



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Processo nº.: E-12/020.486/2012
Data de autuação: 14/08/2012
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E-12/020.238/2012.
Sessão Regulatória: 25/06/2013.

RELATÓRIO

Trata-se de Impugnação oferecida pela Concessionária CEG ao Auto de Infração n.º 037/2013, que materializa penalidade de multa imposta no processo n.º E-12/020.238/2012, através da Deliberação n.º 1.178¹, de 28 de julho de 2012.

Inicialmente, a Concessionária CEG sustentou pela tempestividade da peça de impugnação, tendo em vista que o recebimento do Auto de Infração n.º 037/2013 se deu em 19 de abril de 2013 e a protocolização ocorrera em 26 de abril de 2013.

Ainda em sede de preliminar, alegou ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, sob o seguinte argumento:

"O Contrato de Concessão celebrado entre o Governo do Estado do Rio de Janeiro e esta Concessionária em 21 de julho de 1997, estabelece o seguinte em seu parágrafo 2º da Cláusula Décima:

1

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1178 DE 26 DE JULHO DE 2012.

Concessionária CEG - Ocorrência nº 529444.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO — AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/020.238/2012, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar a Concessionária CEG a penalidade de multa de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) sobre o seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Primeira, § 3º, Cláusula Décima e Anexo II, Parte 2 - Prazo de atendimento aos usuários, todos do Contrato de Concessão e Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, por descumprimento dos prazos estabelecidos para atendimento dos usuários.

Art. 2º - Determinar à Secretaria Executiva em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária e Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 014/2010.

Art. 4º - A presente Deliberação entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de julho de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza: Conselheiro - Presidente - Relator, Darcília Aparecida da Silva Leite - Conselheira, Luigi Eduardo Troisi - Conselheiro, Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro, Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviços Público Estadual

Processo nº E-12/020.486/2012

Data 14/08/2012 Fls.: 62

Rubrica:

'As penalidades, que guardarão proporção com a gravidade da infração, serão aplicadas mediante procedimento administrativo, em que assegure à CONCESSIONÁRIA amplo direito de defesa.'

Do teor da Cláusula ora destacada, conclui-se que a aplicação de penalidade em face da Concessionária somente é possível por meio de processo administrativo, regularmente instaurado no âmbito dessa Agência Regulatória.

Em via de consequência, a aplicação de penalidades em face desta Concessionária, por meio da lavratura de auto de infração, é medida que não encontra amparo no Contrato de Concessão celebrado com o Poder Concedente, razão pela qual é manifestamente indevida.

Ao contrário, em outros Contratos de Concessão, que estão sob a fiscalização desta AGENERSA e da AGETRANS - tais como OPPORTANS e ÁGUAS DE JUTURNAÍBA - há expressa previsão contratual, no sentido de que as penalidades serão aplicadas mediante a lavratura do competente auto de infração.

Ora, se fosse intenção do Poder Concedente que as penalidades aplicadas em face desta Concessionária, se dessem através da lavratura de auto de infração, sem dúvida alguma, haveria expressa disposição neste sentido no Contrato de Concessão, tal como ocorre com outras Concessionárias de Serviço Público deste Estado.

Não obstante a previsão, pelo Decreto n.º 38.618, de 08 de dezembro de 2005, de hipótese de lavratura de auto de infração pela Secretaria Executiva, por certo o legislador se referia a outras Concessionárias cujos marcos regulatórios prevêm tal situação, já que, inexistente no Contrato de Concessão da CEG, qualquer norma estabelecendo que a aplicação de penalidades far-se-á por meio da lavratura do auto de infração.

Pelo exposto, servimo-nos da presente para requerer o acolhimento da presente preliminar, com a declaração da nulidade do auto de infração n.º 037/2013, ante a absoluta ausência de disposição contratual que o fundamente."



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviços Público Estadual
Processo nº E-12/020.486/2012
Data 14/08/2012 Fls.: 63
Rubrica: *[assinatura]*

No mérito, salientou pelo descumprimento das formalidades legais, bem como ausência de regulação prévia:

"(...)

Da análise desses elementos constitutivos, constata-se cabalmente, que o auto de infração n.º 037/2013, não preenche os requisitos necessários e imprescindíveis para que possa ser considerado válido.

Na verdade, observa-se que os ilustres agentes da AGENERSA, responsáveis pela sua lavratura, deixaram de obedecer a alguns requisitos de formalidade.

Frise-se que, no campo 10 do auto de infração ora impugnado, não consta de forma pormenorizada a motivação que ensejou a aplicação de penalidade de multa em face desta Concessionária, o que, indubitavelmente, dificulta o amplo direito de defesa desta Concessionária.

Cumpra esclarecer que não basta apenas citar a razão pela qual o processo administrativo foi instaurado, mas sim, se faz necessário que se apresente uma razão extraída dos autos, o que não ocorreu no caso em tela.

Aliás, se os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, sob pena de nulidade, conforme o previsto no art. 93, IX da Constituição Federal e art. 165 do Código de Processo Civil, e as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivadas, com fulcro no art. 93, X da Constituição Federal, igualmente deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes.

O dever de motivar se deve ao fato de que os agentes administrativos não são 'donos' da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade.

Nesse diapasão, cabe ser ressaltado que é vedado à Administração Pública, proceder à confecção de um auto de infração, sem que sejam rigorosamente cumpridos os requisitos cabíveis. O auto de infração é um documento solene, devendo ser preenchidas todas as formalidades quando da sua confecção, sob pena de nulidade do ato.

Portanto, tem-se por evidente que a falta das informações e formalidades acima elencadas, fere a legislação vigente e, via de consequência, cerceia o

[assinatura]



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviços Públicos Estaduais
Processo nº E-12/020-486/2012
Data 14/08/2012 Fls.: 64
Rubrica: Y

inalienável direito desta Concessionária ao exercício do contraditório e ampla defesa, na forma do artigo 5º, LV da Carta Magna.

Portanto, diante da inexistência de motivação do ato administrativo pela AGENERSA, requer esta Concessionária o acolhimento das presentes alegações, com a declaração da nulidade do auto de infração n.º 010/2013.

(...)

No caso em tela, quando da aplicação da penalidade objeto do auto de infração ora impugnado, não houve regulação ou fiscalização prévias sobre as práticas realizadas por esta concessionária.

Ora, em termos de Regulação, vale a máxima 'regular primeiro, fiscalizar depois, e penalizar por fim', e isto, tão-somente se for o caso.

Assim, frisamos que as sanções administrativas aplicadas às entidades reguladas, são atos de natureza regulatória, que por via de consequência, pressupõem não apenas vigiar e punir, mas principalmente, intervir e corrigir anomalias verificadas em determinado ordenamento setorial.

Em que pese a essência do direito regulatório, o conceito de sanção possui uma maior amplitude, englobando notadamente medidas corretivas e intervencionistas, ou seja, atos que diretamente atendam a natureza finalística da regulação.

Sobreleva notar que, seria medida mais salutar, bem como atenderia melhor a natureza do direito regulatório, a determinação de outras medidas que, por si só, pudessem ensejar a materialização do interesse público.

Portanto, a aplicação indiscriminada de certas sanções pelo Órgão Regulador, pode, além de gerar uma instabilidade jurídica, colocar em xeque a atividade da entidade reguladora, o que consequentemente, provocaria um clarividente prejuízo para os usuários do serviço público concedido.

Assim, também sob esse aspecto, não caberia a aplicação de qualquer penalidade, razão pela qual pugna esta Concessionária pela revogação da penalidade aplicada pela Deliberação AGENERSA n.º 1.178, de 28 de julho de 2012, publicada no Diário Oficial de 14/08/2012, integrada pela Deliberação AGENERSA n.º 1.406, de 19 de dezembro de 2012, publicada



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviços Público Estadual
Processo nº E-12/020-486/2012
Data 14/08/2012 Fls.: 65
Rubrica:

no Diário Oficial de 06/01/2012 em via de consequência, julgando-se improcedente o auto de infração n.º 037/2013.

(...)" (Grifos no original)

E concluiu requerendo o recebimento da impugnação com a concessão de efeito suspensivo e, no mérito, a declaração de nulidade do Auto de Infração.

Autos encaminhados à Procuradoria para manifestação, a mesma entendeu pela competência da AGENERSA em notificar acerca de penalidade aplicada, bem como ratificando a observância às formalidades legais.

Através do ofício n.º 90, a Concessionária CEG foi intimada a apresentar suas Razões Finais, recebendo cópia em arquivo eletrônico em 12 de junho de 2012, conforme recibo de fls. 57.

Desta forma, a Concessionária basicamente repisou os argumentos já aduzidos ao longo do processo, pugnando pela improcedência do Auto de Infração em apreço, em especial:

"(...)

No que tange ao objeto da impugnação, se mostra devido repisar, conforme largamente fundamentado, a latente ausência de previsão à lavratura de Auto de Infração no Contrato de Concessão celebrado entre esta Concessionária e o Poder Concedente.

Logo, requer-se o acolhimento da nulidade suscitada com a consequente sustação dos efeitos do Auto de Infração impugnado, ante a absoluta ausência de disposição contratual que o fundamente.

Portanto, sob esse aspecto, reitera-se que, como medida satisfativa para a extinção da nulidade em questão, deve ser julgado improcedente o Auto de Infração n.º 037/2013.

Certos do atendimento do nosso pleito, renovamos nossos protestos de estima e elevada consideração, subscrevemo-nos."

É o relatório.

José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente
Matr 305-3/AGENERSA



Serviços Público Estadual

Processo nº E-12/020.486/2012

Data 14/05/2012 Fls.: 66

Rubrica: *y*

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

José Bismarck Vianna de Souza

Conselheiro-Presidente-Relator



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL *abril*
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Processo n.º : E-12/020.486/2012.

Data de autuação: 14/08/2012.

Concessionária: CEG.

Assunto: Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E-12/020.238/2012.

Sessão Regulatória: 25/06/2013.

VOTO

Trata-se de análise à impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 037/2013. (Vide fls. 21)

Registro, inicialmente, a tempestividade da presente defesa, tendo em vista sua apresentação em tempo hábil conforme disposição expressa da Instrução Normativa CODIR n.º 001/2007.

Como primeiro argumento, a Concessionária alegou suposta ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, e por isso, no seu entendimento, ensejaria óbice à aplicação da penalidade.

Nesse ponto, entendo que para aplicação de uma penalidade quando da fiscalização contratual basta uma imposição legal, não sendo a ausência de previsão no Instrumento Concessivo causa obstativa para sua realização.

Nunca é tarde relembrar que o princípio da legalidade subsume a imposição legal frente a atuação administrativa, devendo a Administração Pública somente atuar de acordo com os ditames legais.

Logo, fazendo uma análise entre a legalidade dos atos administrativos e a atuação da AGENERSA, é mister destacar o inciso IV, previsto no artigo 4º, da Lei n.º 4.556/05, cujo teor reproduzo:

"Art. 4º - Compete à AGENERSA, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:

IV - fiscalizar, diretamente ou mediante delegação, os aspectos técnico, econômico, contábil e financeiro, sempre nos limites estabelecidos em normas



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

legais, regulamentares ou pactuais, os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, aplicando diretamente as sanções cabíveis;" (Grifei)

Cabe asseverar, necessariamente, que a atribuição para aplicação das sanções impostas é de competência da Secretaria Executiva, consoante previsto no inciso XX, artigo 23, Decreto n.º 38.618/2005.

Sendo assim, em que pese a ausência de previsão no instrumento concessivo no tocante ao Auto de Infração, a atuação desta Agência Reguladora encontra guarida no princípio da legalidade, sobrepondo qualquer omissão contratual.

Visto o conteúdo preliminar, asseverando mais uma vez a competência desta AGENERSA, passo à análise meritória da presente impugnação.

I - Da Ausência de Descumprimento das Formalidades Legais

A impugnação é o instrumento idôneo que possui o escopo de contrapor os requisitos formais do Auto de Infração, ou seja, apontar a existência de vícios inerentes ao revestimento exterior do ato administrativo.

O argumento que a Concessionária traz não é suficiente para ensejar a nulidade do presente Auto, pois tendo em vista a existência de um processo principal, onde foi discutida toda questão probatória do mérito, sua referência, através da Deliberação originada do mesmo, supre qualquer vício alegado, pois, o mesmo consubstancia motivação para imputação da penalidade.

Portanto, não prospera a alegação da Concessionária, a qual reiteradamente vem sendo rechaçada pelo Conselho Diretor desta AGENERSA.

II - Da Necessidade de Exigência de Regulação Prévia à Imposição de Eventual Penalização

Nesse ponto, ao apreciar os argumentos da Concessionária, constatei seu intuito de revolver matéria diversa do que se impõe ao instrumento da Impugnação, fugindo sobremaneira ao objeto do presente processo.

Sendo assim, por não se tratar de questão direcionada ao aspecto formal do Auto de Infração, invoco o Enunciado n.º 2, da Instrução Normativa CODIR n.º 009 - 2010, para afastar os argumentos da Concessionária.



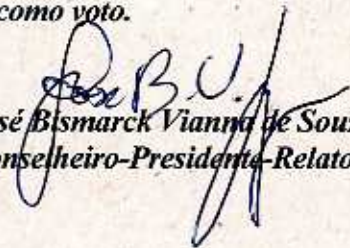
SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

III - Da Sugestão ao Conselho Diretor

Pelo exposto, torna-se possível extrair - dos argumentos apresentados - que os mesmos não merecem prosperar, e por isso sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 037/2013, negando-lhe provimento.

É como voto.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 1662

DE 25 DE JUNHO DE 2013.

Concessionária CEG - Auto de Infração -
Penalidade de MULTA - Processo
Regulatório E-12/020.238/2012.

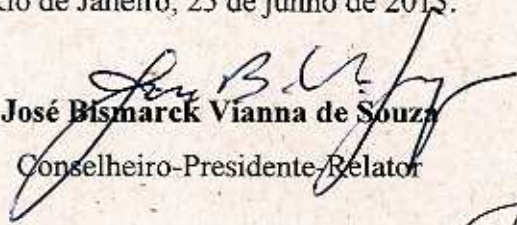
O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais e, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório n.º E-12/020.486/2012, por unanimidade,

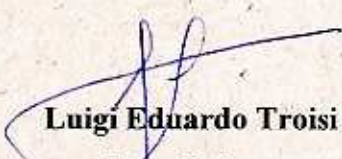
DELIBERA:

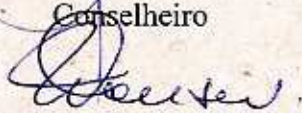
Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 037/2013, negando-lhe provimento.

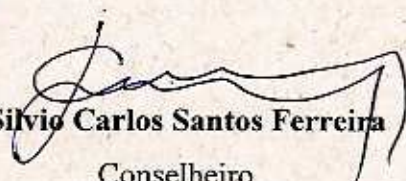
Art. 2º - A presente Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

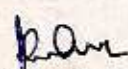
Rio de Janeiro, 25 de junho de 2013.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro