



Serviços Público Estadual

Processo nº E-12/003.330/2013

Data 20/05/13 Fls.: 54

Rubrica: CEU. 50001247

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-12/003.330/2013.
Data de autuação: 20/05/2013.
Concessionária: CEG.
Assunto: AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.779/2012.
Sessão Regulatória: 25/02/2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Impugnação oferecida pela Concessionária CEG ao Auto de Infração n.º 159/2013, que materializou penalidade de multa imposta no processo n.º E-12/020.779/2012, através da Deliberação n.º 1.578¹, de 30 de abril 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 159/2013 se deu em 13 de novembro de 2013 e sua protocolização ocorrera em 19 de novembro de 2013.

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:

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1.578

DE 30 DE ABRIL DE 2013

Concessionária CEG - Ocorrência 533981.

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-12/020.779/2012, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, pela demora no atendimento ao cliente, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 17, inciso VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 2º - 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. 3º - A presente Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2013.

José Bismarck Vianna de Souza - Conselheiro - Presidente - Relator; **Luigi Eduardo Troisi** - Conselheiro; **Moacyr Almeida Fonseca** - Conselheiro; **Roósevelt Brasil Fonseca** - Conselheiro.



Serviços Público Estadual

Processo nº E-12/003-330/2013

Data 20.10.13 Fls.: 58

Rubrica: CUY. 50201247.

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

'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 AGETRANSP - 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 123/2013, 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-12/003-330/2013

Data 20/05/13 Fls.: 59

Rubrica: *cmj* - 50201247.

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 159/2013, 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, deixarão de obedecer a alguns requisitos de formalidade.

Frise-se que, no campo 10 do auto de infração ora impugnado (RELATO E ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO), somente consta menção ao fato que ensejou a aplicação de penalidade de multa em face desta Concessionária, o que, indubitavelmente, dificulta o amplo direito de defesa desta Concessionária.

Cumprir 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.



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

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 n.º 159/2013. (...)" (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, esta inicialmente destacou a tempestividade da Impugnação. Na análise de mérito, entendeu pela competência da AGENERSA em notificar acerca de penalidade aplicada, bem como ratificando a observância às formalidades legais, aduzindo:

"(...)

Da alegação de ausência de previsão no contrato de concessão

Em linhas gerais, a Concessionária requer seja declarada a nulidade do auto de Infração n.º 159/2013, sustentando não haver amparo legal que o fundamente.

Trata-se de alegação que não se coaduna com o Instrumento Concessivo, eis que dispõe de forma expressa sobre o procedimento de aplicação de penalidade, conforme se depreende da leitura do §2º, Cláusula Dez, que assim prescreve:

'§2º. As penalidades, que guardarão proporção com a gravidade da infração, serão aplicadas mediante procedimento administrativo em que se assegure à CONCESSIONÁRIA amplo direito de defesa.'

É importante destacar que a presente determinação contratual observa os preceitos essenciais da Lei n.º 8.987, de 13/02/1995, dentre eles:

'art. 23. São Cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:



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

(...)

VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita à concessionária e sua forma de aplicação.

Por outro lado, é de extrema valia registrar que o Poder judiciário do Estado do Rio de Janeiro, reconheceu expressamente, por meio da apelação n.º 0365859-33.2010.8.19.0001, a regularidade do procedimento administrativo que culminou na aplicação de penalidade à Concessionária CEG, bem como do respectivo Auto de infração.

(...)

Em decorrência, afastada se mostra a alegação de omissão contratual, uma vez que há previsão expressa no Instrumento Concessivo, em sintonia com os preceitos da Lei n.º 8.987, de 13/02/1995, sobre a forma de aplicação de penalidades.

Da alegação de descumprimento às formalidades legais.

Em síntese, alega a Concessionária que o Auto de Infração impugnado é nulo, sob a alegação de inexistir a motivação do ato administrativo. Aduz que no campo 10 não consta de forma pormenorizada a motivação que ensejou a aplicação de penalidade de multa, dificultando assim a ampla defesa.

