

**ANÁLISE DAS CONTRIBUIÇÕES DA CONSULTA PÚBLICA Nº 02/2021 SOBRE
“PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DA AGEPAR – RESOLUÇÃO Nº 12/2021”**

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES:

O presente relatório circunstanciado trata das respostas às contribuições, considerações e questionamentos recebidos e que atenderam às condições e requisitos elencados no site da AGEPAR, disponível no link: www.agepar.pr.gov.br/Pagina/Consultas-Publicas.

Todas as contribuições recebidas estão transcritas integralmente para maior transparência. Os dados referentes aos documentos (pessoa física e pessoa jurídica) e contatos não serão mencionados; apenas a cidade de origem.

2. DAS CONTRIBUIÇÕES RECEBIDAS E RESPECTIVAS RESPOSTAS:

2.1. Contribuição nº 1, formulada por ABRACE - Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e Consumidores Livres (Brasília/DF)

2.1.1. Transcrição integral da contribuição:

A Associação Brasileira de Grandes Consumidores Industriais de Energia e de Consumidores Livres (ABRACE) cumprimenta a Agência Reguladora do Paraná (AGEPAR) pela abertura da consulta pública, que versa sobre a aplicação de sanções e de penalidades pela Agência às infrações listadas, caso acometidas pela Concessionária e/ou pelo Poder Concedente no estado do Paraná. A atuação da Agência Reguladora, nestes casos, tem como propósito atender ao interesse público e prezar pela responsabilidade e pela eficiência na prestação do serviço público de gás canalizado. Portanto, em que pese a minuta de resolução contemplar um rol de penalidades a serem aplicadas, carecem de considerar penalidades mais específicas, a fim de garantir que sejam mantidos os princípios de eficiência, interesse público, modicidade tarifária, segurança e regularidade, tanto pela regulação dos serviços regulados quanto pelo poder concedente. Na visão da ABRACE, dentro do exposto, é importante que sejam consideradas penalidades para casos de a Concessionária não planejar ou não instaurar nova instalação a fim de atender a demanda do mercado, desde que essa seja viável economicamente. Além disso, não existem regras mais específicas na resolução a respeito da garantia do cumprimento de manutenção, planejamento da expansão e modernização das instalações já existentes, que permitam a prestação de um serviço eficiente e adequado de gás canalizado, além da segurança de pessoas e também de instalações. Ressaltamos, ainda, a importância da transparência de todo o processo para aplicação das penalidades previstas, de modo

AGEPAR – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Paraná
R. Eurípedes Garcez do Nascimento, 1004, Ahú – Fone: (41) 3210-4800 – CEP 80.540-280 Curitiba – PR
www.agepar.pr.gov.br

que preserve a simetria de informações entre os agentes de mercado, bem como assegure aos consumidores acesso a informações prestadas e ao cumprimento dos procedimentos operacionais adequados pela concessionária. Deste modo, solicitamos que desde a instauração do processo administrativo sancionador este seja disponibilizado no e-Protocolo para que os agentes possam consultar a tramitação do processo na AGEPAR e verificar as informações apresentadas, exceto por aquelas que devem ser mantidas em confidencialidade. Outro ponto importante, é em relação a transparência das multas aplicadas e análise dos custos apresentados pela Concessionária, nos processos de revisão e reajustes tarifários, com o intuito de que seja assegurado que não sejam repassados aos consumidores esses custos advindos do processo sancionatório, visto que a penalidade aplicada foi ocasionada pelo não cumprimento de requisitos legais e/ou procedimentos operacionais determinados pela AGEPAR. Além disso, é importante que essas multas aplicadas voltem ao consumidor via modicidade tarifária garantindo, assim, que a Concessionária preste o serviço de forma adequada e eficiente, assim a transparência é fundamental para que o mercado possa contribuir com o processo fiscalizatório desta agência. Voltar via modicidade tarifária. Em concordância como item 17.4.2 do Contrato de Concessão da Compagas, demonstra-se a importância do processo sancionatório ter sua conclusão em um prazo de até 180 dias, visto que caso este dure um período maior, será considerado como inválido conforme contrato. Assim, a ABRACE solicita que os prazos colocados na subseção II, que trata do prazo para análise do processo e voto do Presidente e dos demais membros da Comissão Julgadora, sejam revistos para que seja garantido o cumprimento do tempo estipulado no Contrato de Concessão. Apesar da Consulta Pública aberta determinar um processo administrativo sancionador para todas as entidades reguladas pela AGEPAR, essa Associação entende a necessidade da criação de uma resolução ou nota técnica que seja mais específica para a Concessionária de distribuição de gás canalizado, a fim de elencar dispositivos mais específicos, tais como: garantia da celebração de contratos de fornecimento de gás com os consumidores, qualidade do gás canalizado, contratação de gás e transporte em quantidade e qualidade que atendam às necessidades dos Usuários Cativos, dentre outros, para que assim seja assegurado condições de segurança, regulação, eficiência, transparência e modicidade tarifária para esse setor. Ademais, afim de garantir a abertura do mercado livre de gás natural, é fundamental que a Agência englobe ao rol de penalidades previstas nessa resolução casos em que a Concessionária atrase ou deixe de repassar informações importantes e necessárias à migração do consumidor cativo ao mercado livre, por exemplo, Contratos de Uso do Sistema de Distribuição (CUSD), quando o consumidor cumprir todos os requisitos necessários, informações sobre conta gráfica, quando couber, penalidades, dentre outros. Essa inclusão visa assegurar ao usuário um processo transparente para a migração para o ambiente livre e que não ocorra nenhum impeditivo por parte da distribuidora para a abertura desse mercado. Nesse contexto, a

AGEPAR – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Paraná
R. Eurípedes Garcez do Nascimento, 1004, Ahú – Fone: (41) 3210-4800 – CEP 80.540-280 Curitiba – PR
www.agepar.pr.gov.br

Abrace apresenta a seguir suas principais contribuições a respeito da minuta de resolução, que subsidia esta consulta pública.

CONTRIBUIÇÕES		
DISPOSITIVO DA MINUTA PROPOSTO PELA AGEPAR	REDAÇÃO SUGERIDA PARA O DISPOSITIVO	JUSTIFICATIVA PARA O TEXTO SUGERIDO
Art. 16.	Art. 16. <u>XIV – deixar de classificar corretamente unidade usuária, bem como não realizar a leitura e faturamento corretos, conforme determinado em normas regulatórias;</u>	É necessário que a AGEPAR insira dispositivos que garantam a correta classificação das unidades usuárias e a aferição dos equipamentos de medição para que se determine o volume utilizado e seja feita a alocação correta dos custos, com o objetivo de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do mercado.
Art. 16.	Art. 16. <u>XV - Não planejar e/ou implantar novas instalações, bem como deixar de realizar operação, manutenção, planejamento da expansão e modernização das instalações existentes, de modo a garantir: (I) o atendimento da atual demanda de seu mercado, desde que seja economicamente viável; (II) a prestação do serviço adequado; (III) e a segurança de pessoas e instalações;</u>	Essa Agência tem como papel garantir a eficiência e segurança da prestação dos serviços públicos de gás canalizados, de modo a garantir a competitividade e o equilíbrio econômico-financeiro do mercado. Portanto, quaisquer atividades que estão em desacordo com essas premissas deveriam constar como infração de multa. Sugere-se que seja realizado <i>benchmarking</i> com a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Espírito Santo (ARSP) para a definição de regras mais específicas para a imposição de penalidades, visto que

AGEPAR – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Paraná
R. Eurípedes Garcez do Nascimento, 1004, Ahú – Fone: (41) 3210-4800 – CEP 80.540-280 Curitiba – PR
www.agepar.pr.gov.br

		recentemente foi aberta a Consulta Pública ARSP n° 03/2021 que trata sobre os procedimentos para regular a imposição de penalidades ao prestador de serviço público de gás canalizado.
Art. 32. O prazo de duração da sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração não será superior a 30 (trinta) dias.	Pedido de esclarecimento.	Essa associação solicita maiores esclarecimentos sobre esse item, no que se refere a reincidência da infração para aplicação da suspensão temporária, ou seja, se em casos de reincidência o prazo aplicado de suspensão poderá ser maior que 30 dias.
Art. 53. O processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades será circunstanciado e permanecerá em sigilo até decisão final.	Art. 53. O processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades será circunstanciado e <u>permanecerá em sigilo até decisão final. será publicado no e-Protocolo para acompanhamento do processo, desde prazos e informações, exceto informações que devem ser colocadas como confidenciais.</u>	Solicita-se que o processo administrativo seja colocado no e-Protocolo ou em outro sistema que permita a transparência das informações relativas ao processo, a fim de garantir a simetria de informações entre os agentes e o cumprimento dos procedimentos operacionais adequados, conforme já foi mencionado acima. Além disso, o objeto de regulação se trata de um serviço público, sendo importante que as informações correlatas também sejam de conhecimento público.
Art. 67. O presidente, quem o substituir, ou quem por ele for designado para tanto, fará, no prazo de 30 (trinta) dias úteis do recebimento da carga do protocolo, prorrogáveis mediante justificativa idônea, o relatório e o voto quanto ao mérito do processo, inserindo-o nos autos.	Art. 67. O presidente, quem o substituir, ou quem por ele for designado para tanto, fará, no prazo de 30 (trinta) <u>20 (vinte)</u> dias úteis do recebimento da carga do protocolo, prorrogáveis mediante justificativa idônea, o relatório e o voto quanto ao mérito do processo,	Sugere-se a alteração do prazo para o julgamento do auto de infração, visto que o período colocado faz com que o processo fique muito longo, podendo comprometer a segurança e qualidade do serviço prestado, já que a infração ainda não foi corrigida. Além do mais, já foi feita uma análise prévia

