



Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003.612/2013
Data 09/10/13 Fls.: 61
Rubrica: Q 2054136-8

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Processo nº: E-12/003.612/2013
Data de autuação: 09/10/2013
Concessionária: CEG RIO
Assunto: Auto de Infração, Penalidade de Multa, processo Regulatório E-12/003.315/2013.
Sessão Regulatória: 31/07/2014.

RELATÓRIO

O presente processo trata de Impugnação apresentada em face do Auto de infração nº 062/2014¹, por parte da Concessionária CEG RIO.

Inicialmente, aponta a tempestividade da citada peça, uma vez que o Auto de Infração foi recebido pela Concessionária em 24/04/2014 e a Impugnação protocolizada nesta Agência em 28/04/2014.

Preliminarmente, destaca a ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, sublinhando o disposto no parágrafo 2º da Cláusula Décima do Instrumento Concessivo²; defende que "(...) 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 (...)"; sustenta que "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"; entende que "(...) se fosse intenção do Poder Concedente que as penalidades aplicadas em face desta Concessionária, se dessem através da lavratura do auto de infração, sem dúvida alguma haveria expressa disposição neste sentido no Contrato de Concessão (...)"; e analisa que o Decreto nº.

¹ Fls. 25.

² "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".



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

38.618/2005, no que tange à lavratura de auto de infração por parte da Secretaria-Executiva, se refere "(...) 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".

No mérito, ressalta o descumprimento das formalidades legais, defendendo a nulidade do auto de infração, "(...) na medida em que, o ilustre Gerente da Câmara Técnica de Energia e a Secretaria Executiva dessa AGENERSA, não cumpriram com as formalidades legais exigidas para a lavratura do auto de infração (...)"; frisa 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"³; esclarece 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"; aponta que "O dever de motivar se deve ao fato de que os agentes administrativos não são os 'donos' da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade"; e evidencia 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".

Por fim, pleiteia o recebimento da Impugnação "com efeito suspensivo"; requer o acolhimento da preliminar suscitada, para que seja considerado nulo o auto de infração; ou, "(...) no mérito, sejam tornadas insubsistentes as alegações descritas no auto de infração nº. 062/2014, julgando-se improcedente o mesmo, (...) tornando sem efeito a aludida autuação (...)".

Instada a se manifestar, a Procuradoria da AGENERSA apresenta Parecer⁴, pelo qual destaca a competência desta Autarquia para "(...) zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos

³ Grifos como no original.

⁴ Fls. 48/53, que contou com o "de acordo" da Procuradora Geral, Dra. Flavine Meghy Metne Mendes, que destaca que "(...) a Concessionária CEG não é interessada no presente processo e, por tal razão, não foi atingida pelos efeitos do Auto de Infração



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições"; e que "Em decorrência desta competência legal, a esta Autarquia compete instaurar Processo Administrativo específico, por intermédio do qual fique definitivamente apurada a configuração da infração, o que se fará através da regular lavratura 'formalização' de Auto de Infração"; explica que "(...) ainda que não exista cláusula contratual que preveja a lavratura de Auto de Infração, a esta AGENERSA compete notificar a Concessionária da penalidade aplicada pelo Conselho Diretor, dever consolidado nas normas que regem a teoria geral do processo que se aplica subsidiariamente ao Processo Administrativo"; registra a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007; sustenta que "(...) a determinação de lavratura de Auto de Infração possui natureza de medida idônea e apta a aplicabilidade de infrações administrativas, devidamente apuradas, razão pela qual carecem de embasamento legal as alegações trazidas pela Concessionária"; e sublinha que "(...) o Decreto nº. 38.618, de 8 de Dezembro de 2005, prevê a hipótese de lavratura de Auto de Infração pela secretaria executiva da Agência Reguladora"; defende que o Auto de Infração nº. 062/2014 "(...) contempla todos os elementos considerados inexistentes pela Concessionária"; verifica que "(...) o item 10 é formado por vários subitens e esses últimos contemplam tais elementos, conforme se verifica do subitem 10.2 que apresenta o artigo da Deliberação que determinou a aplicação da penalidade de multa"; que "(...) o subitem 10.2.1 apresenta a tipificação da penalidade aplicada, 10.3, a natureza da penalidade"; e que a penalidade de multa "(...) foi detalhada através de doc. anexa ao AI (item 19), o que se verifica quando da ciência do Autuado em relação ao conteúdo do respectivo Auto de Infração"; enfatiza que o Auto de Infração impugnado "(...) cumpriu a finalidade essencial, que é a de notificar a Concessionária quanto à aplicação de penalidade, decorrente do apurado grau de responsabilidade quando da prestação do serviço público inadequado"; sublinha que "(...) a decisão administrativa resulta de uma série de atos que a antecederam e, assim, motivam e legitimam a apreciação final do Administrador. Desta forma, quando o Conselho Diretor desta Agência, for prolatar a Deliberação, o fará com base em todo o conteúdo do presente Processo Regulatório"; e observa que "(...) o Auto de Infração impugnado atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido, com a rejeição da Preliminar apresentada e, conseqüentemente no Mérito, improvida a Defesa apresentada pela Concessionária CEG, com o adendo de que o efeito suspensivo suscitado pela impugnante já está previsto no art. 11, da IN CODIR 001 de 04/09/2007(...)".

impugnado. Contudo, dado o erro material escusável, a impugnação deve ser conhecida como peça defensiva pela Concessionária CEG RIO.



Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003.612/2013
Data 09/10/13 Fis.: 64
Rubrica: 2054136-8

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Por meio do ofício de fls. 58, a assessoria de meu Gabinete encaminha à CEG RIO cópia integral do presente feito, comunica a conclusão de sua instrução e assina o prazo de 05 (cinco) dias para a apresentação de razões finais.

Consta, às fls. 60, a carta DIJUR-E-1272/2014, pela qual a Delegatária esclarece que o equívoco assinalado pela Procuradoria se trata de "(...) erro meramente material e, agradecemos o conhecimento dado à peça defensiva interposta pela Concessionária CEG RIO"; e reitera os argumentos dispostos na Impugnação apresentada, para que seja declarada a nulidade do Auto de Infração nº. 062/14.

É o Relatório.


Luigi Troisi

Conselheiro-Relator



Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003.612/2013
Data 09/10/13 Fls.: 65
Rubrica: Q 2054136-7

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Processo nº: E-12/003.612/2013
Data de autuação: 09/10/2013
Concessionária: CEG RIO
Assunto: Auto de Infração - Penalidade de Multa - Processo Regulatório E-12/003.315/2013.
Sessão Regulatória: 31/07/2014

VOTO

Trata-se de analisar a Impugnação apresentada tempestivamente¹ pela Concessionária CEG RIO em face do Auto de Infração nº 062/2014², por meio do qual esta Agência realiza a cobrança da multa imposta pela Deliberação AGENERSA nº. 1791, de 26/07/2013, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 1899, de 19/12/2013, ambas editadas nos autos do processo regulatório nº. E-12/003.315/2013.

Inicialmente, cabe lembrar que no citado processo regulatório foi garantido à Delegatária o pleno exercício ao contraditório e ampla defesa, ocasião na qual foram analisadas todas as questões afetas ao mérito e facultado à mesma a interposição de todos os recursos cabíveis. Somente após o esgotamento das instâncias administrativas, foi lavrado o presente Auto de Infração, cujo objetivo é apenas a cobrança da penalidade aplicada naqueles autos e, contra o qual apenas cabem alegações quanto à forma, nos termos do Enunciado nº. 2³, disposto no artigo 1º da Instrução Normativa AGENERSA nº. 09, de 04/05/2010.

Passando a análise dos argumentos apresentados pela Concessionária, preliminarmente, sustenta ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão.

¹ O Auto de Infração foi recebido por representante da Concessionária em 24/04/2014. O citado instrumento punitivo concedeu, no item 10.4, o prazo de 05 (cinco) dias úteis para a apresentação de eventual impugnação, sendo a respectiva peça protocolizada nesta AGENERSA em 28/04/2014.

² Fls. 25.

