



Processo nº.	E-12/003.566/2013
Data de Autuação	11 /09/ 2013
Concessionárias	CEG
Assunto	Auto de Infração. Penalidade de MULTA. Processo Regulatório E-12/003.259/2013
Sessão Regulatória	28 de Abril de 2015

RELATÓRIO

Trata-se de Impugnação oferecida pela Concessionária CEG ao Auto de Infração nº 002/2015, gerado pela Deliberação AGENERSA 2.068¹ de 26 de Maio de 2014, publicada no Diário Oficial de 16/06/2014.

Inicialmente, a Concessionária CEG sustentou pela tempestividade da peça de impugnação, tendo em vista que o recebimento do Auto de Infração nº 002/2015 se deu em 05/02/2015 e sua protocolização ocorrera em 11/0/2015.

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

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2.068

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ATO DO CONSELHO DIRETOR

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2.068 DE 26 DE MAIO DE 2014

CONCESSIONÁRIA CEG – PROVA DE REGULARIDADE FISCAL

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-12/003.259/2013, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º Conhecer do Recurso em face da Deliberação AGENERSA nº 1760 de 29/08/2013, porque tempestivo, para no mérito, negar-lhe provimento;

Art. 2º - Por autotutela, reformar o artigo 1º da Deliberação AGENERSA nº 1760, de 29/08/2013, para determinar que a Concessionária CEG encaminhe, no prazo de 60(sessenta) dias a contar da publicação da presente deliberação, as certidões elencadas no artigo 1º da Resolução AGENERSA nº 004, de 13/09/2011;

Art. 3º - Por autotutela, reformar a penalidade aplicada por meio do artigo 2º, da Deliberação AGENERSA nº 1760, de 29/08/2013, para o valor de 0,003% (três milésimo por cento), de seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Clausula Dez do Contrato de Concessão, e no Art. 19, inciso IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001 de 04/09/2007, devido aos fatos narrados no presente processo;

Art. 4º - Determinar à SECEX, em conjunto com as Câmara Técnicas CAENE e CAPET, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007;

Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2014.

LUIGI EDUARDO TROISI Conselheiro-Relator, MOACYR ALMEIDA FONSECA Conselheiro, ROOSEVELT BRASIL FONSECA Conselheiro, SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA Conselheiro.



"O Contrato de Concessão celebrado entre o Governo do Estado do Rio de Janeiro e esta Concessionária em 21 de junho 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 se assegure à CONCESSIONÁRIA amplo direito de defesa'

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

Em via de consequência, a aplicação de penalidade 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 Concessionária de serviço Público deste Estado.

Não obstante a previsão, pelo Decreto nº 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 Concessionária cujos marcos regulatórios preveem tal situação, já que, inexistente no Contrato de Concessão da CEG, qualquer norma estabelecendo que a aplicação de penalidade 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 nº 002/2014, ante a absoluta ausência de disposição contratual que o fundamente.

Do Mérito

(...)



SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
Processo:	E-12/003.566/2013
Data:	11/09/2013
Fis.	79
Rubrica:	02 44382774

Além disso, tem-se que deverá ser considerado **nulo** o presente auto de infração, na medida em que (...), não cumpriram com as formalidades legais exigidas para a lavratura do auto de infração, (...).

(...)

Nesse diapasão, cabe ser ressaltado que é vedado a Administração Pública, proceder à confecção de um auto de infração, sem que sejam rigorosamente cumprido 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.

(...)

Pedido

(...) confia esta Concessionária no recebimento da presente Impugnação, com efeito, suspensivo, bem como no acolhimento da matéria elencada preliminarmente, considerando-se nulo o auto de infração."

Ato contínuo o presente processo foi encaminhado à Procuradoria para manifestação, esta inicialmente destacou a tempestividade da impugnação.

"(...)

Primacialmente, útil se faz destacar que esta AGENERSA, por força de disposição legal, possui, dentre outras, a competência expressa de **zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições**².

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.

Por sua vez, 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. Tal comunicação se dá através dos instrumentos: auto de infração e/ou notificação.

² Artigo 4º, inciso I da Lei estadual nº. 4556, de 06 de junho de 2005. Cria, estrutura, dispõe sobre o funcionamento da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA, e dá outras providências.



