AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO RIO GRANDE DO SUL
Av. Borges de Medeiros, 659 - 12º andar - Bairro Centro - CEP 90020-023 - Porto Alegre - RS - www.agergs.rs.gov.br
CNPJ 01.962.045/0001-00

VOTO

CONSELHO SUPERIOR

Data: 08/03/2022

Processo: 001108-39.00/21-2

Assunto: Recurso ao Auto de Infração nº 004/2021 aplicado pelo Município de Santa Maria

Conselheiro Relator: Alexandre Alves Porsse Conselheiro

Revisor: Paulo Roberto Petersen

I - RELATÓRIO

Trata o presente expediente de recurso apresentado pela Companhia Riograndense de Saneamento - Corsan - ao Auto de Infração nº 004/2021 emitido pelo Município de Santa Maria.

Em razão de defeitos na repavimentação da Rua Robison Flores, constatados em fiscalização realizada pelo Município em 28/07/2021, foi aplicada a penalidade de multa no valor de R$ 552.277,27 (quinhentos e cinquenta e dois mil, duzentos e setenta e sete reais e vinte e sete centavos) à Companhia.

Em 30/07/2021 o Município notificou a Corsan através do Termo de Notificação nº 058/2021, acompanhado do Relatório de Fiscalização nº 063/2021, solicitando “apresentar o controle tecnológico dos materiais e dos serviços de engenharia realizados durante a execução da obra, remover e repavimentar os trechos defeituosos” no prazo de 30 (trinta) dias.

Em 17/08/2021 a Corsan emite Advertência à empresa Consetran – Consultoria e Engenharia Ltda. referindo-se ao Termo de Notificação em tela, além de a outro já emitido pela Prefeitura.

Em 30/08/2021, a Companhia, através do Ofício nº 179/2021/UGCP-SM, solicita reunião para tratar sobre a solução técnica adequada para corrigir os defeitos estéticos e prejudiciais ao conforto do usuário e requer a concessão de 20 (vinte) dias de prazo para que sejam executados os reparos apontados, visto que o quesito técnico não está previsto no contrato de execução da obra de implantação de redes coletoras de esgotos no Bairro Camobi.

Em 31/08/2021 a Prefeitura concorda com a realização da reunião e manifesta-se contrariamente à dilação do prazo solicitado, visto que nos próprios documentos fica claro a demora da Corsan para resolução dos problemas apontados e que os argumentos oferecidos não são justificativas aceitáveis para a

prorrogação. Informa que será dada continuidade ao rito administrativo das notificações de acordo com o previsto no Contrato de Programa.

A Prefeitura de Santa Maria emite em 01/09/2021 o Auto de Infração nº 004/2021 aplicando a penalidade de multa à Corsan, com fundamento nas Cláusulas Décima Segunda, inciso IX[1], e Vigésima Sexta, inciso XXIX[2], do Contrato de Programa. O Auto de Infração foi acompanhado do Relatório de Fiscalização n° 100/2021, apontando que as intervenções realizadas pela companhia não foram suficientes para solucionar as não conformidades identificadas no Termo de Notificação nº 058/2021. Considerando ainda o Termo de Notificação nº 001/2019, julgado em última instância pela Resolução Decisória nº 588/2020 da AGERGS, por não conformidades na recomposição do pavimento, aponta a caracterização de reincidência da mesma prática infrativa. Apresenta tabela com a dosimetria e cálculos efetuados para estabelecer o valor da multa aplicada, tendo por base o valor arrecadado pela Corsan no Município nos últimos três meses anteriores à notificação.

Em 01/09/2021 a Companhia apresentou recurso à Prefeitura Municipal requerendo a nulidade do auto de infração e do processo de apuração e aplicação de penalidade, consoante a inobservância das normas alusivas ao devido processo legal; ou o afastamento por completo da multa imposta. Aponta, em síntese, os seguintes argumentos:

- da nulidade da multa imposta, por ausência de observância do devido processo legal, eis que carente de motivação;