	inserindo-o nos autos.	<p>pelo Chefe da Coordenadoria de Fiscalização a respeito das penalidades cometidas e as necessidades de correção, quando aplicável.</p> <p>Também é importante que esse prazo considere o período máximo de 180 dias, conforme Contrato de Concessão da Compagás, por exemplo, já que é possível que em cada etapa tenha algum tipo de prorrogação do tempo para análise dos documentos ou recurso por parte do autuado.</p>
Art. 68. Após a inserção do relatório e voto nos autos, o Presidente, quem o substituir, ou quem por ele for designado para tanto, notificará os demais membros da Comissão Julgadora pelo sistema e-Protocolo, para que, no prazo comum de 15 (quinze) dias úteis, prorrogáveis mediante justificativa idônea, manifestem adesão ao voto ou apresentem, fundamentadamente, voto divergente.	Art. 68. Após a inserção do relatório e voto nos autos, o Presidente, quem o substituir, ou quem por ele for designado para tanto, notificará os demais membros da Comissão Julgadora pelo sistema e-Protocolo, para que, no prazo comum de 15 (quinze) <u>5 (cinco)</u> dias úteis, prorrogáveis mediante justificativa idônea, manifestem adesão ao voto ou apresentem, fundamentadamente, voto divergente.	Para esse dispositivo também é sugerido a alteração do prazo de análise do relatório e voto do Presidente, visto que já foi feita a arguição do mérito pelo Presidente da Comissão Julgadora.
Art. 88. O recurso será pautado pelo relator para julgamento pelo Conselho Diretor no prazo de 30 (trinta) dias úteis, contados do seu recebimento devidamente instruído e pronto para julgamento, prorrogável mediante justificativa idônea.	Art. 88. O recurso será pautado pelo relator para julgamento pelo Conselho Diretor no prazo de 30 (trinta) <u>15 (quinze)</u> dias úteis, contados do seu recebimento devidamente instruído e pronto para julgamento, prorrogável mediante justificativa idônea.	Neste caso, o processo está na última etapa recursal do Auto de Infração, dessa forma, entende-se que o prazo estabelecido não deve superior a 15 dias, já que foi realizada análise prévia pelo relator do processo. Além disso, o tempo estabelecido faz com
justificativa idônea.	mediante justificativa idônea.	que o processo se torne muito longo, podendo ferir o que é estipulado em Contrato de Concessão, por exemplo, como já foi mencionado anteriormente.

2.1.2. Respostas às contribuições¹:

a) Resposta ao quesito 1:

O Decreto Estadual n.º 6.052/2006 estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Gás Canalizado no Estado do Paraná, apresentando os critérios mínimos de regulação das relações entre o agente responsável pela prestação do serviço (Concessionária COMPAGAS) e os Usuários.

O seu artigo 8º trata das obrigações no que se refere à correta classificação das Unidades Usuárias, considerando diversificadas naturezas das atividades e finalidades da utilização do gás, estabelecendo-se os Segmentos de Usuários. Os artigos do capítulo “Do Calendário de Leitura de Medidores e do Faturamento” tratam das obrigações no que se refere à medição e faturamento do gás nas Unidades Usuárias.

¹ Os quesitos das respostas fazem alusão a cada uma das linhas da tabela que sintetiza a contribuição.

Neste sentido, entende-se que o teor da contribuição já se encontra regulamentado no Decreto Estadual. Por sua vez, a Minuta da Resolução Sancionadora, objeto da Consulta Pública, já prevê em seu Art. 16, inciso XX, constituir-se infração sujeita à multa, “deixar de cumprir disposições legais, contratuais ou regulamentares”, ou seja, deixar de cumprir qualquer obrigação prevista no Decreto Estadual n.º 6.052/2006 sujeitará a Concessionária à sanção de multa aplicada pela Agepar.

b) Resposta ao quesito 2:

No que se refere a “Não planejar e/ou implantar novas instalações, bem como deixar de realizar operação, manutenção, planejamento da expansão e modernização das instalações existentes, de modo a garantir: (I) o atendimento da atual demanda de seu mercado, desde que seja economicamente viável; [...]”, considera-se legítima a reivindicação. No entanto, entende-se, salvo melhor juízo, tratem-se de metas que devem ser regulamentadas em nível contratual, não sendo objeto de proposta de resolução de processo e sanções da Agência. Neste sentido, no que tange ao contexto do Contrato de Concessão da Distribuição de Gás Natural no Paraná, cita-se o Decreto Estadual n.º 7.621/2021, que “Institui Comitê Técnico Intersecretarial com o objetivo de recepcionar o Plano Estadual do Gás elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pelo Decreto nº 1.952, de 5 de julho de 2019”, do qual a Agepar faz parte, cabendo ao Comitê:

“Art. 2º Compete ao Comitê:

I - recepcionar o Plano Estadual do Gás contendo as diretrizes para a concessão dos serviços de que trata a Lei Complementar nº 205, de 7 de dezembro de 2017, elaborado pelo Grupo de Trabalho instituído pelo Decreto nº 1.952, de 5 de julho de 2019;

II - analisar a prorrogação do prazo de que trata o art. 16 da Lei Complementar nº 205, de 2017, quanto à concessão da exploração dos serviços de gás canalizado.”

Ou seja, entende-se que, no que se refere ao contexto do contrato da concessão dos serviços relacionados ao Gás Natural Canalizado sob a competência estadual (inclusive considerando as novas regras instituídas pelo Novo Marco Legal do Gás Natural: Lei 14.134/2021), as discussões estão ocorrendo no âmbito do Comitê Técnico Intersecretarial, principalmente considerando-se que o contrato atual da concessão do serviço de distribuição de gás canalizado do Estado do Paraná se encerra em 2024. Logo, tendo em vista que o setor do gás natural canalizado está em contexto de alteração no âmbito do Estado do Paraná, entende-se que, além do risco de incorrência em ilegalidade, seria contraprodutivo, neste momento, alterações normativas neste sentido apenas no âmbito da regulação pela Agepar.

Já no que tange à “[...] (II) a prestação do serviço adequado; (III) e a segurança de pessoas e instalações;” entende-se que, quanto ao conceito de “serviço adequado” estabelecido na Minuta da Resolução Sancionadora, objeto da Consulta Pública, Art. 2º, inciso III, alíneas a e d, já prescreve

que a regularidade e a segurança na prestação do serviço público concedido é condição para prestação de serviço adequado. Por sua vez, a Minuta da Resolução Sancionadora, objeto da Consulta Pública, já prevê em seu Art. 16, inciso XX, constituir-se infração sujeita à multa, “deixar de cumprir disposições legais, contratuais ou regulamentares”, ou seja, deixar de cumprir qualquer obrigação prevista no arcabouço regulatório existente já sujeitará a Concessionária à sanção de multa aplicável pela Agepar.

c) Resposta ao quesito 3:

A sanção de suspensão temporária foi uma novidade trazida pela Lei Complementar Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020, que substituiu a anterior legislação de regência da Agepar, disciplinando tal penalidade da seguinte forma:

*“Art. 13. A suspensão temporária será imposta em caso de infração grave, com existência de circunstâncias agravantes e/ou de reincidência.
Parágrafo único. O prazo da suspensão não será superior a trinta dias.”*

Como se observa, o legislador estabeleceu a hipótese de incidência (caso de infração grave, com existência de circunstâncias agravante e/ou atenuantes ou de reincidência) e sua limitação (prazo não superior a trinta dias).

Dessa forma, os artigos apresentados na Minuta foram redigidos em observância às disposições legais acerca da matéria, prevendo-se, tal como o faz a Lei, a incidência da penalidade na hipótese de “infração grave”, tendo-se estabelecido objetivamente a sua caracterização. Vejamos:

*“Art. 17. Constitui infração sujeita a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração:
I - praticar infração sujeita a sanção de multa quando presentes duas ou mais agravantes;
II - reincidir em infração sujeita à sanção de multa.”*

Por fim, como a legislação estabeleceu – e limitou – o prazo máximo de duração da penalidade em 30 (trinta) dias, não coube, na elaboração da Minuta, aumentá-lo. Assim, para fixação do seu *quantum* (limitado a trinta dias), observar-se-ão os critérios previstos no art. 32, parágrafo único.

d) Resposta ao quesito 4:

Não é possível acatar a sugestão, tendo em vista que o Art. 10, inciso III, da Lei Complementar 222/2020, prevê que “III - o processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação de penalidades será circunstanciado e permanecerá em sigilo até decisão final.”.

e) Resposta aos quesitos 5, 6 e 7:

Não é possível acatar as sugestões, uma vez que os prazos atualmente estabelecidos na Minuta da Resolução Sancionadora foram previstos para garantir assertividade e legalidade do processo a partir do atual estágio de amadurecimento institucional da Agepar. No entanto, a Minuta será alterada no que diz respeito ao procedimento no sistema e-Protocolo relacionado à movimentação de documentos no processo sem a necessidade de tramitação regular do protocolado, visando agregar celeridade ao processo administrativo sancionador.

2.2. Contribuição nº 2, formulada por João Victor Ruiz Martins (Curitiba/PR).

2.2.1. Transcrição integral da contribuição:

I – Considerações iniciais

1.O objetivo deste documento é o de contribuir para a melhor fundamentação Resolução proposta, tendo em vista argumentos geralmente trazidos pelas partes interessadas, seja em âmbito administrativo ou judicial, com relação à regularidade das sanções ou procedimentos sancionatórios movidos pelas agências reguladoras, em geral.

2.Assim, busca-se a discussão de temas que, uma vez enfrentados nesta fase de Consulta Pública, poderão servir e auxiliar a própria Agência (tanto o Conselho Diretor, como a Comissão Julgadora), na análise e fundamentação de procedimentos futuros que sejam objeto de deliberação.

II – Da necessidade de confirmação da constitucionalidade da proposta

3. A questão mais importante para evitar futuras discussões a respeito da juridicidade de procedimentos promovidos pela Agência, ou mesmo de sanções por ela aplicadas, deve ser a melhor fundamentação sobre a constitucionalidade da proposta regulatória, sobretudo com relação aos princípios norteadores da atividade sancionatória do Estado.

4. Tal preocupação advém do fato de que a maior razão de inefetividade das decisões sancionatórias de agências reguladoras (e da Administração Pública, em geral) decorre não de incorreções técnicas ou falhas na análise de mérito, pela Agência, mas do reconhecimento judicial da inobservância de critérios formais –porém imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito – como o são as garantias processuais e o respeito aos princípios jurídicos.

5. Conforme doutrina e jurisprudência nacional, atos relativos ao âmbito do Direito Administrativo Sancionador, como é a presente proposta regulamentar, deve ser cotejada com os princípios do direito e processo penal. Justifica-se essa afirmação no

AGEPAR – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Paraná
R. Eurípedes Garcez do Nascimento, 1004, Ahú – Fone: (41) 3210-4800 – CEP 80.540-280 Curitiba – PR
www.agepar.pr.gov.br

reconhecimento de que tanto as sanções penais como as administrativas decorrem dos mesmos princípios constitucionais que regem a prerrogativa sancionatória do Poder Estatal (*jus puniendi*). Logo, as mesmas garantias devem ser aplicadas às partes demandadas em processos sancionatórios, com as devidas particularidades. Nesse sentido:

As sanções administrativas apresentam configuração próxima às sanções de natureza penal, sujeitando-se a regime jurídico senão idêntico, ao menos semelhante. Os princípios fundamentais de direito penal vêm sendo aplicados no âmbito do direito administrativo repressivo.

(JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 2016, pg. 548)

6. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já assentou que a atividade sancionatória da Administração Pública deve observar as normas, garantias e princípios do processo penal, em respeito às liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana:

À atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o processo penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina.

(STJ, 5ª Turma, RMS 24559/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes)

7. Cotejando as considerações acima, a partir de alguns princípios norteadores da pretensão sancionatória estatal, com os dispositivos da Resolução n.º 12/2021, indica-se algumas condições que, respeitosamente, solicita-se melhor fundamentação:

a) Da possibilidade constitucional da Agência tipificar condutas e cominar sanções

8. O art. 5º, inc. II, da Constituição Federal estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Esse dispositivo consagra o princípio da legalidade que rege tanto as relações de direito privado como de direito público. No âmbito da Administração Pública, todavia, a incidência normativa do princípio da legalidade pode chegar a níveis mais exigentes, sobretudo quando se trata da possibilidade de intervenção do Poder Público sobre a atividade privada.

9. Nesse sentido, a Administração Pública está submetida, em sua atuação, a diferentes intensidades de padrões de legalidade, das quais se destaca, para os fins aqui propostos, o regime da “legalidade estrita”, quando se está a tratar de dois aspectos principais da atividade estatal: i) a tributária; e ii) a sancionatória.

10. A legalidade estrita está vinculada à ideia de que só a lei, em sentido formal, ou seja, aquela aprovada pelo órgão parlamentar competente, poderá tipificar condutas passíveis de punição e prescrever as respectivas punições a que todos se sujeitam.

O princípio da legalidade propicia a certeza e previsibilidade da ilicitude, proporcionando a todos a possibilidade de ordenar suas condutas futuras. Tipificar legislativamente a ilicitude e a sua sanção equivale a atribuir ao particular a possibilidade de escolha entre o lícito e o ilícito. (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 2016, pg. 458)

11. Neste aspecto, por mais que a legislação reconheça às Agências Reguladoras o exercício de funções normativas, esta função, principalmente quando atinge direitos e deveres dos administrados, subordina-se, necessariamente, ao que está prescrito em lei. Logo, qualquer produção normativa que ultrapasse os parâmetros legais poderá ser considerada inconstitucional. Veja-se, nesse sentido, os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - CPC, ART. 535, II -VIOLAÇÃO NÃO OCORRIDA - IBAMA -IMPOSIÇÃO DE MULTA COM BASE EM INFRAÇÃO DESCRITA APENAS EM PORTARIA -IMPOSSIBILIDADE.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide, não estando o magistrado obrigado a examinar tese recursal nova, suscitada apenas em sede de embargos de declaração.

2. A jurisprudência firmada nesta Corte e no STF é no sentido de que o princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas do Estado. Precedentes.

3. Consoante já decidido pelo STF no julgamento da ADI-MC 1823/DF, é vedado ao IBAMA instituir sanções punitivas sem expressa autorização legal.

4. Diante dessas premissas e, ainda, do princípio da tipicidade, tem-se que **é vedado à referida autarquia impor sanções por infrações ambientais prevista apenas na Portaria 44/93-N.5.** Recurso especial não provido

(REsp 1.050.381/PA, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 26 de fevereiro de 2009).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO NACIONAL DE PETRÓLEO. APLICAÇÃO DE MULTA COM SUPORTE NA RESOLUÇÃO Nº 11/78. ILEGALIDADE. PRECEDENTES.

1. Agravo regimental contra decisão que desproveu agravo de instrumento.

2. O acórdão a quo, nos autos de embargos à execução fiscal, considerou ilegal a multa imposta com base na Resolução nº 11/78 do Conselho Nacional de Petróleo, pois somente através de lei, em sentido formal e material, pode-se definir e cominar penalidades.

3. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que: - “É ilegal multa aplicada pelo Concine prevista apenas em resolução. Só a lei em sentido formal ou material é meio hábil para impor sanção” (REsp nº 274423/SP, 2ª Turma, DJ de 20/03/2006); - “Inexistindo lei que preveja a sanção, é ilegal a intervenção do CONCINE, apreendendo fita videocassete, respaldada em decreto (n.93.881/86). Somente por lei, em sentido formal e material, é possível a imposição de sanção (precedente: STF -ADIN 1.823-1/DF)” (REsp nº 275549/MS, 2ª Turma, DJ de 15/03/2004); - “A Resolução nº 12/2001 do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, ao regulamentar o art. 56 da Lei Orgânica daquele órgão, extrapolou os limites aí estabelecidos, criando nova hipótese de incidência de multa, o que ofende, além da própria Lei Orgânica, o princípio constitucional da legalidade. A ilegalidade manifesta-se na criação de nova hipótese típica, não prevista na lei, bem como pelo caráter automático da multa, que não permite a sua gradação, o que afronta o comando contido no § 2º do art. 56 da referida Lei Orgânica” (RMS nº 15578/PB, 1ª Turma, DJ de 09/12/2003); - “Somente a lei pode estabelecer conduta típica ensejadora de sanção. Admite-se que o tipo infracionário esteja em diplomas infralegais (portarias, resoluções, circulares etc), mas se impõe que a lei faça a indicação” (REsp nº 324181/RS, 2ª Turma, DJ de 12/05/2003). 4. Agravo regimental não-provido (AgRg no Ag 901.949/SP, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 10 de dezembro de 2007).

12. Reconhece-se que há decisões recentes do STJ, no sentido de que não se infringe o princípio da legalidade a tipificação de condutas por parte das Agências Reguladoras, desde que haja a previsão legal para tanto. Todavia, é preciso ter em mente que, ainda assim, não há jurisprudência consolidada nesse sentido e a tipificação realizada pela Agepar deve estar restrita às atividades finalísticas da Agência –para o fim de evitar eventual procedência de alegações de inconstitucionalidade no exercício de sua atividade normativo-sancionatória.

b) Da possibilidade de tipificação infralegal por ato da própria Agência

13. Ainda quanto à possibilidade de tipificação por ato infralegal, chama atenção o disposto no inc. VIII, do art. 7º, da Lei Complementar Estadual n.º 222/2020, *in verbis*:

Art. 7º No cumprimento de seus objetivos e no âmbito de sua competência, cabem à Agência as seguintes atribuições:

VIII – aplicar penalidades regulamentares e contratuais às entidades reguladas, **nos termos da regulamentação desta Lei Complementar** e demais disposições legais, contratuais e regulamentares aplicáveis;

14. Sabe-se que o regulamento da legislação, em sentido estrito, é de competência privativa da chefia do Poder Executivo, por meio do Decreto. Desse modo, parece que o legislador delegou não à Agência Reguladora a possibilidade de tipificação de condutas e cominação de sanções, mas ao chefe de Poder Executivo, ao prever que a aplicação de penalidades e contratuais cabe à “regulamentação” da “Lei Complementar”.

15. Dizer que regulamento outro que o Decreto poderia servir para o devido atendimento ao comando legal significaria interpretara regra posta a partir de um critério ampliativo do texto. Todavia, em matéria de direito sancionatório, o critério de interpretação utilizável seria o “restritivo”, não só por se tratar da possibilidade de criação normativa no âmbito das sanções, como também pelo padrão de legalidade estrita nesse âmbito de atuação do Poder Público. Nesse sentido, uma argumentação melhor fundamentada a respeito dessa matéria seria de maior valor para a atividade regulatória da Agência.

c) Da possibilidade de aplicação de sanções a órgãos públicos e entidades administrativas

16. Admitindo-se a “deslegalização” de tipificação de condutas e cominação de sanções pela Assembleia Legislativa do Paraná diretamente à AGEPAR, é essencial levar em consideração a possibilidade de sancionar órgãos públicos e entidades administrativas, representantes do Poder Concedente.

17. Aparentemente, não se encontra dentre as prerrogativas da Agepar, a possibilidade de aplicar infrações e sanções ao Poder Concedente, mas tão somente às entidades reguladas.

Lei Complementar Estadual n.º 222/2020

Art. 2º Para fins desta Lei Complementar, aplicam-se as seguintes definições:

AGEPAR – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Paraná
R. Eurípedes Garcez do Nascimento, 1004, Ahú – Fone: (41) 3210-4800 – CEP 80.540-280 Curitiba – PR
www.agepar.pr.gov.br

I – poder concedente: a União, o Estado do Paraná ou os Municípios, em cuja competência se encontre o serviço público;

II – **entidade regulada**: pessoa jurídica de direito público ou privado ou consórcio de empresas **ao qual foi delegada a prestação de serviço público**, mediante procedimento próprio.

Art. 6º Compete à Agência, respeitados os planos e políticas instituídos pelo poder concedente:

(...)

IX – intervir na prestação dos serviços públicos regulados, **nos casos previstos em lei ou em contrato**, com objetivo de garantir a continuidade do serviço adequado e eficiente; Art. 7º No cumprimento de seus objetivos e no âmbito de sua competência, cabem à Agência as seguintes atribuições:

VIII – aplicar penalidades regulamentares e contratuais **às entidades reguladas**, nos termos **da regulamentação desta Lei Complementar** e demais disposições legais, contratuais e regulamentares aplicáveis;

18. Assim, parece que fundamentação deverá ser construída para o fim de justificar a possibilidade de atuar órgãos públicos e entidades administrativas referente aos seguintes dispositivos:

Art. 25. (...)

§1º Para o caso de o atuado tratar-se de entidade regulada pessoa jurídica, o porte do atuado será apurado com base na sua Receita Operacional Bruta, em se tratando de concessionária, **e no caso de o atuado ser o poder concedente/órgão gestor**, utilizar-se-á os valores da Receita Operacional Bruta do serviço regulado.

Anexo I da Resolução n.º 12/2021

*Obs.: visando proporcionalidade, **quando o atuado for o poder concedente/órgão gestor** utilizar-se-á os valores da receita operacional bruta do serviço regulado.*

19. Sugere-se, caso não se entenda pela viabilidade de sancionar entidades públicas, que eventuais verificações de irregularidades cometidas por agentes dessa natureza sejam objeto de encaminhamento de notificação aos órgãos competentes de controle externo, tais como: i) Assembleia Legislativa; ii) Tribunal de Contas; e iii) Ministério Público, inclusive.

d) Da possibilidade de sancionar demais agentes não previstos em lei

20. Recentemente, o Tribunal de Contas da União decidiu, por meio do Acórdão n.º 1155/2021, o seguinte (conforme extrato de Boletim de Jurisprudência n.º 357):

Responsabilidade. Declaração de inidoneidade. Abrangência. Pessoa jurídica. Sócio. Gestor.

A Declaração de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da Lei 8.443/1992) não pode ser aplicada a sócios e administradores de empresas licitantes, por falta de previsão legal, restringindo-se sua aplicação às pessoas jurídicas que praticaram fraude em licitação. O direito administrativo sancionador submete-se à reserva do princípio da legalidade estrita quanto à tipicidade, penalidade e sujeitos passivos, não cabendo ampliar o alcance da sanção a sujeitos não abrangidos pela literalidade do dispositivo legal.

Acórdão 1155/2021 –Plenário (Representação, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues)

21. Assim, deve ser observado se os dispositivos referentes ao art. 33 estão respaldados na Lei Complementar n.º 222/2020:

Art. 33. Estendem-se os efeitos da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração:

I - às pessoas físicas que constituíram a pessoa jurídica, as quais permanecem impedidas de licitar com a Administração Pública enquanto perdurarem as causas da penalidade, independentemente de nova pessoa jurídica que vierem a constituir ou de outra em que figurarem como sócio;

II - às pessoas jurídicas que tenham sócios comuns com as pessoas físicas referidas no inc. I.

III – Da necessária distinção entre as sanções de suspensão temporária e de declaração de inidoneidade

22. Em acréscimo à contribuição da alínea acima, entende-se que poderia haver uma melhor distinção da natureza das sanções de suspensão temporária e de declaração de inidoneidade, para além do prazo máximo possível de suas durações.

23. Apesar de não ser assentado na doutrina, pode-se observar que as sanções de suspensão do direito de contratar e de participar em licitações estão relacionadas a infrações de intensidade menor de gravidade do que a declaração de inidoneidade. Em analogia, pode-se dizer que as infrações sancionadas com suspensão estão relacionadas ao elemento de “culpa” na atuação ou omissão do infrator, enquanto as infrações sancionáveis com a declaração de inidoneidade carregam maior reprovação normativa, por estarem relacionadas ao elemento de “dolo”, ou clara vontade de fraudar ou infringir disposições jurídicas.

24. Nesse sentido, não parece proporcional que a previsão de “extensão” da sanção às pessoas físicas e jurídicas que tenham sócios em comum restrinja-se à hipótese da suspensão temporária (caso tal disposição seja considerada legítima) e não à declaração de inidoneidade. Ou seja, significaria aplicar extensão sancionatória mais intensa a infrações de caráter menos grave.

25. Por outro lado, também se sugere que haja a seguinte distinção na regulamentação das duas sanções: i) para a suspensão do direito de contratar e licitar, diga-se respeito a quaisquer procedimentos de contratação pública referentes à prestação de serviços públicos movidos pelo Estado do Paraná, por prazo a ser definido; e ii) para a declaração de inidoneidade, defina-se a impossibilidade da sancionada em participar de qualquer processo de contratação pública promovida pelo Estado, devidamente registrada nos respectivos cadastros oficiais, pela gravidade da conduta exercida.

IV – Da necessidade de observância à tipificação mais branda

26. Nos arts. 20, parágrafo único, e art. 22, a proposta de Resolução estabelece o seguinte:

Art. 20. (...)

Parágrafo único. Em caso de conflito entre as normas mencionadas no caput e os dispositivos contidos nesta Resolução, esta prevalecerá, inclusive para fins de tipificação da infração.

Art. 22. Em caso de conflito entre normas de tipificação, prevalecerá a mais específica, ressalvado o contido no art. 20, em que prevalecerão as normas desta

Resolução em face de quaisquer outras provenientes de instrumentos normativos diversos.

27. Contudo, sugere-se que, caso exista uma pluralidade de normas, deve prevalecer a aplicação, na seguinte ordem: i) de tipo previsto em lei (em sentido estrito); ii) de tipo previsto em contrato ou edital de licitação; e iii) do tipo com sanção mais brandas e o conflito aparente for entre normas infra legais não contratuais ou editalícias.

28. Essa proposta tem por objetivo dar concretização: i) ao princípio da legalidade estrita, em âmbito sancionatório, respaldando a atuação da Agência nos termos da Lei; ii) ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação, já que esse é o principal instrumento pelo qual as empresas interessadas na prestação de serviço se embasam para decidir a entrada no processo licitatório; iii) ao princípio da aplicação da *novatio legis in mellius*, aplicável por analogia ao Direito Administrativo Sancionador.

V – Do pedido

Pelo exposto, requer-se:

- i) o recebimento destas contribuições, pela sua regularidade formal;
- ii) a análise das contribuições recebidas, para melhor fundamentação da atividade regulatória da Agência.

2.2.2. Respostas às contribuições:

Os quesitos das respostas fazem alusão a cada um dos itens abaixo, que sintetizam a contribuição:

1. Necessidade de confirmação da constitucional da proposta, em especial: 1.1. Possibilidade constitucional da Agência tipificar condutas e cominar sanções; 1.2. Possibilidade de tipificação infralegal por ato da própria Agência; 1.3. Possibilidade de aplicação de sanções a órgãos públicos e entidades administrativas; e 1.4. Possibilidade de sancionar demais agentes não previstos em lei.
2. Necessária distinção entre as sanções de suspensão temporária e de declaração de inidoneidade;
3. Necessidade de observância à tipificação legal mais branda (critério de resolução de conflito normativo).

a) Resposta ao item 1:

Em relação ao primeiro item, que versa sobre a confirmação da constitucionalidade da proposta, notadamente e em linhas gerais: a possibilidade de tipificação de condutas e cominação de sanções pela via infralegal, aplicando-as aos órgãos e entidades administrativas, bem como a agentes não previstos em lei, tem-se que:

AGEPAR – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Paraná
R. Eurípedes Garcez do Nascimento, 1004, Ahú – Fone: (41) 3210-4800 – CEP 80.540-280 Curitiba – PR
www.agepar.pr.gov.br

As agências reguladoras são entidades sui generis, criadas, em âmbito nacional, no movimento de desestatização iniciado em meados dos anos 1990.

Em que pese a natureza jurídica autárquica, sua modelagem não resguarda completa identidade com outras instituições do gênero, detendo peculiaridades que lhes distinguem, razão pela qual são consideradas **autarquias de regime especial**.

De fato, seu desenho institucional possui inspiração no Direito Comparado, com grande influência, entre outras, da sistemática adotada nos EUA, onde se enquadram como agências as demais autoridades públicas, alheias aos três Poderes do Estado.² Também, na modelagem norte-americana, um dos traços característicos das agências reguladoras (*regulatory agency*), que as diferenciam das chamadas agências não reguladoras (*non regulatory agency*), é a existência do **poder normativo**, delegado pelo Congresso, que possibilita a edição de normas que afetam direitos, liberdades ou atividades econômicas dos cidadãos.³

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 dispõe que o Estado atuará na condição de agente normativo e regulador da atividade econômica (art, 174, *caput*), o que confere às agências a condição de entidades de Estado, dotadas de competências constitucionalmente estabelecidas, dentre as quais, as funções de agente normativo setorial.

Em atenção a essa peculiaridade – que envolve a plêiade de poderes regulatórios das agências –, a Lei Complementar Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020, estabeleceu a previsão de que (destacamos):

*Art. 3.º. A Agência terá por finalidade institucional exercer o poder de regulação, **normatização**, controle, mediação e fiscalização sobre os sérvios públicos submetidos à sua competência.*

Como se observa, não obstante a matriz constitucional das suas atribuições e poderes, a legislação de regência da Agepar lhe conferiu, ainda – em verdadeira delegação de legitimidade popular do parlamento estadual –, finalidade expressa de exercer o poder normativo sobre os serviços públicos submetidos à sua competência.

Não há que se cogitar, portanto, em regulação sem considerar o prisma da regulamentação, que, necessariamente, se apresenta como faceta indissociável daquela.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 584.

³ *Ibidem*. p. 585.

Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto, em sua obra “Agências Reguladoras: Instrumentos do Fortalecimento do Estado” (p. 15)⁴, assevera que:

“...cumpre separar a atividade regulatória da atividade regulamentar. O baralhamento entre os dois conceitos leva alguns doutrinadores a reduzir a atividade de regulação estatal ao seu caráter meramente normativo (...). A atividade de regulação estatal envolve – dentro das balizas acima divisadas – funções muito mais amplas que a função regulamentar (consistente em disciplinar uma atividade mediante a emissão de comandos normativos, de caráter geral, ainda que com abrangência meramente setorial).”

Ainda, segundo Alexandre Santos de Aragão:

“...o poder normativo das agências reguladoras, com seu dinamismo, independência, especialização técnica e valorização das soluções consensuais, deve ser valorizada como um importante instrumento de intercomunicação do sistema jurídico com os demais subsistemas sociais envolventes (econômico, familiar, cultural, científico, religioso etc.).

Apesar da sua origem relativamente antiga, que tem como principal marco a Interstate Commerce Commission, criada nos Estados Unidos da América do Norte em 1887 para regulamentar os serviços interestaduais de transporte ferroviário, as agências reguladoras independentes constituem, cada vez mais, um importante mecanismo de diálogo entre o Direito, que não pode abrir mão do seu caráter normativo, e a economia, que não cessa de aumentar a capacidade de impor sua própria lógica.”⁵

Naturalmente que tal assunto, por envolver a limitação de direitos e imposição de deveres, foi objeto de questionamentos levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal, **tendo o Pretório Excelso firmado sua jurisprudência quanto à validade das normas editadas pelas agências reguladoras no exercício do seu poder normativo.**

No âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.874/DF, a Corte, consignando deferência judicial às decisões técnicas, manifestou expressa concordância com a competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA para editar normas atinentes à regulação setorial, sem que isso representasse afronta ao princípio da legalidade. Vejamos:

⁴ Disponível em: < <http://abar.org.br/biblioteca/>>. Acesso em 19/02/2021.

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito. **Revista Informação Legislativa**. Brasília a. 37 n. 148. p. 275-299. out/dez. 2000. p. 278.

“...A competência para editar atos normativos visando à organização e à fiscalização das atividades reguladas insere-se no poder geral de polícia da Administração sanitária. Qualifica-se, a competência normativa da ANVISA, pela edição, no exercício da regulação setorial sanitária, de atos: (i) gerais e abstratos, (ii) de caráter técnico, (iii) necessários à implementação da política nacional de vigilância sanitária e (iv) subordinados à observância dos parâmetros fixados na ordem constitucional e na legislação setorial. Precedentes: ADI 1668/DF-MC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 16.4.2004; RMS28487/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 14.3.2013; ADI4954/AC, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014; ADI 4949/RJ, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe03.10.2014; ADI 4951/PI, Relator Ministro Teori Zavascki, DJe 26.11.2014; ADI 4.093/SP, Relatora Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 30.10.2014.”

Outrossim, no que tange à proposta normativa submetida à consulta (Resolução do Processo Sancionador), sem prejuízo do aprofundamento acerca da temática na continuidade desta análise, um aspecto da regulação – que detém gênese constitucional (art. 174, caput) – é a fiscalização e, por via de consequência, o poder sancionatório.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a matéria (v.g., REsp n.º 1.796.278/RS), **também firmou posicionamento quanto à validade de atos normativos editados por agências reguladoras e, além disso, entendeu lícita a tipificação de condutas infracionais por tais entidades**, uma vez que tal atribuição consubstancia o exercício de delegação legislativa do respectivo parlamento.

Vale destacar trecho da ementa do acórdão proferido pelo STJ no REsp n.º 1.522.520/RN, no qual se consignou que:

“...registro que esta Corte Superior 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.”

Por fim, observa-se que, especificamente no âmbito do Estado do Paraná e envolvendo a Agepar, houve questionamento da matéria pelo Departamento de Estradas de Rodagem – DER/PR junto à Procuradoria-Geral do Estado – PGE (Protocolo n.º 16.430.093-5), tendo o órgão de consultoria jurídica do Estado se pronunciado (Informação n.º 183/2020 – AT/GAB/PGE) no seguinte sentido (fl. 46):

AGEPAR – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Paraná
R. Eurípedes Garcez do Nascimento, 1004, Ahú – Fone: (41) 3210-4800 – CEP 80.540-280 Curitiba – PR
www.agepar.pr.gov.br

“...não obstante a parte da doutrina administrativista entenda pela impossibilidade de a conduta sancionatória vir em ato infralegal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acolhe a sua legalidade, considerando o poder normativo existente das agências reguladoras. Ainda nesta mesma toada, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4874, pronunciou-se pela imperiosidade do poder normativo das Agências Reguladoras, o qual não só não afronta o princípio da legalidade como dá concretude à sua atuação como regulador de serviços públicos.”

Isto posto, entende-se que **a edição do ato normativo submetido à consulta pública possui fundamento constitucional e legal, reconhecido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal**, como já apontado pela douda Procuradoria-Geral do Estado do Paraná em consulta formulada com esse escopo.

Ademais, tal entendimento se coaduna à natureza especial das agências reguladoras, permitindo a eficiência ínsita à tendência de deslegalização (ou delegificação) naquilo que pertine às atividades das instituições dotadas de expertise técnica; sem prejuízo da **legitimação popular** inerente à outorga legal de tais atribuições e à sabatina dos dirigentes levadas a cabo pela assembleia legislativa.

Em outras palavras: a exegese do poder normativo das agências reguladoras se arrima – além de outros fundamentos relacionados às suas atribuições constitucionais – na sua previsão legal e, também, **na aprovação do ato pelos seus dirigentes, cuja investidura dependeu de indicação pelo Chefe do Poder Executivo e de sabatina – e aprovação – pelo Poder Legislativo, no que, pode-se dizer, gozam de dupla legitimação democrática, exercendo indiretamente o *munus* legiferante do parlamento naquilo que diz respeito à regulação setorial afeita à instituição que integram.**

Em relação ao teor do inc. VIII do art. 7.º da Lei Complementar Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020, mencionado na contribuição, que se refere à atribuição sancionadora da Agepar, no exercício de suas competências legais, observa-se que o contribuinte destacou a passagem normativa que se refere à *“...nos termos da regulamentação desta Lei Complementar”*.

Segundo apontado na consulta, no trecho em destaque o legislador ao se referir a “regulamentação desta Lei Complementar” estaria fazendo alusão ao poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo, exercido através da edição de decretos estaduais.

O Decreto Estadual n.º 6.265/2020 (Regulamento da Agepar), em seu Anexo, prevê a competência do Conselho Diretor para deliberar, em instância administrativa final, dentre outras, *“as propostas de aplicação de sanções e compensações cabíveis”* (art. 12, inc. I, “I”). Também, há previsão quanto às competências fiscalizatória e de propositura de aplicação de multas, sanções e penalidades pelas coordenadorias de Energia e Saneamento, Infraestrutura do Transporte, Serviços de

AGEPAR – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Paraná
R. Eurípedes Garcez do Nascimento, 1004, Ahú – Fone: (41) 3210-4800 – CEP 80.540-280 Curitiba – PR
www.agepar.pr.gov.br

Transporte e Residual e de Novos Mercados (art. 46, inc. XII). Há, igualmente, a previsão de competência para propositura de sanções e penalidades pela Coordenadoria de Qualidade dos Serviços (art. 50, inc. I) e de competência para fiscalização e propositura de multas, sanções e penalidades pela Coordenadoria de Fiscalização (art. 49, inc. III). Por fim, também consta norma específica quanto à adequação decisória da Agência, vedando-se imposição de “*sanções em medida superior àquela necessária ao atendimento do interesse público*” (art. 54, § 1.º).

Assim, verifica-se que a matéria não é totalmente estranha ao Decreto Estadual que regulamenta a Lei Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020.

Todavia, muito embora o ato normativo editado pelo Exmo. Governador contemple disposições acerca do tema, trazendo-se à baila o poder normativo das agências reguladoras – reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência (assim como, no caso, pela Procuradoria-Geral do Estado do Paraná) –, entende-se que, no propósito, ao se referir a “regulamentação” ou a “normas regulamentares”, estaria o legislador empregando o sentido amplo dos termos, como qualquer disciplina infralegal conferida à matéria.

Até porque, o entendimento em sentido diverso, isto é, pela normatização integral da matéria através de ato privativo do Chefe do Poder Executivo seria um contrassenso, pois, conforme será abordado na sequência, o poder concedente (Administração Pública direta ou indireta) também atua como agente setorial e, portanto, regulado, no que se estaria por atribuir ao próprio destinatário da norma sancionatória a previsão respectiva.

Por fim, é importante mencionar que a Lei Complementar Estadual n.º 94, de 23 de julho de 2002, antiga legislação de regência institucional da Agepar, possuía previsão idêntica, à qual se deu a interpretação acima, relegando-se o assunto à disciplina das Resoluções Normativas n.º 008 e 009/2016 (e as posteriores que lhes modificaram), editadas pelo Conselho Diretor da Agência.

À época tal discussão foi trazida à baila, tendo a Procuradoria-Geral do Estado dirimido a questão em favor do poder normativo da Agência (Protocolo n.º 16.430.093-5).

Outrossim, ao analisar o PL que ensejou a atual Lei Complementar Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020, a Procuradoria-Geral do Estado, na Informação n.º 253/2019 – AT/GAB-PGE (Protocolo n.º 15.976.374-9), apontou que (destaques no original): “*No tocante aos artigos que regem as competências fiscalizatória e disciplinar da AGEPAR (arts. 9º a 16), entendemos que, em que pese larga divergência doutrinária referente aos limites do poder sancionador de agências de mesma natureza, tem sido aceito pelos Tribunais a tese de que ato infralegal pode regular tanto as infrações passíveis de punição, como as próprias penalidades, incluindo valores de multas, sendo recomendável apenas a fixação em lei de um valor máximo de multa (o que foi cumprido no texto sob análise)*”.

Consta da Informação n.º 183/2020 – AT/GAB/PGE (destacamos):

“...a Resolução n.º 001, de 19 de fevereiro de 2018, da AGEPAR, que altera a Resolução Normativa n.º 008, de 13 de dezembro de 2016, que dispõe sobre as infrações e as sanções aplicáveis pela AGEPAR ao Poder Concedente (DER) está revestida de legalidade?

Como visto no item anterior, a Lei Complementar que dava supedâneo legal às resoluções mencionadas, dispunha apenas quais as penalidades a serem aplicadas aos entes regulados, mas não dispunha sobre quais as condutas passíveis de apenamento. No que pertinente às penalidades, há tão-somente o genérico artigo 7.º, inciso VIII, que disciplinava ser competência da AGEPAR aplicar penalidades regulamentares e contratuais às entidades reguladas, nos termos da regulamentação desta Lei e demais disposições legais, contratuais e regulamentares aplicáveis. A descrição das penalidades se encontra na Resolução Normativa n.º 008/2016 da AGEPAR, com as alterações efetuadas pela Resolução n.º 001/2018. Assim, não obstante a descrição da penalidade viesse no corpo da lei, a conduta a que o DER estaria sujeito no caso em comento – deixar de cumprir determinações da AGEPAR de modo a impedir ou prejudicar a eficácia da ação regulatória – estava prevista em ato infralegal.

Como cediço, há grande controvérsia tanto doutrinária como jurisprudencial acerca da possibilidade de que tanto a conduta como a pena, no âmbito sancionatório, estejam prevista em normas infralegais.

(...)

Como já referido, a questão é polêmica. Esta Assessoria Técnica da Procuradoria-Geral do Estado, ao analisar a minuta que ensejou na edição da Lei Complementar n.º 22[2]/2020 (novel legislação da AGEPAR), explicitou que, apesar da negativa de parte da doutrina, a jurisprudência acolhe a possibilidade de imputação das condutas em normas infralegal.

(...)

De fato, a jurisprudência dos Tribunais Superiores assentou entendimento pela possibilidade de que a tipificação das condutas esteja assentada em legislação infralegal...

(...)

AGEPAR – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Paraná
R. Eurípedes Garcez do Nascimento, 1004, Ahú – Fone: (41) 3210-4800 – CEP 80.540-280 Curitiba – PR
www.agepar.pr.gov.br

Tudo a concluir, portanto, que, não obstante a parte da doutrina administrativista entenda pela impossibilidade de a conduta sancionatória vir em ato infralegal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acolhe a sua legalidade, considerando o poder normativo existente das agências reguladoras.

Ainda nesta mesma toada, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4874, pronunciou-se pela imperiosidade do poder normativo das Agências Reguladoras, o qual não só não afronta o princípio da legalidade como dá concretude à sua atuação como regulador de serviços públicos.(...) De tal sorte, em consonância com a jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça, a Resolução n.º 001, de 19 de janeiro de 2018, da AGEPAR, estaria revestida de legalidade...”

Pelos motivos acima, entende-se que, s.m.j., a regulamentação da matéria, nos termos da Lei Complementar Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020, não se limita, tão somente, ao seu regulamento *stricto sensu*, mas sim a todas as normas incidentes na espécie (inclusive atos da Agepar).

Superada a dúvida quanto à (im)possibilidade de edição de atos normativos – e tipificação de infrações – pelas agências reguladoras, no que tange à segunda parte do tópico, isto é, a aplicação de sanções a órgãos ou entidades da Administração Pública, bem como a agentes não previstos em lei, tem-se que:

A regulação envolve o exercício de uma série de ações dirigidas ao escopo de planejamento, organização, execução e fiscalização de uma determinada atividade ou setor econômico.

Pese o arcabouço teórico de viés iluminista que consagrou a organização econômica sob a forma de mercado, sem intervenção estatal (*laissez faire*) – como preconizado por Adam Smith em sua clássica obra “A Riqueza das Nações”⁶ –, é sabido, atualmente, que a existência de falhas e distorções setoriais impede a obtenção da otimização alocativa e da maximização do bem-estar, no que surge, por via de consequência, a necessidade de atuação do Estado para melhorar a sua eficiência.

Neste contexto, o Poder Público passa a adquirir maior protagonismo, desempenhando uma postura ativa, através, dentre outros, da prestação de serviços públicos. Estes, muitas vezes, que por envolverem direitos fundamentais (v.g., assistência à saúde ou educação) ou demandarem a existência de um aparato estrutural considerável – que enseje o retorno da atividade através do

⁶ SMITH, Adam. **Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações**. 6. ed. Trad. Norberto de Paula Lima. Rio de Janeiro: Ediouro, 1986.

modelo de economia de escala (constituindo verdadeiros monopólios naturais) – acabam sendo prestados diretamente pelo Estado ou, por via indireta, mediante outorga a entidades de sua administração ou mediante concessão a particulares.

De todo o modo, nesse contexto o Poder Público invariavelmente se torna um relevante ator setorial.

Assim, às agências cabe a gestão dos variados – e, não raras vezes, contrapostos – interesses que incidem na prestação de determinado serviço, dentre os quais se inserem os do usuário, da concessionária e, pois, do próprio poder concedente, que ocupa um dos polos deste “tripé” de interessados.

Deste modo, é importante destacar que as agências reguladoras, embora integrantes da Administração Pública indireta, não se confundem com a figura do poder concedente, devendo, inclusive, se distanciar dele.

Quando a reguladora se vê cooptada por um dos agentes interessados no setor regulado (inclusive o poder concedente), ocorre a chamada “captura”. Nos dizeres de André Saddy:

“Outra teoria que trata do tema é a da captura (ou teoria econômica da regulação). Ocorre a captura do ente regulador quando grandes grupos de interesses ou empresas passam a influenciar as decisões e a atuação do regulador, levando este a atender mais aos interesses dos agentes econômicas (de onde vieram seus membros) do que os da sociedade, isto é, do que os interesses públicos.”⁷

Com as premissas acima em mente, **nos parece que se falar em regulação setorial retirando-se de sua abrangência a figura do poder concedente seria temerário.** Deveras, limitar-se-ia a uma visão míope, deixando-se de adotar a perspectiva alinhada à completude do seu entendimento, vale dizer, a exclusão do âmbito regulatório – e de todos os seus desdobramentos – de uma das figuras interessadas tornaria deficiente, senão ineficaz, tal atividade.

Destarte, **quando a Constituição e, na sequência, a legislação, outorga o poder de regulação e fiscalização setorial, necessariamente elas também conferem todos os meios e competências indispensáveis para seu exercício finalístico.** Pois, como já mencionado, ao se regular tão somente o comportamento de um dos atores, isto é, da concessionária, o mister institucional das agências resta prejudicado, tornando-se ineficiente e se confundindo o papel desempenhado pelo poder concedente, que já fiscaliza a delegatária na prestação do serviço.

⁷ SADDY, André. **Regulação estatal, autorregulação privada e códigos de conduta e boas práticas.** 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. pp. 92-93.

É do teor da Constituição Federal de 1988, que (destacamos):

*Art. 174. Como **agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.***

Observa-se, como mencionado alhures, que o constituinte se preocupou em conferir ao Estado a missão de atuar como regulador, exercendo, dentre outras, as funções de fiscalização. Assim, **há a outorga constitucional do dever de fiscalizar, como o agente regulador poderá exercer tal atribuição a contento se estiver tolhido de agir em relação a uma parte do todo?**

Aqui, entende-se aplicável a chamada Teoria dos Poderes Implícitos, de origem norte-americana, desenvolvida no caso *McCulloch v. Maryland* (1819), onde a Suprema Corte dos EUA decidiu que se a Constituição atribuiu a uma instituição ou órgão uma atividade finalística, então, lógica e necessariamente, também lhe outorgou todos os meios e poderes indispensáveis à sua realização.

A construção teórica em comento já foi importada pelo Supremo Tribunal Federal em precedente da Corte (RE n.º 593.727/MG), no qual o Min. Celso de Mello asseverou, face à Teoria dos Poderes Implícitos, que: “...a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícitos, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.”

Com efeito, tomando-se em consideração os pontos acima, uma interpretação sistemática da Lei Complementar Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020, vai de encontro à necessidade de se prever – tal como já o fazia a norma anterior (cuja resolução sob consulta se propõe a substituir) – a figura do poder concedente no ato normativo em tela, pois, **ao preconizar o exercício da competência regulatória (e demais atribuições decorrentes de seu espectro de atividades), a legislação invariavelmente exige a atuação completa da Agepar nos setores regulados, sob pena de esvaziar a razão do seu funcionamento, em verdadeiro “faz-de-conta” institucional.**

Pede-se vênua, ainda, para transcrever excerto da já mencionada Informação n.º 183/2020 – AT/GAB/PGE, na qual a Procuradoria-Geral do Estado, ao responder consulta a respeito da competência da Agepar para exercer seus poderes em face do poder concedente, asseverou que **“conclui-se a partir da consulta realizada neste protocolado, que a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Paraná possui competência regulatória, fiscalizatória e sancionatória em face do Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná, o que inclui a emissão de autos de infrações e aplicação de penalidade, nos termos da legislação de regência.”**

Finalmente, quanto à imposição de sanção em face dos administradores e demais pessoas físicas relacionadas aos atos de gestão e controle do ente fictício infrator, também entendemos que a

AGEPAR – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Paraná
R. Eurípedes Garcez do Nascimento, 1004, Ahú – Fone: (41) 3210-4800 – CEP 80.540-280 Curitiba – PR
www.agepar.pr.gov.br

proposta de resolução segue o previsto na Lei Complementar Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020. Vejamos:

(a) Sanção de multa:

(a.1) LC n.º 222/2020:

Art. 11. Nas infrações praticadas por pessoa jurídica também serão punidos com sanção de multa seus administradores ou controladores, quando tiverem agido com dolo ou culpa.

(a.2) Proposta de Resolução:

Art. 28. Nas infrações praticadas por pessoa jurídica também serão punidos com sanção de multa os seus administradores ou controladores, quando, comprovadamente, tiverem agido com dolo ou culpa, observando-se o § 3º do art. 26.

Parágrafo único. No caso do caput, os seus administradores ou controladores deverão ser autuados mediante Auto de Infração específico lavrado para essa finalidade.

(b) Sanção de Suspensão Temporária:

(b.1) LC n.º 222/2020:

Art. 64. Estará impedida de participar de licitações e de ser contratada pela Agepar a empresa:

(...)

II – suspensão pela Agepar;

III - declarada inidônea pela União, por Estado, pelo Distrito Federal e por esta Agência, enquanto perdurarem os efeitos da sanção;

IV - constituída por sócio de empresa ou de grupo econômico que estiver suspensa, impedida ou declarada inidônea;

V - cujo administrador seja sócio de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea;

VI - constituída por sócio que tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VII - cujo administrador tenha sido sócio ou administrador de empresa suspensa, impedida ou declarada inidônea, no período dos fatos que deram ensejo à sanção;

VIII - que tiver, nos seus quadros de diretoria, pessoa que participou, em razão de vínculo de mesma natureza, de empresa declarada inidônea.

Parágrafo único. Aplica-se a vedação prevista no caput deste artigo:

I - à contratação do próprio empregado ou dirigente, como pessoa física, bem como à participação dele em procedimentos licitatórios, na condição de licitante;

II - a quem tenha relação de parentesco, até o terceiro grau civil, com:

a) dirigente de empresa pública ou sociedade de economia mista;

b) empregado da Agepar cujas atribuições envolvam a atuação na área responsável pela licitação ou contratação;

c) autoridade do ente público a que a Agepar esteja vinculada;

III - cujo proprietário, mesmo na condição de sócio, tenha terminado seu prazo de gestão ou rompido seu vínculo com a Agepar há menos de doze meses.

(b.2) Proposta de Resolução:

Art. 33. Estendem-se os efeitos da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração:

I - às pessoas físicas que constituíram a pessoa jurídica, as quais permanecem impedidas de licitar com a Administração Pública enquanto perdurarem as causas da penalidade, independentemente de nova pessoa jurídica que vierem a constituir ou de outra em que figurarem como sócios;

II - às pessoas jurídicas que tenham sócios comuns com as pessoas físicas referidas no inc. I.

Como se depreende da leitura dos dispositivos, em relação à sanção de multa, não há maiores celeumas, uma vez que a legislação é categórica em afirmar a sua incidência, também, aos administradores e controladores, quando estes tiverem agido com dolo ou culpa (art. 11 da LC n.º 222/2020).

Em relação à penalidade de suspensão temporária, observa-se que a LC n.º 222/2020, em suas Disposições Finais, insere no rol de impedidos de participar de licitações e de contratar com a Agência, dentre outros, a empresa cujo sócio detenha participação, também, em outra empresa que esteja suspensa, impedida ou declarada inidônea.

Todavia, de fato são necessárias algumas adaptações para adequação integral da norma aos preceitos legais. São elas:

AGEPAR – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Paraná
R. Eurípedes Garcez do Nascimento, 1004, Ahú – Fone: (41) 3210-4800 – CEP 80.540-280 Curitiba – PR
www.agepar.pr.gov.br

Primeiramente, a LC n.º 222/2020 fala em impedimento de participação de licitação e proibição de contratar com a Agepar, enquanto a proposta de resolução amplia os efeitos da sanção à toda a Administração Pública Estadual, no que se recomenda ajustar o alcance da norma, restringindo-a à esfera desta autarquia de regime especial.

Segundo, embora a LC n.º 222/2020 atribua a vedação em comento àqueles que foram penalizados com suspensão ou inidoneidade, a proposta de resolução se limita a disciplinar a extensão do efeito à pessoa física apenas em relação à penalidade de suspensão.

Dessa forma, deve-se promover a inclusão de dispositivo na Seção I do Capítulo II, “Das Disposições Gerais”, estabelecendo que:

“Art. 23. Aplicadas a sanções de suspensão temporária e/ou declaração de inidoneidade, observar-se-á o contido no art. 64 da Lei Complementar Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020.”

Também, promove-se as seguintes alterações:

“Art. 33. A penalidade de suspensão temporária observará, quanto aos seus efeitos, o disposto no art. 64 da Lei Complementar Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020.”

“Art. 35. A sanção de declaração de inidoneidade observará, quanto aos seus efeitos, o disposto no art. 64 da Lei Complementar Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020.”

Tais redações visam conferir disciplina aos eventuais efeitos ultra partes decorrentes da imposição das referidas penalidades, sem, contudo, se distanciar da previsão legal acerca da matéria.

b) Resposta ao item 2:

O segundo item da contribuição sugerida foi de apresentar a necessária distinção entre as sanções de suspensão temporária e de declaração de inidoneidade.

A Lei Complementar Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020 inovou em relação à anterior lei de regência da Agepar trazendo duas novas espécies de sanções aplicáveis em virtude da caracterização de infrações, quais foram: a **suspensão temporária** e a **declaração de inidoneidade**.

(a) Suspensão Temporária:

(a.1) LC n.º 222/2020:

AGEPAR – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Paraná
R. Eurípedes Garcez do Nascimento, 1004, Ahú – Fone: (41) 3210-4800 – CEP 80.540-280 Curitiba – PR
www.agepar.pr.gov.br

Art. 13. A suspensão temporária será imposta em caso de infração grave, com existência de circunstâncias agravantes e/ou de reincidência.

Parágrafo único. O prazo da suspensão não será superior a trinta dias.

(a.2) Proposta de Resolução:

Art. 17. Constitui infração sujeita a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração:

I - praticar infração sujeita a sanção de multa quando presentes duas ou mais agravantes;

II - reincidir em infração sujeita à sanção de multa.

Art. 31. A aplicação da sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração será cumulativa com as demais sanções.

Art. 32. O prazo de duração da sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração não será superior a 30 (trinta) dias.

(b) Declaração de Inidoneidade:

(b.1) LC n.º 222/2020:

Art. 14. A declaração de inidoneidade será aplicada a quem tenha praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação, seja no processo licitatório ou durante a execução do contrato outorgado.

Parágrafo único. O prazo de vigência da declaração de inidoneidade não será superior a cinco anos.

(b.2) Proposta de Resolução:

Art. 18. Constitui infração sujeita a sanção de declaração de inidoneidade, durante o processo licitatório ou execução do contrato:

I - fazer declaração falsa no processo de licitação ou durante a execução do contrato;

II - apresentar documento falso no processo licitatório ou durante a execução do contrato;

III - frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o procedimento;

IV - afastar ou procurar afastar participante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

AGEPAR – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Paraná

R. Eurípedes Garcez do Nascimento, 1004, Ahú – Fone: (41) 3210-4800 – CEP 80.540-280 Curitiba – PR

www.agepar.pr.gov.br

V - agir com má-fé na relação contratual.

Art. 35. A duração da sanção de declaração de inidoneidade não será superior a 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Para definição da duração da sanção de que trata este artigo serão observados, por decisão motivada da autoridade julgadora competente, os seguintes critérios...

De fato, a novel legislação da Agepar, que forneceu o embasamento e legitimidade para a edição da proposta normativa em análise, não apresentou distinção conceitual expressa entre ambos os institutos, contudo apresentou as características próprias de cada qual. Assim, coube ao Grupo de Trabalho de elaboração da minuta desenvolver o texto com as respectivas distinções e nuances (observados os limites legais).

É importante ressaltar, no entanto, que, por se tratar de norma que veicula sanção administrativa, não há, à míngua da previsão legal, grande margem para inovar, no âmbito da elaboração da proposta, em relação aos conceitos e consequências respectivas, no que se procurou adaptá-las na resolução, com o pouco subsídio disponível, respeitando-se os ditames legislativos a respeito.

Assim – em consonância com as disposições da legislação de regência da Agepar –, dentre as características que diferenciam as espécies de sanções, tem-se, no âmbito da proposta de resolução, o seguinte:

(a) o **critério temporal**, que, seguindo a legislação, é de até 30 (trinta) dias, no caso de suspensão temporária, e de até 5 (cinco) anos, no caso de declaração de inidoneidade;

e (b) o **critério infracional**, que estabelece a aplicação da suspensão temporária quando da prática de infração sujeita à sanção de multa, presentes duas ou mais agravantes ou quando o agente reincidir em infração sujeita à sanção de multa; e de declaração de inidoneidade quando da prática de condutas irregulares no âmbito do processo licitatório ou da execução do contrato respectivo.

Pode-se dizer, portanto, que ambas as espécies de sanções diferem tanto quantitativamente (pois repercutem em prazos diferentes), quanto qualitativamente, uma vez que a declaração de inidoneidade se refere às condutas irregulares verificadas durante o processo licitatório ou execução contratual, enquanto a suspensão temporária não se limita a tais circunstâncias condicionantes.

c) Resposta ao item 3:

O último item apresentado à guisa de contribuição diz respeito à sugestão de se aplicar, como critério de solução de antinomias das normas de tipificação, a seguinte ordem: 1.º) do tipo previsto

em lei (em sentido estrito); 2.º) do tipo previsto em contrato do edital de licitação; e 3.º) do tipo com sanção mais branda se o conflito aparente for entre normas infralegais não contratuais ou editalícias.

Pois bem.

A proposta de resolução sob consulta versa sobre a disciplina normativa de uma atribuição legalmente conferida à Agepar, qual seja, o poder sancionatório em decorrência do exercício da sua atuação regulatória (art. 3.º c/c arts. 5.º, caput, 6.º, inc. XII, e 7.º, inc. VIII, da LCE n.º 222/2020).

Com efeito, o objeto da norma é a definição dos tipos infracionais e dos respectivos procedimentos para sua aplicação **pela Agência Reguladora do Paraná**, sem prejuízo da competência concorrente que possa existir com outros entes e órgãos, como costumeiramente ocorre em relação ao poder concedente, que também exerce fiscalização e aplica sanções em face do prestador do serviço.

Essa colocação inicial é relevante porque, como mencionado, **o foco central do ato é normatizar aquilo que diz respeito à competência privativa da Agência**, notadamente, a aplicação das penalidades previstas na Lei Complementar Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020.

Assim, por entender que as sanções editalícias e contratuais dizem respeito à competência fiscalizatória comum – e, portanto, não exclusiva da Agepar –, houve a opção por se fazer prevalecer, **no âmbito da atuação desta Agência Reguladora**, diante de eventual conflito normativo aparente, as normas de tipificação que se referem aos poderes sancionatórios que, por força de Lei Complementar, foram privativamente conferidos a esta autarquia de regime especial.

Isto não significa que eventuais tipos infracionais veiculados pelo edital de licitação e pelo contrato administrativo celebrado não venham a ser aplicados, pois que, diante da competência comum, pode haver (como, de fato, o há) apuração de eventuais irregularidades em paralelo pelo poder concedente que, se for o caso, aplicará tais sanções.

Segundo o art. 19 da proposta de resolução (destacamos), “a Agepar exaure, **no âmbito de sua competência**, a instância administrativa nas decisões relativas ao processo sancionador...”, **não afastando, desse modo, a atuação dos demais órgãos administrativos naquilo que lhes couber.**

As previsões, no entanto, do art. 20 e seu parágrafo único, mencionadas nas considerações do senhor contribuinte, servem como uma espécie de “válvula de escape” quando, não obstante competente para aplicação de normas editalícias e contratuais, o poder concedente (ou quem lhe fizer as vezes) remanescer inerte. Contudo, destaca-se a ressalva contida no mencionado dispositivo de que **se houver tipificação na resolução do processo sancionador – o que**

exprime competência específica da Agepar (e, portanto, prioritária) – esta prevalecerá, uma vez que, não devemos esquecer, se refere à competência privativa da Agência.

Outrossim, também é importante destacar que **as normas de tipo infracional contidas na proposta de resolução foram editadas em estrita observância à delegação legislativa** (reconhecida, como mencionado acima, pela jurisprudência superior e pela PGE/PR), de modo que entendemos que possuem, s.m.j., caráter preponderante.

Vejamos (LCE n.º 222/2020) (destacamos):

“Art. 9º Para o cumprimento do disposto no inciso XII do art. 6º e inciso VIII do art. 7º, ambos desta Lei Complementar, a Agepar poderá aplicar, sucessivamente, as seguintes penalidades:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária;

IV - declaração de inidoneidade.”

*“Art. 12. As infrações, respectivas penalidades e valores das multas **serão fixados na regulamentação desta Lei Complementar** e em sua aplicação será considerado o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta, a existência de circunstâncias agravantes e a intensidade da sanção.”*

Pode-se dizer – sempre com a ressalva de melhor entendimento em sentido diverso – que **o radical normativo dos tipos infracionais contidos na proposta de resolução reside em legislação estrita**, motivo também pelo qual entendemos que, no caso, sejam preponderantes.

Noutro giro, em face da contribuição apresentada, este Grupo de Trabalho entendeu por bem em refletir acerca das disposições textuais contidas no dispositivo e seu parágrafo único, propondo-se a seguinte alteração:

Art. 19. A Agepar aplicará as sanções regulatórias aos serviços públicos delegados, exaurindo, no âmbito de sua competência, a instância administrativa nas decisões relativas ao processo sancionador envolvendo os serviços públicos delegados do Paraná.

Parágrafo único. As sanções contratuais competem ao Poder Concedente, procedendo-se, em caso de competência concorrente expressa da Agência para aplicação das penalidades contidas no instrumento da delegação, na forma do artigo seguinte.

Art. 20. Se houver sanções contratuais estabelecidas para o serviço público delegado, e não havendo norma específica nesta Resolução que tipifique o fato, em existindo competência concorrente expressamente prevista no referido instrumento entre a Agepar e o Poder Concedente, a aplicação de tal regramento pela Agência somente ocorrerá em caso de omissão do Poder Concedente.

§ 1º Em havendo norma infracional prevista nesta Resolução que dê conta de tipificar o fato caberá à Agepar aplicar tão somente esta.

§ 2º Caracterizar-se-á a omissão referida no caput quando, devidamente comunicado, o Poder Concedente permanecer inerte pelo prazo de 30 (trinta) dias corridos.

§ 3º Na hipótese do caput o processo administrativo prosseguirá na Agepar, ressalvado pedido de avocação pelo Poder Concedente, devidamente acatado pelo Conselho Diretor da Agência.

Como a ideia é normatizar o exercício da competência privativa da Agepar, preferindo na atuação desta autarquia de regime especial o exercício do poder sancionador que sua legislação institucional previu e, subsidiariamente, a utilização de normas contidas em instrumentos diversos (v.g., edital e contrato) – que podem ser aplicadas por outros órgãos e entidades (e que por vezes sequer contemplam seu manejo pela Agência) –, entende-se que a redação do artigo deve ser alterada fazendo-se constar a atuação subsidiária do ente regulador – tanto na iniciativa quanto na aplicação dos outros instrumentos – em casos que tais.

Superada essa parte do tópico, em relação ao conflito aparente de normas infralegais não contratuais ou editalícias, procedeu-se a transformação do parágrafo único do art. 22 em parágrafo primeiro e, na sequência, a inclusão de um parágrafo segundo com a seguinte redação:

§ 2º Aplicada a regra do caput, se ainda assim persistir o conflito, prevalecerá o tipo infracional que possua sanção mais branda.

Entende-se que, s.m.j., tal regra somente pode ser levada a efeito após a utilização do critério da especialidade, pois este se refere ao cotejo fático-normativo que individualiza o corrido frente às disposições infracionais. **Apenas na eventualidade de tal medida não resultar em delimitação de tipo infracional único é que se pode recorrer ao abrandamento da sanção como critério de prevalência, sob pena de tornar inócuas tipificações específicas contidas em normas passíveis de sanções mais graves (uma vez que, por essa lógica, nunca tipificariam a infração).**

3. DA CONCLUSÃO: POSICIONAMENTO DA AGÊNCIA APÓS CONSULTA PÚBLICA:

AGEPAR – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Paraná
R. Eurípedes Garcez do Nascimento, 1004, Ahú – Fone: (41) 3210-4800 – CEP 80.540-280 Curitiba – PR
www.agepar.pr.gov.br

O presente relatório visa divulgar as respostas às contribuições recebidas no período da Consulta Pública, havido entre os dias 26 de abril de 2021 e 09 de junho de 2021, as quais após análise resultaram no presente relatório que expressa o Posicionamento da Agência Pós Consulta Pública disponibilizado no sítio eletrônico da AGEPAR: www.agepar.pr.gov.br.

Em decorrência das análises, serão acolhidos os seguintes itens, com respectivas alterações no texto normativo:

3.1 Contribuição n.º 1:

A Minuta será alterada no que diz respeito ao procedimento no sistema e-Protocolo relacionado à movimentação de documentos no processo sem a necessidade de tramitação regular do protocolado, visando agregar celeridade ao processo administrativo sancionador:

“Art. 50. O Chefe da Coordenadoria de Fiscalização juntará ao protocolo da Ação Fiscalizadora ou da Notícia de Fato ou, ainda, em caso de apuração de ofício, em protocolado próprio, o Auto de Infração, acompanhado do Termo de Notificação, promovendo-se, imediatamente na sequência, a notificação com pendência do autuado pelo sistema e-Protocolo, assinalando o prazo previsto no art. 53, caput.”

“Art. 54. A defesa deverá ser apresentada diretamente no sistema e-Protocolo, atendendo o cumprimento da pendência que acompanhará a notificação a que se refere o art. 50.”

“Art. 55. Após a juntada da defesa e cumprimento da pendência pelo Autuado no sistema e-Protocolo, o Chefe da Coordenadoria de Fiscalização fará o seu juízo de admissibilidade, em especial, sua tempestividade, regularidade formal conforme art. 53, e análise de eventual pedido justificado de apresentação de prova documental em momento posterior.”

“Art. 66. Após a inserção do relatório e voto nos autos, o Presidente, quem o substituir, ou quem por ele for designado para tanto, notificará com pendência os demais membros da Comissão Julgadora pelo sistema e-Protocolo, para que, no prazo comum de 15 (quinze) dias úteis, prorrogáveis mediante justificativa idônea, manifestem adesão ao voto ou apresentem, fundamentadamente, voto divergente.”

“Art. 68. Caso algum dos membros da Comissão Julgadora, no prazo a que se refere o art. 66, entender pela necessidade de diligências complementares para formação de seu convencimento, este solicitará ao Presidente, que, consignando o fato nos autos, os encaminhará para as providências necessárias.

Parágrafo único. Na hipótese do caput, interrompe-se o prazo do art. 66 para ambos os membros da Comissão Julgadora, retornando com a notificação com pendência pelo sistema e-Protocolo após a devolução dos autos para o Presidente pelo(s) setor(es) destinatário(s) da(s) diligência(s).”

3.2 Contribuição n.º 2:

Em relação ao item 1 da contribuição, acolhem-se parcialmente as sugestões, alterando-se a Minuta para os fins de compatibilizá-la com as disposições da Lei Complementar Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020, retirando-se o efeito perante toda a Administração Pública Estadual e limitando o seu alcance à Agepar.

Foram promovidas as seguintes alterações na Minuta:

“Art. 23. Aplicadas a sanções de suspensão temporária e/ou declaração de inidoneidade, observar-se-á o contido no art. 64 da Lei Complementar Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020.”

“Art. 33. A penalidade de suspensão temporária observará, quanto aos seus efeitos, o disposto no art. 64 da Lei Complementar Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020.”

“Art. 35. A sanção de declaração de inidoneidade observará, quanto aos seus efeitos, o disposto no art. 64 da Lei Complementar Estadual n.º 222, de 5 de maio de 2020.”

Em relação ao item 3 da contribuição, que também foi parcialmente acolhido, foram promovidas as seguintes alterações na Minuta:

“Art. 19. A Agepar aplicará as sanções regulatórias aos serviços públicos delegados, exaurindo, no âmbito de sua competência, a instância administrativa nas decisões relativas ao processo sancionador envolvendo os serviços públicos delegados do Paraná.

Parágrafo único. As sanções contratuais competem ao Poder Concedente, procedendo-se, em caso de competência concorrente expressa da Agência para aplicação das penalidades contidas no instrumento da delegação, na forma do artigo seguinte.”

“Art. 20. Se houver sanções contratuais estabelecidas para o serviço público delegado, e não havendo norma específica nesta Resolução que tipifique o fato, em existindo competência concorrente expressamente prevista no referido instrumento entre a Agepar e o Poder Concedente, a aplicação de tal regramento pela Agência somente ocorrerá em caso de omissão do Poder Concedente.

§ 1º Em havendo norma infracional prevista nesta Resolução que dê conta de tipificar o fato caberá à Agepar aplicar tão somente esta.

§ 2º Caracterizar-se-á a omissão referida no caput quando, devidamente comunicado, o Poder Concedente permanecer inerte pelo prazo de 30 (trinta) dias corridos.

§ 3º Na hipótese do caput o processo administrativo prosseguirá na Agepar, ressalvado pedido de avocação pelo Poder Concedente, devidamente acatado pelo Conselho Diretor da Agência.”

Art. 22. (...)

“§ 2º Aplicada a regra do caput, se ainda assim persistir o conflito, prevalecerá o tipo infracional que possua sanção mais branda.”

Realizada a análise das contribuições, os membros Mariana Ribeiro Facundo e Ricardo Marcassa Ribeiro da Silva, do Grupo de Trabalho designado pela Portaria n.º 048/2020 – Agepar, submetem a presente conclusão ao Conselho Diretor para deliberação superior.

Curitiba, 5 de julho de 2021

Mariana Ribeiro Facundo
Membro de Grupo de Trabalho

Ricardo Marcassa Ribeiro da Silva
Membro do Grupo de Trabalho

Documento: **AnalisedasContribuicoesConsultaPublican22021.pdf**.

Assinatura Avançada realizada por: **Ricardo Marcassa Ribeiro da Silva** em 05/07/2021 18:12, **Mariana Ribeiro Facundo de Souza** em 06/07/2021 09:00.

Inserido ao protocolo **17.057.402-8** por: **Bráulio Cesco Fleury** em: 05/07/2021 17:22.



Documento assinado nos termos do Art. 38 do Decreto Estadual nº 7304/2021.

A autenticidade deste documento pode ser validada no endereço:
<https://www.eprotocolo.pr.gov.br/spiweb/validarAssinatura> com o código:
3117f0ef75d397ee3e59801f379d87a3.