Não é tarde lembrar que tanto a notificação quanto o Auto de Infração possuem a mesma natureza jurídica, pois se destinam a apurar a responsabilidade da Concessionária, implicando, por conseguinte, quando da verificação de irregularidade, na aplicabilidade de ato sancionatório.

Por outro lado, é válido registrar a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007 que 'Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pela Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA nas ações de fiscalização das obrigações legais e contratuais das Concessionárias CEG e CEG RIO e na aplicação de penalidades àquelas Concessionárias, quando for o caso'.

Contudo, ainda que essa AGENERSA não possuísse o supracitado regulamento de fiscalização e de eventual aplicação de penalidades, 'não é razoável imaginar que, até então, esta Agência Reguladora não dispusesse de instrumentos para efetivar a aplicação das sanções previstas no Contrato de Concessão'³, conforme entendimento firmado pela Ilma. Conselheira Relatora, Darcília Aparecida da Silva Leite, nos autos E – 12-020.059/2007.

Nessa linha de raciocínio, salta aos olhos que a determinação de lavratura de Auto de Infração possui a 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.

Ademais 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.

Do Mérito

(...), é válido enfatizar que, não merece prosperar as alegações trazidas pela Concessionária CEG, pois verifica-se que o citado instrumento cumpri 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. Dessa forma, os supostos vícios suscitados pela Concessionária quando comparados com a finalidade essencial do Auto de Infração, não tem o condão de ensejar a declaração de nulidade do citado instrumento, sob pena de clara ofensa ao princípio da proporcionalidade.

³ Conselheira Darcília Leite – Processo nº. E-12/020.059/2007 – Voto – 30/10/2007 – Página 4 de 9.



SERV. PÚBLICO ESTADUAL	
Processo	E-12/003/566/2013
Data	31/09/2013
Fls.	81
Rubrica	4438279

(...)

(...), a decisão administrativa resulta de uma série de atos que a antecederam e, assim, motivam e legitimam a apreciação final do Administrador. Dessa forma, quando o Conselho Diretor desta Agência, for prolatar a Deliberação, o fará com base em todo o conteúdo do presente Processo Regulatório, (...).

(...), importante salientar que a AGENERSA, ora impugnada, tem em seu esteio, o cumprimento do estabelecido nas normas regulatórias, em especial nas Leis 8987/97, 4056/05 e no instrumento concessivo, o que torna data vênua, injustificável a assertiva-máxima que a impugnante Concessionária CEG, quer atribuir à impugnada 'regular primeiro, fiscalizar depois e penalizar por fim'.

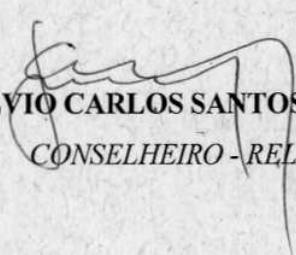
Conclusão

Com base no exposto, observa-se 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, publicada no DOERJ de 21/09/2007."

Assim sendo o citado instrumento impugnado cumpre a finalidade essencial, que é a de notificar a concessionária quanto à aplicação de penalidade, decorrente do apurado grau de responsabilidade quanto da prestação do serviço público inadequado, razão pela qual deve ser mantido.

Através do Ofício AGENERSA/CODIR/SS n.º 34/15, a Concessionária CEG foi intimada a apresentar suas Razões Finais, através da DIJUR-E- 371/2015 a Concessionária fez repisar os argumentos já aduzidos em sede de impugnação e pugnou pela nulidade do Auto de Infração em comento.

É o relatório.


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
CONSELHEIRO - RELATOR



Processo nº. E-12/003.566/2013.
Data de Autuação 11/09/2013.
Concessionárias CEG.
Assunto Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E-12/003.259/2013
Sessão Regulatória 28 de Abril de 2015.

VOTO

Trata-se de Impugnação oferecida pela Concessionária CEG ao Auto de Infração nº 002/2015, que materializou penalidade de multa imposta no processo nº E-12/003.259/2013, através da Deliberação AGENERSA/CD n.º 2.068/14¹, de 26 de Maio de 2014.

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 alega suposta ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão e por isso, no seu entendimento, enseja óbice à aplicação da penalidade.

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2.068

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ATO DO CONSELHO DIRETOR

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2.068 DE 26 DE MAIO DE 2014

CONCESSIONÁRIA CEG – PROVA DE REGULARIDADE FISCAL

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-12/003.259/2013, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º Conhecer do Recurso em face da Deliberação AGENERSA nº 1760 de 29/08/2013, porque tempestivo, para no mérito, negar-lhe provimento;

Art. 2º - Por autotutela, reformar o artigo 1º da Deliberação AGENERSA nº 1760, de 29/08/2013, para determinar que a Concessionária CEG encaminhe, no prazo de 60(sessenta) dias a contar da publicação da presente deliberação, as certidões elencadas no artigo 1º da Resolução AGENERSA nº 004, de 13/09/2011;

Art. 3º - Por autotutela, reformar a penalidade aplicada por meio do artigo 2º, da Deliberação AGENERSA nº 1760, de 29/08/2013, para o valor de 0,003% (três milésimo por cento), de seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Clausula Dez do Contrato de Concessão, e no Art. 19, inciso IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001 de 04/09/2007, devido aos fatos narrados no presente processo;

Art. 4º - Determinar à SECEX, em conjunto com as Câmara Técnicas CAENE e CAPET, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007;

Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2014.

LUIGI EDUARDO TROISI Conselheiro-Relator, MOACYR ALMEIDA FONSECA Conselheiro, ROOSEVELT BRASIL FONSECA Conselheiro, SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA Conselheiro.



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

E 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 art. 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 técnicos, 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 esclarecer 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 guarida no princípio da legalidade, sobrepondo qualquer omissão contratual.

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

Em síntese a Concessionária requer que seja declarada a nulidade do Auto de Infração n.º 002/2015, sustentando não haver amparo legal que o fundamente. Faz-se destacar que a AGENERSA, por



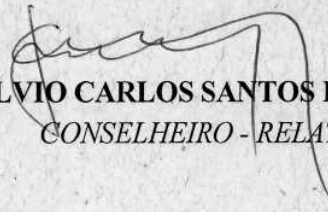
disposições legais entre outras atitudes tem a competência expressa de zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão relativos à esfera de suas atribuições.

Assim sendo o citado instrumento impugnado cumpre a finalidade essencial, que é a de notificar a concessionária quanto à aplicação de penalidade, decorrente do apurado grau de responsabilidade quanto da prestação do serviço público inadequado, razão pela qual deve ser mantido.

Diante do exposto sugiro ao Conselho Diretor

- Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 002/2015, de 09/01/2015, porquanto tempestivo, negando-lhe provimento.

É o Voto


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
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

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
Processo:	E-12/003.566/2013
Data:	11/09/2013
Folha:	85
Rubrica:	0010.44.382774

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2523, DE 28 DE ABRIL DE 2015.

**CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO.
PENALIDADE DE MULTA. PROCESSO
REGULATORIO E-12/003.259/2013.**

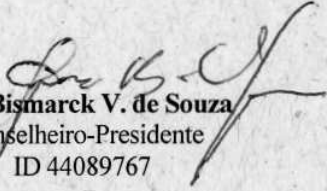
O CONSELHO - DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/003.566/2013, por unanimidade,

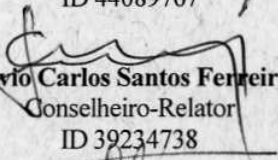
DELIBERA:

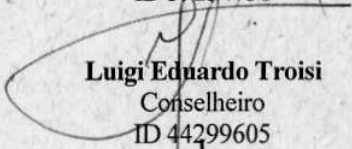
Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 002/2015, de 09/01/2015, porquanto tempestivo, negando-lhe provimento.

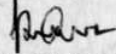
Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

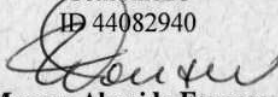
Rio de Janeiro, 28 de Abril de 2015.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente
ID 44089767


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro-Relator
ID 39234738


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro
ID 44299605


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro
ID 44082940


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro
ID 43568076