Como se nota, a defesa trazida pela Concessionária CEG é desprovida de amparo jurídico, pois os documentos mencionados no anexo do Auto de Infração, tais como Relatório/Voto/Deliberação e Memória de Cálculo são considerados pela legislação como parte integrante do ato administrativo, traduzindo, pois, o conceito de motivação na forma do §1º, art. 48 da lei n.º 5.427/2009.

Desta forma, observa-se que o Auto de Infração impugnado contempla as exigências formais previamente estabelecidas.

II - Conclusão



Serviços Público Estadual

Processo nº E-12/003-330/2013

Data 20/05/13 Fls.: 62

Rubrica: Cuy. 50201247.

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

Com base no exposto, observa-se que o Auto de Infração impugnado atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido e; conseqüentemente, improvida a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG. (Grifos no Original)

Através dos ofícios AGENERSA/CODIR/JB n.º 200/2013 e 09/2014, a Concessionária CEG foi intimada a apresentar suas Razões Finais, o que fez repisando os argumentos já aduzidos ao longo do processo e pugnou pela improcedência do Auto de Infração em apreço.

É o relatório.


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

Processo nº. : E-12/003.330/2013.
Data de autuação: 20/05/2013.
Concessionária: CEG.
Assunto: AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.779/2012.
Sessão Regulatória: 25/02/2014.

VOTO

Trata-se de Impugnação oferecida pela Concessionária CEG ao Auto de Infração n.º 159/2013, que materializou penalidade de multa imposta no processo n.º E-12/020.779/2012, através da Deliberação n.º 1.578¹, de 30 de abril 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.

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.

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1.578

Concessionária CEG - Ocorrência 533981.

DE 30 DE ABRIL DE 2013

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-12/020.779/2012**, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, pela demora no atendimento ao cliente, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 17, inciso VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 2º - 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. 3º - A presente Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2013.

José Bismarck Vianna de Souza - Conselheiro - Presidente - Relator; **Luigi Eduardo Troisi** - Conselheiro; **Moacyr Almeida Fonseca** - Conselheiro; **Roosevelt Brasil Fonseca** - Conselheiro.



Serviços Público Estadual
Processo nº <u>E-12/003-330/2013</u>
Data <u>20/05/13</u> Fls.: <u>64</u>
Rubrica: <u>CUY. 50201247.</u>

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

Nunca é tarde relembrar 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 no instrumento concessivo no tocante ao Auto de Infração, a atuação desta Agência Reguladora encontra guardada 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



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-12/003-330/2013
Data 20/10/13 Fis.: 65
Rubrica: CM. 30201247.

probatória do mérito, sua referência, através da Deliberação originada do mesmo, supre qualquer vício alegado, eis que 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 n.º 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.

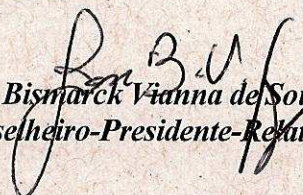
Destarte, ao Auto de Infração em apreço só resta, por fim, asseverar sua legalidade, com a presença de todos os fundamentos para a respectiva lavratura, totalmente apto a produzir os seus legais efeitos.

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 159/2013, negando-lhe provimento.

É como voto.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Reitor



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

Serviços Público Estadual
Processo nº E-12/003.330/2013
Data 20/05/13 Fls.: 66
Rubrica: cell. 50201247

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1970

DE 25 DE FEVEREIRO DE 2014.

Concessionária CEG - Auto de Infração -
Penalidade de MULTA - Processo
Regulatório E-12/020.779/2012.

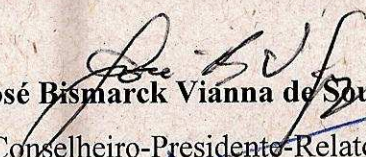
O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais e, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório n.º E-12/003.330/2013, por unanimidade,

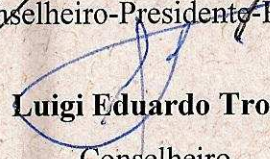
DELIBERA:

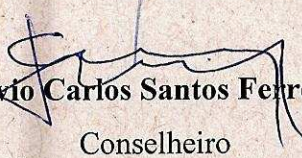
Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 159/2013, negando-lhe provimento.


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


Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 2014.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro