainda, que empregou esforços no sentido apontado.

Art. 3º - Os prejuízos decorrentes do incidente em tela não ensejarão reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

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

Rio de Janeiro, 30 de julho de 2009

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro-Presidente
ANA LÚCIA SANGUEDO BOYNARD MENDONÇA
Conselheira
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira
MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro
SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro-Relator

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 421 DE 30 DE JULHO DE 2009

CONCESSIONÁRIA CEG - RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-0028/08 - OBRAS EM VIAS PÚBLICAS.

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-12/020.201/2008, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 048/2009, de 22/05/2009, negando-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, 30 de julho de 2009

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro-Presidente
ANA LÚCIA SANGUEDO BOYNARD MENDONÇA
Conselheira
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira Relatora
MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro
SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 422 DE 30 DE JULHO DE 2009

CONCESSIONÁRIA CEG - RECLAMAÇÃO DE CONSUMIDOR À CEG

O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA,

no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/020.203/2008, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar penalidade da advertência à Concessionária CEG por ter descumprido o §3º da Cláusula Primeira e os itens 4 e 9 do §1º da Cláusula Quarta do Contrato de Concessão, conforme disposto no inciso IV do §19 da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007.

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

Rio de Janeiro, 30 de julho de 2009

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro-Presidente
ANA LÚCIA SANGUEDO BOYNARD MENDONÇA
Conselheira Relatora
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira
MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro
SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 423 DE 30 DE JULHO DE 2009

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE ADVERTÊNCIA - DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 389/2009.

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-12/020.203/2009, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 054/2009, de 22/06/2009, negando-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, 30 de julho de 2009

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro-Presidente
ANA LÚCIA SANGUEDO BOYNARD MENDONÇA
Conselheira
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira Relatora
MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro

CEG - Estrutura Tarifária		
Vigência: 01/07/2009		
TIPO DE GÁS / CONSUMIDOR	Faixa de Consumo	Tarifa Limite
GLP		
Residencial	Faixa única - (R\$/kg)	3,4674
Industrial	Faixa única - (R\$/kg)	3,6183
Vila João	Faixa única - (R\$) (1)	45,08
Nota:		
(1) - o valor correspondente a um botijão de 13 kg		

Art. 2º - Considerar cumprido por parte da Concessionária CEG, o disposto nos §§ 14 a 20 da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão, quanto à obrigação de comunicação prévia aos consumidores, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, da nova estrutura tarifária.

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

Rio de Janeiro, 30 de julho de 2009

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro-Presidente
ANA LÚCIA SANGUEDO BOYNARD MENDONÇA
Conselheira
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira
MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro
SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro-Relator

Id: 815499. A futurar por empenho

DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO
DIRETORIA ADMINISTRATIVA
DIVISÃO DE PESSOAL
DESPACHO DO DIRETOR INTERINO
DE 06.08.2009

Proc. nº E-04/496830/4000/1992 - ROBERTO TAVARES DUARTE, matr. nº 24/000.093-5. CONCEDIDO 09 (nove) meses de licença especial referente ao período de 08.11.1991 a 07.11.2006.

Id: 816520. A futurar por empenho

DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO
COORDENADORIA DE JULGAMENTO DE CONDUTORES
ATO DO ASSESSOR-CHEFE
DE 08.07.2009

FICA cancelada a penalidade de suspensão do direito de dirigir aplicada a condutora VILMA DA CUNHA RODRIGUES, publicada no Diário Oficial de 16.10.2007, através do processo administrativo nº E-12/485128/2007. Proc nº E-12/268161/2009.

Id: 816519. A futurar por empenho

SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 424 DE 30 DE JULHO DE 2009

CONCESSIONÁRIA CEG - TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA 007/08, RECEBIDO PELA CEG - RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-0007/08.

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-12/020.283/2008, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Defesa Prévia apresentada pela Concessionária CEG, porque tempestiva, em face do Termo de Notificação AGENERSA nº 007/08, de 18/08/2008, para no mérito negar-lhe provimento.

Art. 2º - Aplicar à CEG a penalidade de advertência, prevista na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, devido aos fatos narrados no Relatório de Fiscalização CAENE nº P-0007/08 e no Termo de Notificação nº 007/2008, de 18/08/2008.

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de julho de 2009

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro-Presidente
ANA LÚCIA SANGUEDO BOYNARD MENDONÇA
Conselheira
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira
MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro
SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro-Relator

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 425 DE 30 DE JULHO DE 2009

CONCESSIONÁRIA CEG - ATUALIZAÇÃO DE TARIFA DE GÁS GLP.

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-12/020.175/2009, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Homologar os novos valores tarifários do Gás Liquefeito do Petróleo - GLP com vigência a partir de 01 de julho de 2009, conforme a estrutura tarifária abaixo, na forma estabelecida no § 14 da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão da Concessionária CEG.

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
LOTERIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
<http://www.loteria.rj.gov.br>
DIRETORIA ADMINISTRATIVA
DESPACHO DO DIRETOR ADMINISTRATIVO
DE 10/08/2009

Processo nº E-12/LOTERRJ833/2009 - HOMOLOGO o resultado da licitação na modalidade de Pregão Eletrônico nº 020/2009, destinada a aquisição de 05 (cinco) veículos automotores, de porte médio, do tipo veículo utilitário esportivo, nas características mínimas conforme Anexo I do Edital, para atender os planos de premiações dos jogos comercializados pela LOTERJ, exarada nos autos pela Pregoeira, a adjudicação do LOTE I, em favor da empresa FORD MOTOR COMPANY BRASIL LTDA, no Menor Valor Global por Lote de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Id: 816230. A futurar por empenho

IMPrensa Oficial do Estado do Rio de Janeiro
DESPACHO DO DIRETOR-PRESIDENTE
DE 07/08/2009

Proc. nº 10/0837/2008 - Com base nas justificativas apresentadas pelo Senhor Diretor Administrativo-Financeiro as fls. 358 vº e de acordo com os pronunciamentos da ASAUP às fls. 363/363 vº, bem como da ASLUP fls. 364/365, resolvo: a) aprovar a prorrogação do Contrato IO nº 37/2008, através de Termo Aditivo, por um período de 12 (doze) meses com fulcro no inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93, face o disposto no parágrafo único da cláusula segunda do contrato subordinante, e mantidas as suas condições; b) adjudicar a prestação dos serviços à empresa GRAPHIMPOT IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, após contrato escrito formal, c) autorizar a despesa no valor total de R\$ 54.000,00, assim como a emissão de NE no valor de R\$ 4.500,00, para cobrir o primeiro mês da prestação do serviço.

Id: 816269

Processo nº. E-12/020.201/2008
 Data de Autuação 06 de junho de 2008
 Concessionária CEG
 Assunto Relatório de Fiscalização CAENE P-0026/08 -
 Obras em vias públicas.
 Sessão Regulatória 30 de julho de 2009

Serviço Público de Energia

Processo E-12/020.201/2008

Data 06 de julho de 2009 Pág.: 202

Assinatura: [assinatura]

Voto

Trata-se de analisar impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 048/2009¹, por meio do qual esta Agência realiza a aplicação da penalidade de advertência imposta pela Deliberação AGENERSA nº 348², de 27/01/2009, em decorrência de inconformidades com normativas técnicas detectadas nas obras de expansão da rede de gás canalizado executadas no Município de São Gonçalo³.

Inicialmente, cumpre consignar a tempestividade da apresentação da referida Impugnação, eis que (i) o Auto de Infração foi recebido por representante da Concessionária em 25/05/2009 (segunda-feira); (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 em 29/05/2009.

Revela-se fundamental, na ocasião, consignar que esta Autarquia garantiu à Concessionária, em todas as fases do presente processo regulatório, o direito à ampla defesa e ao contraditório, em conformidade com o seu Regimento Interno. 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.

Em sua peça de impugnação, a Concessionária sustenta, a princípio, que o auto de infração, por ser a instrumentalização de atos de poder

¹ Fls. 164.

² Fls. 159.

³ Relatório de Fiscalização CAENE nº P0026/08 e Termo de Notificação nº 001/2008.

de polícia, deve ser emanado de agentes investidos mediante prévia aprovação em concurso de provas ou provas e títulos, o que não ocorreu.

São transcritos acórdãos⁴ 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.

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

Em face de tal argumento, mais uma vez apresento esclarecimento sobre o exercício da função de polícia⁵ 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)*"⁶, é fato que, para resguardar a liberdade de atuação do representante do Estado imbuído da missão de executar ato de coerção⁷, 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 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

⁴ 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.

⁵ 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".

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador, 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁷ *Ius imperii*.

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.201/2008

Data 30/07/2009 Fla.: 210

Rúbrica: [assinatura]

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)⁸.

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 acórdão⁹ 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

⁸ Neste sentido, CARVALHO JUNIOR, José dos Santos, 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 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)

⁹ Representações de Inconstitucionalidade nº 2003.007.00146 e nº 2003.007.00109, julgadas simultaneamente. Des. Rel. Nagib Slaibi. Publicação em 06/08/2007.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.201/2008

Data 06/06/2008 Fls: 214

Rubrica: [assinatura]

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.

Por oportuno, 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 Souto¹⁰, 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,

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.201/2008

Data 06/06/2008 Fls.: 210

Rúbrica: f

¹⁰ Direito Administrativo das Concessões, 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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)

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.201/2008

Data 16/06/2008 Fls.: 213

Resposta: +

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 que a especifica 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 coercibilidade¹¹ 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

u

¹¹ Neste sentido, CARVALHO JUNIOR, José dos Santos, ob. cit., p. 78/81.

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, I¹²), 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"¹³).

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 extreme de dúvida a atuação plenamente vinculada da SECEX e

¹² 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;

¹³ VI - tomar decisões, expedindo os seguintes atos:

a) deliberações;

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.201/2008

Data 06/07/2009 Fls.: 214

Rúbrica: f



da Câmara Técnica. Cabe tão-somente a esses formalizar o 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 lei¹⁴ 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 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. 11¹⁵ da Lei nº 4.556/2005. Dai 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

e

¹⁴ 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".

¹⁵ "Art. 11 – O mandato dos conselheiros será de 04 (quatro) anos, admitida uma única recondução."

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.201/2008

Data 06/07/2008 Fls.: 215

Rúbrica: d

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 Filho¹⁶:

"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

¹⁶ 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.

Dai 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 *simple contrato de prestação*. (...) De resto, não há nisto atribuição alguma de poder que invista os contratados em qualquer supremacia engendrada 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)



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.

Mantendo a ordem das alegações elaboradas, exalta a CEG nulidade do Auto de Infração, mediante 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”*¹⁷.

Não há motivo para se concordar com esta assertiva, já que o procedimento adotado por esta Agência encontra-se devidamente regulamentado¹⁸ e resguarda o direito da Concessionária ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.

Adiante, reclama novamente a Delegatária a nulidade do Auto de Infração, agora sob o argumento de ausência de previsão do apontado instrumento jurídico 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.

¹⁷ Fls. 178.

¹⁸ Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007.

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.201/2008

Data: 30/07/2009 Fls.: 217

Rúbrica: F

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. 23¹⁹.

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 da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007 e do Auto de Infração, 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, que a impugnação ao auto de infração não deve se restringir a questões de forma, como reza o art. 10 do indigitado diploma e o item 10.4 do AI, e que haveria respaldo no Regimento Interno desta AGENERSA²⁰ para a interposição de recurso em sede de impugnação ao auto de infração.

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

¹⁹ 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."

²⁰ Alude a Concessionária ao art. 77, *caput*, do RI, cuja redação é a seguinte: "Independentemente do disposto no artigo 76 deste Regimento, caberá uma única vez, no prazo de 10 (dez) dias, recurso da parte inconformada ao próprio Conselho-Diretor."

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.201/2008

Data 16/06/2008 Fls.: 218

ainda mais segurança jurídica à própria Concessionária, mantendo obviamente a necessidade de discussão da aplicação da pena em processo regulatório específico, no curso do qual é garantida a ampla defesa e o contraditório.

Quanto à limitação da matéria passível de ser suscitada em sede de impugnação, cabe lembrar que a emissão do Auto de Infração não tem o condão de reabrir a discussão administrativa, cujas fases de debate do mérito necessariamente já se encerraram. Cuida-se, a esta altura, de realizar apenas e tão-somente a execução de um julgado. Desta forma, o raciocínio apresentado pela CEG ao possui qualquer embasamento legal, processual ou mesmo lógico.

Nesta linha, também não se pode admitir a tese proposta pela CEG para tentar defender o cabimento de recurso em sede de impugnação de AI, uma vez que esta iniciativa parte do emprego isolado do art. 77 do Regimento Interno, ignorando uma leitura sistemática da Instrução Normativa nº 01/2007, em especial dos arts. 11, 23 e 24, que comunicam, na hipótese de multa, que a rejeição à impugnação enseja invariavelmente a necessidade do seu recolhimento voluntário, ou a sua cobrança judicial. Claro está, portanto, que o procedimento não possui lacunas, e não contemplou o sobredito recurso.

Ademais, em que pese a expressa previsão do instrumento do Recurso no Regimento Interno da AGENERSA, é fundamental consignar que a citada Instrução Normativa foi editada para os casos de aplicação de penalidades às Concessionárias de distribuição de gás canalizado submetidas à fiscalização desta Agência Reguladora. Trata-se, portanto, de norma específica, que prevalece sobre a norma geral de tramitação processual no âmbito administrativo.

Dando prosseguimento ao 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, em especial no item 10 do AI, sob a acusação de não constar de forma pormenorizada a motivação que ensejou a aplicação da pena.

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.201/2008

Data 26/10/2008

Fls.: 219

Rúbrica: Y

Registrando-se que a Concessionária faz equivocadamente menção à penalidade de multa, ao invés de advertência, é necessário destacar que a afirmação elaborada não condiz com a realidade, porquanto o relato da conduta, constante do AI, demonstra a motivação da pena aplicada.

O último 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 Recorrente"²¹, 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, todavia, foi sobejamente respeitado no bojo do presente processo regulatório.

Por todo o exposto, recomendo ao Conselho Diretor:

- Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 048/2009, de 22/05/2009, negando-lhe provimento.
- Declarar o encerramento da instância administrativa.

É o Voto.



Darcilia Leite
Conselheira Relatora

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.201/2008

Data: 30/07/2009 Fls.: 220

Rúbrica: F

²¹ Fls. 184.



DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 623

DE 30 DE JULHO DE 2009.

CONCESSIONÁRIA CEG – RELATÓRIO DE
FISCALIZAÇÃO CAENE P-0026/08 – OBRAS EM VIAS
PÚBLICAS.

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-12/020.201/2008, por unanimidade,

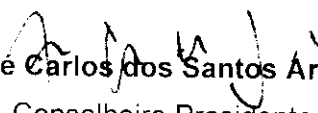
DELIBERA:

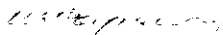
Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 048/2009, de 22/05/2009, negando-lhe provimento.

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, 30 de julho de 2009.

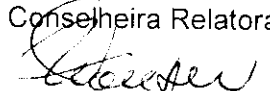

José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro Presidente


Ana Lucia Sanguêdo Boynard Mendonça

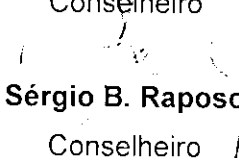
Conselheira


Darcilia Aparecida da Silva Leite

Conselheira Relatora


Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro


Sérgio B. Raposo

Conselheiro

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.201/2008

Data 06/07/2009 Fis: 121

Rúbrica: 4