³ "A Impugnação ao Auto de Infração decorrente de decisão do Conselho-Diretor não é sucedâneo recursal e, portanto, deve se restringir aos aspectos formais do Auto de Infração".



Insta consignar que trata-se de questão amplamente analisada pelo Conselho-Diretor, que já firmou entendimento pacificado no sentido de que a lavratura de auto de infração por parte desta Agência Reguladora encontra respaldo no artigo 23, inciso XX e parágrafo único do Decreto Estadual nº 38.618/2005⁴.

Ademais, e igualmente esclarecido inúmeras vezes por este Colegiado, diante de eventual lacuna contratual, cabe ao Ente Regulador adotar o rito procedimental que julgar conveniente, prerrogativa que lhe é permitida em razão de seu poder discricionário⁵.

Nesse sentido, foi editada a Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/07/2009, cuja legitimidade é decorrente do poder normativo desta Autarquia, na esteira do que reza o Enunciado nº. 5⁶, do já citado artigo 1º da Instrução Normativa AGENERSA nº. 09, DE 04/05/2010

Adentrando ao mérito, a Concessionária defende o descumprimento das formalidades legais, consubstanciado na *"inexistência de motivação do ato administrativo pela AGENERSA"*.

Na esteira do que foi anteriormente afirmado, a citada argumentação já foi objeto de análise por parte desta AGENERSA, restando consolidado o entendimento de que a motivação

⁴ "Art. 23. Compete à Secretaria Executiva:

(...)

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

Parágrafo único – Após o recebimento do auto de infração conceder-se-á um prazo de 5 (cinco) dias úteis para a apresentação de eventual defesa, respeitado, no que couber, as disposições contratuais."

⁵ Nesse sentido, são as palavras de José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo, p. 51): "A lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo. Ainda que procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, o certo é que em várias situações a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração da conduta. Nesses casos, pode o agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos. Nessa prerrogativa de valoração é que se situa o poder discricionário. Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade".

⁶ "As Instruções Normativas são legítimas para estabelecer critérios de aplicação de penalidades, constituindo regular poder normativo da AGENERSA".



Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003.612/2013

Data 09/10/13 Fls.: 67

Governo do Estado do Rio de Janeiro

Secretaria de Estado da Casa Civil

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

2054136-7

à qual se refere a Delegatária, encontra-se disposta no processo que motivou a aplicação da penalidade, *in casu* o regulatório nº. E-12/003.315/2013, no qual, repise-se, lhe foi garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Demais disso, da simples leitura do citado Auto de Infração, é possível verificar o seu correto preenchimento, uma vez que ali encontram-se dispostos o relato da conduta, seu enquadramento, os dispositivos violados e a natureza da penalidade aplicada.

Vale lembrar, também, que anexo ao Auto de Infração são encaminhados à Concessionária cópias do Relatório, Voto, Deliberação e memória de cálculo, o que permite à empresa a plena ciência da matéria a que se refere a penalidade cobrada.

Desta forma, não há qualquer fundamento para justificar o pleito da Concessionária, eis que desprovido de qualquer amparo legal.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG RIO em face do Auto de Infração nº 062/2014, vez que tempestiva para, no mérito, negar-lhe provimento.

É o Voto.


Luigi Troisi

Conselheiro-Relator



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
Conselho-Diretor

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003.612/2013
Data 09/10/13 Fls.: 68
Rubrica Q 2054136-7

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2354
DE 31 DE JULHO DE 2014

**CONCESSIONÁRIA CEG RIO - AUTO DE INFRAÇÃO. PENALIDADE DE MULTA.
PROCESSO REGULATÓRIO E-12/003.315/2013.**

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, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/003.612/2013, por unanimidade,

DELIBERA:

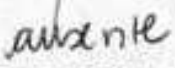
Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG RIO em face do Auto de Infração nº 062/2014, vez que tempestiva para, no mérito, negar-lhe provimento.

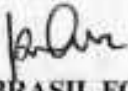
Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 31 de julho de 2014.


JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA
Conselheiro-Presidente


LUIGI TROISI
Conselheiro-Relator


MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro


ROOSEVELT BRASIL FONSECA
Conselheiro


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
Conselheiro