



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-12/003/63/2013
Data 09/01/13 Fls.: 70
Rubrica:

Processo nº.: E-12/003/63/2013
Data de autuação: 09/01/2013
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E-12/020.570/2011.
Sessão Regulatória: 31/07/2013.

RELATÓRIO

Trata-se de Impugnação oferecida pela Concessionária CEG ao Auto de Infração n.º 041/2013, que materializa penalidade de multa imposta no processo n.º E-12/020.570/2011, através da Deliberação n.º 1.402¹, de 19 de dezembro 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 041/2013 se deu em 09 de maio de 2013 e a protocolização ocorrera em 15 de maio de 2013.

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1402

DE 19 DE DEZEMBRO DE 2012

CONCESSIONÁRIA CEG - FORNECIMENTO DE GÁS. APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL, OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA DA AGENERSA Nº. 526348.

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-12/020.570/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar a penalidade de advertência à CEG, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão c/c art. 18, inciso I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão do não atendimento às indagações desta AGENERSA.

Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE, a lavratura do correspondente Autos de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 17, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, devido aos fatos narrados no presente processo.

Art. 4º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 5º - A presente Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2012

José Bismarck Vianna de Souza: Conselheiro - Presidente - Relator; Luigi Eduardo Troisi: Conselheiro; Moacyr Almeida 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 12/003/63/2013
Data 07/10/13 Fls.: 71
Rubrica: *[assinatura]*

Ainda em sede de preliminar, alegou ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, *in verbis*:

"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:

'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 JUTURNAIBA - 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.

[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 Público Estadual
Processo nº 12/003/63/2013
Data 07/01/13 Fls.: 72
Rubrica: y

Pelo exposto, servimo-nos da presente para requerer o acolhimento da presente preliminar, com a declaração da nulidade do auto de infração n.º 041/2013, ante a absoluta ausência de disposição contratual que o fundamente."

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

"(---)

Da análise desses elementos constitutivos, constata-se cabalmente, que o auto de infração n.º 041/2013, 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.

Cumpre 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

P



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 6-12/003/631 2013
Data 09/01/13 Fis.: 73
Rubrica: J

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 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 nº 041/2013.

(...)" (Grifos no original)

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, inicialmente destacou a tempestividade da Impugnação, entendendo pela competência da AGENERSA em notificar acerca de penalidade aplicada, bem como ratificando a observância às formalidades legais, aduzindo:

"(...)

II - Da suposta ausência de previsão do Auto de infração no Contrato de Concessão

No entanto, a alegada lacuna de fonte de fundamentação para embasar tal conduta foi preenchida por esta Agência Reguladora através da edição da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007 que traz em seu art. 8º a seguinte redação:

'Se, da apreciação do mérito, o Conselho Diretor da AGENERSA decidir, nos autos do processo regulatório instaurado na forma do art. 7º, que a Concessionária efetivamente incorreu em infração, nos termos da lei e/ou dos Contratos de Concessão, determinará à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica, a aplicação da pena cominada, por meio de lavratura de 'Auto de Infração (AI)', com base no modelo incluído no Anexo III.

J



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-12/003/631/2013
Data 09/07/13 Fls.: 74
Rubrica: *[assinatura]*

Corroborando o informado, cito o enunciado n.º 05 deste Conselho Diretor que, versando sobre as Instruções Normativas, aduz que estas possuem legitimidade para estabelecer critérios de aplicação de penalidade.

Ademais, trago à baila o disposto no art. 23 do Decreto Estadual n.º 38.618/2005 que apresenta, como uma das competências da Secretaria Executiva, a expedição de Auto de Infração, senão vejamos:

'Art. 23. Compete à Secretaria Executiva:

(...)

XX - expedir auto de infração, para execução, para execução das penalidades impostas por Deliberação emanada do Conselho Diretor, em conjunto com as Câmaras Técnicas.'

Neste giro, Não há de se falar em nulidade do Auto de infração ante a ausência de previsão que o justifique, devendo por isso, tal argumento ser veementemente rechaçado.

III - Do suposto descumprimento das formalidades legais

(...)

Como é sabido, o campo 10 não apenas apresenta o relato da conduta que ensejou a aplicação da penalidade de multa, mas também informa o enquadramento da mesma, com a tipificação dos fatos como infrações às disposições que cita, bem assim a Cláusula do Contrato de Concessão que foi descumprida.

Ademais, deve ser salientado que a ausência de razões exposta pela Concessionária às fls. 50/51 se deu de forma equivocada, pois o Auto de Infração é integrado pelo relatório, voto e deliberação referente ao processo regulatório.

Assim, entendo que o Auto de Infração impugnado é válido, eis que todas as formalidades a ele atinentes foram cumpridas, bem como formam observados por esta Agência o exercício dos Princípios Constitucionais do Contraditório e Ampla Defesa.

[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 Público Estadual
Processo nº C-12/003/63/2013
Data 07/07/13 Fls.: 75
Rubrica: *[assinatura]*

IV - Conclusão

Diante do exposto, tendo em vista a fundamentação supra, sugiro que a peça de Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 041/2013 seja conhecida, por tempestiva, negando-lhe, entretanto, provimento.

É o parecer S.M.J." (grifos no original)

Através do ofício AGENERSA/CODIR/JB nº 100, a Concessionária CEG foi intimada a apresentar suas Razões Finais, recebendo cópia em arquivo eletrônico em 04 de julho de 2013, conforme recibo de fls. 65.

Destarte, a Concessionária basicamente repisou os argumentos já aduzidos ao longo do processo, pugnando pela improcedência do Auto de Infração em apreço.

É o relatório.

[Assinatura]
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
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviços Públicos Estaduais
Processo nº E-12/003/63/12013
Data 09/01/13 Fls.: 76
Rubrica:

Processo nº : E-12/003/63/2013.
Data de autuação: 09/01/2013.
Concessionária: CEG.
Assunto: Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E-12/020.570/2011.
Sessão Regulatória: 31/07/2013.

VOTO

Trata-se de Impugnação oferecida pela Concessionária CEG ao Auto de Infração n.º 041/2013, que materializou penalidade de multa imposta no processo n.º E-12/020.570/2011, através da Deliberação n.º 1.402¹, de 19 de dezembro de 2012.

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.

DELIBERAÇÃO AGENERSA n.º 1402

DE 19 DE DEZEMBRO DE 2012

CONCESSIONÁRIA CEG - FORNECIMENTO DE GÁS. APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA DA AGENERSA N.º 526348.

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-12/020.570/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar a penalidade de advertência à CEG, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e art. 18, inciso I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001, de 04/09/2007, em razão do não atendimento às indagações desta AGENERSA.

Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 17, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001, de 04/09/2007, devido aos fatos narrados no presente processo.

Art. 4º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007.

Art. 5º - A presente Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2012

José Bismarck Vianna de Souza: Conselheiro - Presidente - Relator; Luigi Eduardo Troisi: Conselheiro; Moacyr Almeida 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 12/003/63/2013
Data 09/01/13 Fls.: 77
Rubrica: ✓

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 lembrar que o princípio da legalidade subsume a imposição legal frente a atuação administrativa, devendo a Administração Pública somente proceder 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 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.

De outro talante, cumpre observar que foi observado o devido processo legal, com seus consectários, quais sejam, o contraditório e ampla defesa, seja no processo originário que gerou a aplicação da penalidade, seja no presente processo, autuado para lavratura do auto de infração.

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



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-13/003/63/2013

Data 09/01/13 Fls.: 78

Rubrica: ✓

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.

Aparentemente, a Concessionária almeja por via transversa a reanálise do processo que culminou com a aplicação da penalidade em apreço, o que, de certo, é vedado em sede de Auto de Infração (Enunciado nº 2, Instrução Normativa AGENERSA/CD 09/2010).

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

Outrossim, no que tange à alegação de não observância de fundamentação e motivação, observei que não prospera os argumentos da Recorrente, eis que, além de devidamente contraditado, todos os atos antecedentes tiveram a devida fundamentação e respeito a lei.

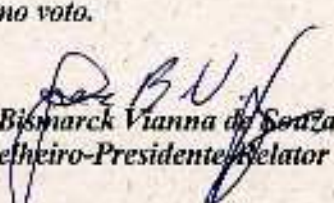
Destarte, ao Auto de Infração em apreço só resta, por fim, asseverar sua legalidade, com a presença de todos os fundamentos para a lavratura, totalmente apto a produzir os seus legais efeitos.

II - 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 041/2013, 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 Nº. 4210

DE 31 DE JULHO DE 2013.

Concessionária CEG - Auto de Infração -
Penalidade de MULTA - Processo
Regulatório E-12/020.570/2011.

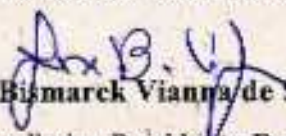
O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais e, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório n.º E-12/003/63/2013, por unanimidade,

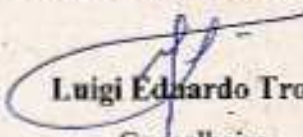
DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 041/2013, negando-lhe provimento.

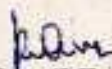
Art. 2º - A presente Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 31 de julho de 2013.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro


Sívio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro

Serviços Público Estadual
Processo nº <u>E-12/003/63/2013</u>
Data <u>07/07/13</u> Fls.: <u>79</u>
Rubrica: <u>[assinatura]</u>