

**PARECER: Nº 004/AGERST/2022**  
**Processo Administrativo: 022/AGERST/2021**  
**Interessado: AGERST**  
**Data: 27/07/2022**

### **I. Relatório**

Cuida-se o presente opinativo preliminar da função de subsidiar a análise do Conselho Diretor deste ente Regulador, acerca da constatação de descumprimento de meta de 54% para as perdas na distribuição do sistema de abastecimento de água, prevista pelo Plano Municipal de Saneamento Básico para o ano de 2019, visto que o número apurado foi de 62,47% (PMSB, fl. 137): "Quadro 3: Metas propostas para a Redução de perdas no Sistema de Distribuição Metas o Sistema de Abastecimento de Água Urbano: Santa Cruz do Sul ... Índice de perdas na distribuição (em %) **Imediato 2019 54 (...)**".

Ao ser notificada através do TN nº 034/2021 (fls. 10/11) para apresentar defesa prévia, a Corsan respondeu, em suma, que o atendimento da meta em questão foi objeto do Contrato nº CT 222/2017, o qual foi descumprido pela Contratada, razão pela qual foi objeto de rescisão em dezembro de 2018; seguindo-se nova contratação somente em setembro de 2020, por meio do Contrato 150/2020, firmado com o Consórcio Estruturadora de Projetos Público-Privados Ltda.

Neste contexto, o Conselheiro-Presidente solicita parecer sobre o procedimento a seguir, haja vista que a Corsan está em mora em relação ao item do PMSB, bem assim o exame sob o aspecto de eventual "dupla penalização".

Por esta razão o processo administrativo 022/AGERST/2021 fora distribuído em carga ao signatário para manifestação jurídica com relação ao tema proposto, cabendo constar que o signatário assumiu as funções nesta Agência em 01/06/2022.



# AGERST

Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Santa Cruz do Sul

Processo N°

221/22  
22

Fls:

Eis sucinto relatório.

## INDÍCIOS DE NÃO-CONFORMIDADE AO ART. 9º, VII e XXIV, DA RESOLUÇÃO Nº 21/2021 – ATRASO EM AÇÃO/OBRA PREVISTA NO PMSB

De acordo com o PMSB, a meta de 54% deveria ter sido cumprida pela Concessionária para as perdas na distribuição do sistema de abastecimento de água, prevista pelo referido Plano para o ano de 2019, visto que o número apurado foi de 62,47% (PMSB, fl. 137): “Quadro 3: Metas propostas para a Redução de perdas no Sistema de Distribuição Metas o Sistema de Abastecimento de Água Urbano: Santa Cruz do Sul ... Índice de perdas na distribuição (em %) **Imediato 2019 54 (...)**”.

Logo, a meta deveria estar cumprida pela prestadora e estar concluída em 2019; ou seja, em 31/12/2021 o IPD/IPF em Santa Cruz do Sul deveria ser de 54%, enquanto a realidade fática encontrada apurou o índice de 62,47%.

Instada a se manifestar sobre as razões do atraso no cumprimento da referida meta, a Corsan, através do Ofício nº 561/2021-GP (fls. 14/15), informou que realizou contratação visando atingir as metas em comento (Contrato nº 222/2017), sendo que a execução contratual foi rescindida por descumprimento.

Face à rescisão contratual, ocorrida em dezembro de 2018, seguiu-se nova contratação, todavia somente em setembro de 2020, por meio do Contrato 150/2020, firmado com o Consórcio Estruturadora de Projetos Público-Privados Ltda.

Entretanto, não apresentou justificativas plausíveis para o descumprimento da meta em questão. Considerando que a meta/ação em comento é de responsabilidade da Corsan, o atraso injustificado pode ensejar a aplicação de



**AGERST**  
Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Santa Cruz do Sul

Processo N.º 231/22  
Fls: 22

penalidade por não conformidade ao art. 9º, incisos VII e XXIV da Resolução nº 21, de 23/10/2019, *in verbis*:

*Art. 9º É infração do Grupo 3, de natureza alta, sujeita a penalidade de multa, o descumprimento das seguintes obrigações:*

*(...)*

*VII - implementar, na forma e nos prazos previstos, as metas definidas e aprovadas nos planos de saneamento básico editados pelo titular dos serviços e nos contratos de programa ou concessão;*

*(...)*

*XXXIV - deixar de cumprir as metas nos prazos previstos nos contratos de prestação dos serviços, nos planos municipais de saneamento básico, bem como suas posteriores revisões e alterações;*

Assim, constata-se que, embora a concessionária tenha apresentado justificativas de cunho de ineficiência na execução contratual, seguida de nova contratação ocorrida em 2020, as mesmas não tem o condão de afastar a sua obrigação legal/contratual assumida perante o Município de Santa Cruz do Sul em decorrência do CP 269/2014.

Cabia à Companhia ser diligente a ponto de não admitir atrasos na execução contratual, cumprindo os prazos avençados no PMSB, razão pela qual a justificativa apresentada não deve ser acolhida, porquanto a Concessionária arca, na condição de ente contratante, com a eventual culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando* com relação às empresas que contratou para a realização do serviço.

Ademais, se houve cumprimento contratual irregular, ou mesmo descumprimento, a Concessionária deveria ser ágil a ponto de resolver a mora e não comprometer a prestação do contrato (CP 269 e respectivo PMSB);



sem olvidar que a subsequente contratação foi realizada ainda no ano de 2020, sem notícias de sua conclusão, até o momento.

Outrossim, tendo em vista que foi oportunizada a defesa prévia, não se observa prejuízo aos princípios do contraditório e ampla defesa, razão pela qual o procedimento deverá seguir com a aplicação da correspondente sanção pecuniária, abrindo-se, no mesmo ato de Notificação de aplicação da penalidade, o respectivo prazo recursal à CORSAN.

De outra parte, ante ao questionamento formulado pelo Conselheiro-Presidente, no qual requereu análise de possível “dupla penalização” (fl. 18, vº) cumpre destacar o que prevê Subcláusula Décima Quarta, da CLÁUSULA VIGÉSIMA NONA, do CP 269: “Subcláusula Décima Quarta – A aplicação das penalidades previstas neste CONTRATO e sua execução não prejudicam a aplicação das penas cominadas, para o mesmo fato, pela legislação aplicável”. Logo, não se vislumbra qualquer inadequação ou incompatibilidade no que tange a ocorrência de eventual *bis in idem*.

Desta feita, no que toca à aplicabilidade da Resolução 21, de 23/10/2019, em uma interpretação sistêmica, observa-se que Lei 6.906, de 19/11/2013 - Lei de Criação da AGERST, posteriormente consolidada pela Lei nº 8.941, de 14/06/2022, erigiu a autarquia como autoridade regulatória assegurando-lhe as prerrogativas necessárias ao exercício adequado de sua competência. Dentre aquelas prerrogativas está o poder para editar e dar publicidade às instruções e regulamentos necessários a aplicação da própria Lei, senão vejamos:

Art. 4º Compete à Agência Reguladora de Serviços Públicos delegados de Santa Cruz do Sul, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes: [...] V - expedir resoluções e instruções tendo por objeto os contratos submetidos a sua competência, mesmo em caráter precário;

(...)

Art. 32. Os prestadores de serviços regulados pela Agência que venham a incorrer em alguma infração às leis, regulamentos, contratos e outras



**AGERST**

Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Santa Cruz do Sul

Processo Nº 221/22

Fis: 24

normas pertinentes, ou ainda, que não cumpram adequadamente as ordens, instruções e resoluções da Agência, serão passíveis das sanções cabíveis previstas nesta Lei, nas Leis Federais nº 8.987, de 13/02/1995, 9.074, de 07/07/1995, 8.666/1993 e nos instrumentos de delegação e outorga dos serviços regulados.

Art. 33. A inobservância desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como dos deveres decorrentes de contratos de delegação ou dos atos de autorização de serviço, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

I – advertência; II – multa; III - rescisão contratual; e IV - declaração de inidoneidade.

Parágrafo único. As sanções previstas nesta Lei, poderão ser aplicadas cumulativamente. [Grifei]

A Lei 6.906, de 19/11/2013, posteriormente consolidada pela Lei nº 8.941, de 14/06/2022, ao criar o órgão regulador, concedeu-lhe competência para regular e fiscalizar os serviços públicos delegados pelo Município de Santa Cruz do Sul. MENDES, Conrad Hubner, explica que sem a atribuição regulamentar as agências não poderiam ser taxadas de “reguladoras”:

“Possuindo poder normativo, então, consideraremos o ente uma agência reguladora. Esta será, portanto, não o ente que, simplesmente exerça regulação em qualquer das formas, mas, acima de tudo, o que possua competência para produzir normas gerais e abstratas que interferem diretamente na esfera de direito dos particulares.” (MENDES, 2000, p. 129. MENDES, Conrado Hubner, Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). Direito Administrativo Econômico, São Paulo: Malheiros Editores, 2000)

Fato é que entende a doutrina administrativa especializada, especificamente no tocante à competência regulamentar das Agências Reguladoras (e por seguinte a competência da AGERST para definir infrações), haveria uma espécie de delegação limitada, ou seja, o Poder Legislativo disporia de parcela de suas atribuições em favor das agências reguladoras, abrindo espaço para que, no

limite da delegação, possam, livremente, editar normas gerais e abstratas com força de lei.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, elucida:

“A terceira técnica geral de delegação vêm a ser a delegalização, oriunda do conceito do desenvolvido na doutrina francesa da *délégation de matières*, adotado na jurisprudência do Conselho de Estado em dezembro de 1907 (...) a qual, modificando postura tradicional, no sentido de que o titular de um determinado poder não tem dele disposição, mas, tão somente o exercício, passou a aceitar, como fundamento da delegação, a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei (*domaine de la loi*), passando-se ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*)”. (MOREIRA NETO, 2003: p. 122 ).

Alexandre dos Santos Aragão leciona que não há inconstitucionalidade na deslegalização, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede legislativa a regulação de determinada matéria. (ARAGÃO, 2005, p. 422-423)

Sem embargo, os defensores da tese sustentam que própria Constituição Federal teria autorizado expressamente a deslegalização ao estabelecer no art. 48 que o Congresso Nacional poderia dispor de todas as matérias ali elencadas. Logo, ali presente expressa autorização para disposição da matéria, poderia o Congresso legislar, não legislar e até deslegalizar, caso assim entendido (MOREIRA NETO, 2003: p. 122).

Fato é que a competência regulamentar encontra também respaldo na jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. LEI 10.233/2001. RESOLUÇÃO ANTT 233/2003. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. EXAME PREJUDICADO. 1. O acórdão



# AGERST

Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Santa Cruz do Sul

Processo N.º 221/22

Fls: 26

recorrido não destoia do entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que as agências reguladoras foram criadas no intuito de regular, em sentido amplo, os serviços públicos, havendo previsão na legislação ordinária delegando à agência reguladora competência para a edição de normas e regulamentos no seu âmbito de atuação. Dessarte, não há ilegalidade configurada na espécie na aplicação da multa pela ANTT, que agiu no exercício do seu poder regulamentar, amparado na Lei 10.233/2001. 2. Fica prejudicada análise da divergência jurisprudencial quando a tese sustentada já foi afastada no exame do Recurso Especial pela alínea "a" do permissivo constitucional. 3. Recurso Especial não provido. (REsp 1816807/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 18/10/2019)

ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. AUTOS DE INFRAÇÃO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE ADMINISTRATIVA COM BASE NA RESOLUÇÃO ANTT 233/2003. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS. LEGALIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. 1. O STJ possui entendimento de que "as sanções administrativas aplicadas pelas agências reguladoras, no exercício do seu poder de polícia, não ofendem o princípio da legalidade, visto que a lei ordinária delega a esses órgãos a competência para editar normas e regulamentos no âmbito de sua atuação, inclusive tipificar as condutas passíveis de punição, principalmente acerca de atividades eminentemente técnicas" (REsp 1.522.520/RN. Rel. Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 1º/2/2018. DJe em 22/2/2018). 2. É pacífico no STJ que a divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. 3. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ), como o que se afigura no presente caso, impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal. 4. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1796278/RS,

Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 22/04/2019)

No exercício da competência fiscalizatória, a AGERST se utiliza do disposto no inciso II, do artigo 33 da Lei 6.906, de 19/11/2013, o qual lhe confere a possibilidade da aplicação de “multa” com uma das providências administrativas possíveis. O descumprimento dos regulamentos por ela editados (e fiscalizados) é uma destas hipóteses.

Superadas as questões de mérito, necessário destacar que o cumprimento de norma erga omnes vigente é objetivo, sem distinção de elemento volitivo, a não ser que expressamente consignado pela norma regulamentar.

Como os normativos em comento não fazem expressamente esta distinção, não há que falar em exigência de voluntariedade para incursão na infração.

Este entendimento é corroborado por Hely Lopes Meirelles, que destaca que a multa administrativa, diferente das sanções penais, é de natureza objetiva, isto é, prescinde da caracterização da culpa ou do dolo do infrator para ser devida, uma vez que decorre do expresso descumprimento de conduta desejável imposta pelo Estado, decorrente precipuamente da supremacia do interesse público. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.)

Desse modo, resta claro que, no presente caso, como estabelecido por norma cogente oponível a todos os abrangidos em seu espectro, de caráter vinculativo, não há margem para exceções quanto ao seu cumprimento no que tange a ausência do elemento volitivo.

Ainda, faz-se importante destacar o ensino de Celso Antônio Bandeira de Mello de que a finalidade das sanções relacionadas às infrações administrativas é desestimular a prática das condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias, intimidando eventuais infratores.



# AGERST

Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Santa Cruz do Sul

Processo N° 2021, 22  
Fls: 28

Todas as multas administrativas devem cumprir função intimidadora e exemplar, mas existem as que se limitam a esta função, e outras que buscam também ressarcir a Administração de algum prejuízo causado (multas ressarcitórias) como também as que apresentam caráter cominatório, se renovando continuamente até a satisfação da pretensão, obrigando o administrado a uma atuação positiva (astreinte). (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 24ª., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 864/865 e p. 879).

Finalizando, cabe a atuação administrativa no caso em comento, não havendo máculas de ordem legal a serem impostas neste momento procedimental.

## CONCLUSÃO

Pelo exposto, OPINA-SE pela aplicação da sanção pecuniária correspondente, devendo ser a CORSAN notificada a pagar ou apresentar Recurso, em homenagem ao contraditório e ampla defesa.

Era o que me cabia opinar.

Santa Cruz do Sul, 27 de julho de 2022.

  
ROGÉRIO MOURA PINHEIRO MACHADO,  
PROCURADOR MUNICIPAL  
OAB/RS 60.581.