- da inconstitucionalidade contida na decisão, por ausência de proporcionalidade e razoabilidade eis que a multa atinge patamares que configuram confisco conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal. Invoca ainda as novas disposições constantes da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro - LINDB, que em seu Artigo 20 consagra o dever de motivação concreta e a responsabilidade decisória no interesse público, “o que ao fim e ao cabo significa que além de não se decidir com base em conceitos legais indeterminados ou cláusulas gerais faz-se indispensável a verificação de suas consequências reais”. Ressalta que a multa que ultrapassa meio milhão de reais é de veras excessiva/desproprocional, tal qual disposto pela lei e pela melhor doutrina;

- que os esforços que a Companhia tem empreendido para bem atender aos 317 municípios em que presta serviços de saneamento básico levam em conta a aplicação prática do subsídio cruzado de modo a estender a todos os municípios tanto quanto possível serviços de igual qualidade, considerando as peculiaridades de cada sistema e localidade, desde os menores municípios e mais humildes até os maiores e mais bem abastados do ponto de vista financeiro;

- refere que se houve equívocos de parte da recorrente estes se deram no plano da culpa, sem a presença do dolo, de modo que tal circunstância deve ser considerada para que se tenha justiça e razoabilidade na imposição de qualquer penalidade;

- por fim, pontua que os reparos no pavimento foram feitos, de modo que para fins de argumentação se postula que ao menos como cumprimento parcial devem ser considerados, com vistas a minorar o quantum da multa.

1 CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – Na prestação do serviço, a CORSAN deverá: [...]
IX - Adotar tecnologia adequada e empregar materiais, equipamentos, instalações e métodos operativos que, atendidas as normas técnicas pertinentes, garantam a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários; [...]

2 CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA – A CORSAN se obriga a: [...]
XXIX – Atender as exigências da fiscalização do MUNICÍPIO no que refere à reparação de vias e passeios públicos, poços de visita (PV), vazamentos e outros similares quando de competência da CORSAN, sob pena de ter de refazê-los, sem qualquer ônus para o MUNICÍPIO, até que sejam liberados pela respectiva fiscalização. […]

Em 01/10/2021, o Prefeito Municipal encaminha o recurso da Corsan e cópia do processo à Agergs, observando que as alegações apresentadas pela recorrente não satisfazem, tampouco modificam os enquadramentos legais contratualizados entre a Companhia e o Município, visto que, de fato, houve descumprimento.

A Diretoria de Qualidade da Agergs, mediante a Informação nº 67/2021-DQ, analisa o recurso interposto e manifesta-se quanto aos aspectos técnicos apresentados.

Informa que os Relatórios de Fiscalização nº 063/2021 e 100/2021 contêm elementos para demonstrar o descumprimento contratual, apresentando de forma descritiva e fotográfica as irregularidades apontadas nas vistorias. Entende que os argumentos utilizados pela Companhia para o recurso no mérito não afastam a infração (irregularidades na repavimentação), visto que remetem a aspectos diversos àqueles técnicos e possivelmente relevantes para análise da dosimetria com possível atenuação da infração.

Considera que existem fundamentos para aplicação da penalidade, visto que houve trechos em que existiam irregularidades na repavimentação e que não foram sanadas no prazo da Advertência 028/2021. Destaca que na aplicação do Auto de Infração foram utilizados critérios de dosimetria que atribui um percentual de 54,75% referente ao valor máximo da multa previsto no contrato.

Ainda, sugere que sejam definidos pela equipe de fiscalização do município, em conjunto com a Companhia, critérios objetivos com a execução de ensaio padrão e a indicação de valores de referência a serem observados nas repavimentações, a fim de que haja uma efetiva mensuração desse aspecto em futuras vistorias para análise de possíveis descumprimentos contratuais em obras realizadas no município.

A Diretoria de Assuntos Jurídicos da Agergs emitiu a Informação nº 187/2021, em síntese, com as seguintes considerações:

- quanto à alegada nulidade da autuação, o pedido da Corsan não merece prosperar, pois a motivação encontra-se satisfatoriamente apresentada, viabilizando a defesa da Companhia. O Auto de Infração nº 004/2021 apresenta os fatos constatados pela fiscalização do Poder Concedente, documentados em fotografias, os dispositivos contratuais infringidos pela Companhia e os critérios adotados na dosimetria detalhadamente elencados;

- o mérito do recurso relaciona-se à má-execução da repavimentação asfáltica após a execução de obras pela Companhia, na mesma linha de outras autuações já realizadas pela Superintendência de Monitoramento e Fiscalização dos Serviços de Água e Esgoto e analisadas pela Agergs;

- a autuação decorreu de fatos constatados e documentados, que implicaram descumprimentos contratuais claramente identificados no respectivo auto, razão pela qual não tem aplicação o art. 20, *caput,* da LINDB[3] para o fim pretendido pela Corsan;

[3] Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

- quanto à consideração das consequências práticas da autuação, observa que cabe à Corsan corrigir problema recorrente na prestação dos serviços em todos os municípios atendidos, que é a má-qualidade da repavimentação asfáltica após a execução de suas obras. Compete à Corsan sanar o problema na origem, exercendo a fiscalização adequada sobre os serviços de suas empresas terceirizadas, para evitar a aplicação de sanções, o transtorno ao Município e aos cidadãos, bem como o dispêndio de recursos financeiros com as multas, que seriam melhor aplicados em investimentos nos serviços. Por isso, também não procede a aplicação do art. 22, *caput,* da LINDB[4] neste caso;

- quanto à proporcionalidade da multa, embora tenha valor importante, destaca que observou o contrato de programa, correspondendo a 54,75% do percentual máximo de até 2% sobre o valor arrecadado pela CORSAN no Município, nos três meses imediatamente anteriores à notificação. Portanto, entende que não há que falar em confisco. Ressalta que a dosimetria foi realizada de modo o mais objetivo possível, inclusive considerando atenuantes, de modo que o art. 20, parágrafo único e o art. 22, § 2º, da LINDB[5] foram observados pelo Poder Concedente;

- registra também que não tem aplicação a este caso o art. 21 da LINDB[6], que trata da invalidação de atos, contratos e processos administrativos. Descabe falar em "regularização proporcional equânime" da situação que configurou a infração contratual, pois o artigo destina-se à avaliação das consequências jurídicas e administrativas da invalidação de ato, contrato ou processo administrativo, com vistas à eventual modulação de seus efeitos, não se aplicando aos processos sancionatórios;

- conclui opinando pelo improvimento do recurso, uma vez que não há nulidade processual a ser reconhecida e que a aplicação da multa observou o Contrato de Programa firmado com o Município de Santa Maria.

A Diretoria Geral, mediante o Encaminhamento nº 12/2022, acolhe as manifestações técnicas das Diretorias, remetendo o presente expediente para deliberação final pelo Conselho Superior.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A Lei Federal n.º 11.445/07 estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e exige a atuação de órgão regulador para a validade dos contratos de prestação dos serviços de saneamento[7].

A Lei Estadual n.º 10.931/97 criou a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS – prevendo que a Agência exercerá a atividade reguladora na área de saneamento, dentre outras.

[4] Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados

[5] Art. 22. [...] § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

[6] Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput d*este artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

[7] Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: […]
III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta
Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização; […]

O Município de Santa Maria firmou convênio delegando à Agergs a regulação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário prestados pela Corsan ao município mediante Contrato de Programa firmado entre as partes.

Dentre as atribuições da Agência estabelecidas no Convênio firmado, a Cláusula Terceira – Das atividades Regulatórias, inciso IV, dispõe sobre a atuação como instância recursal em relação à aplicação de penalidades regulamentares e contratuais por parte do município.

Conforme relatado, e diante do recurso apresentado, evidenciaram-se nos Relatórios de Fiscalização que sustentam o Auto de Infração, problemas técnicos na execução de repavimentação da Rua Robison Flores.

A Informação nº 67/2021 da Diretoria de Qualidade dos Serviços registrou que os elementos apresentados demonstram as irregularidades na repavimentação apontadas nas vistorias realizadas pela Prefeitura.

As obrigações da Companhia em relação à reconstituição do pavimento estão previstas na Cláusula Décima Segunda e Vigésima Sexta do Contrato de Programa firmado entre as partes, que dispõem:

> CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA – Na prestação do serviço, a CORSAN deverá:
>
> [...]
>
> IX – Adotar tecnologia adequada e empregar materiais, equipamentos, instalações e métodos operativos que, atendidas as normas técnicas pertinentes, garantam a prestação do serviço adequado ao pleno atendimento aos usuários;
>
> [...]
>
> CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA – A CORSAN se obriga a: [...]
>
> XXIX – Atender as exigências da fiscalização do MUNICÍPIO no que refere à reparação de vias e passeios públicos, poços de visita (PV), vazamentos e outros similares quando de competência da CORSAN, sob pena de ter de refazê-los, sem qualquer ônus para o MUNICÍPIO, até que sejam liberados pela respectiva fiscalização.

Na Informação nº 187/2021, a Diretoria de Assuntos Jurídicos afasta as hipóteses de nulidades alegadas pela Companhia, registrando a oportunidade de ampla defesa da recorrente. Ainda informa que houve diversas decisões desta Agência quanto à autuação da Corsan relacionadas à qualidade da repavimentação após a execução de obras nas redes de abastecimento de água e esgotamento sanitário, problema a ser enfrentado pela Companhia em diversos municípios.

Verifica a ocorrência de divergência entre a Corsan e sua empresa terceirizada quanto à execução dos serviços, o que pode ter contribuído para a devida correção do problema. De todo modo, essa questão é alheia ao Contrato de Programa, como dispõe o Art. 25 da Lei n.º 8.987/95.

> Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenue essa responsabilidade.
>
> [...]
>
> § 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

Quanto à proporcionalidade da multa aplicada, registra-se que, embora tenha valor importante, corresponde a 54,75% do percentual máximo previsto e observou o disposto no Contrato de Programa, que estabelece:

> Cláusula Trigésima Quarta: Pelo descumprimento das disposições contratuais especificadas em regulamento próprio, a CORSAN estará sujeita às seguintes penalidades:
>
> [...]
>
> II – Em caso de inobservância da advertência, multa de **até 2%** (dois por cento), proporcional à gravidade da infração, sobre o valor arrecadado pela CORSAN, no MUNICÍPIO, **nos três meses imediatamente anteriores à notificação.** (Grifos nossos)

Cumpre-nos destacar a sugestão da Diretoria de Qualidade para que a equipe de fiscalização do município trabalhe em conjunto com a Companhia visando definição de critérios e valores de deformação das repavimentações. Por fim, importante referir que, com o objetivo de propiciar uma maior padronização entre as multas que podem ser aplicadas pelas mais diversas Prefeituras conveniadas, o Conselho Superior, através da Resolução Decisória nº 643/2022, determinou que a área técnica da AGERGS desenvolvesse estudos no sentido de criar definições e tabelas onde fiquem mais claramente definidas as diversas condicionantes que devem ser utilizadas para a definição do montante final das penalidades.

Diante do exposto,

III– VOTO POR:

1 - Conhecer e negar provimento ao recurso apresentado pela Companhia Riograndense de Saneamento – Corsan, mantendo a penalidade de multa aplicada pelo Município de Santa Maria mediante o Auto de Infração nº 004/2021 no valor de R$ 552.277,27 (quinhentos e cinquenta e dois mil, duzentos e setenta e sete reais e vinte e sete centavos).

2 - Oficiar as partes da presente decisão.

É como voto Sr. Presidente e Srs. Conselheiros.

Alexandre Alves Porsse,

Conselheiro Relator.

IV - REVISÃO

Em conformidade com o disposto no Regimento Interno da Agergs, revisei o relatório e confirmo a sua correção quanto à descrição dos fatos e à fundamentação das partes.

Quanto ao mérito, reporto-me à fundamentação apresentada pelo Conselheiro Relator, acompanhando o seu voto.

Paulo Roberto Petersen,

Conselheiro Revisor.

Documento assinado eletronicamente por **Paulo Roberto Petersen**, **Conselheiro**, em 08/03/2022, às 15:28, conforme Medida Provisória nº 2.200-2/2001.

Documento assinado eletronicamente por **Alexandre Alves Porsse**, **Conselheiro**, em 08/03/2022, às 15:29, conforme Medida Provisória nº 2.200-2/2001.

A autenticidade do documento pode ser conferida no site https://sei.agergs.rs.gov.br/processos/verifica.php informando o código verificador **0335300** e o código CRC **18FBFF8E**.