

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 368 DE 31 DE MARÇO DE 2009

**CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE
INFRAÇÃO - RECURSO À DELIBERAÇÃO
AGENERSA Nº 315/2008.**

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-12/020.319/2007, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Não conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face Deliberação AGENERSA nº 315, de 25 de setembro de 2008, mantendo na íntegra o Auto de infração nº 007/2008, de 26 de abril de 2008 e a deliberação recorrida.

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

Rio de Janeiro, 31 de março de 2009

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO

Conselheiro Presidente

ANA LÚCIA SANGUÊDO BOYNARD MENDONÇA

Conselheira Relatora

DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE

Conselheira

SÉRGIO BURROWES RAPOSO

Conselheiro

Processo nº.: E-12/020.319/2007
Data de autuação: 21 de agosto de 2007
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de Infração
Recurso à Deliberação AGENERSA nº. 315/2008
Relatório: 31 de março de 2009

RELATÓRIO

O presente Processo Regulatório tem como finalidade avaliar o Recurso interposto contra a Deliberação AGENERSA nº. 315/08, de 25 de setembro de 2008, publicada no DOERJ de 01 de outubro de 2008.

Protocolado em 13 de outubro de 2008 a Concessionária CEG entrou¹ com Recurso, argumentando em preliminar a Tempestividade do Recurso, visto que conforme dispõe o §2º do artigo 62 do Decreto Estadual nº. 38.618/05, bem como o artigo 77 do Regimento Interno da AGENERSA, estabelecem o prazo de 10 (dez) dias para interposição de Recurso. Considerando que a Deliberação AGENERSA nº. 315/08, foi publicada no Órgão Oficial, no dia 01 de outubro de 2008, o prazo para a interposição do presente Recurso finda em 11/10/2008 (sábado), de modo que, o primeiro dia útil após esta data, recaiu em 13/10/2008 (segunda-feira), razão pela qual o presente Recurso preenche o requisito da tempestividade, devendo o mesmo ser conhecido pelo Conselho Diretor.

A recorrente pleiteia que seja excepcionalmente concedido efeito suspensivo ao Recurso para sobrestar os efeitos da Deliberação AGENERSA 315/08 de forma a assegurar o processo legal e os princípios da ampla defesa e do contraditório. O efeito suspensivo do Recurso é reconhecido no § 2º, do artigo 62, do Decreto nº. 38.618/05 que regulamenta a Agência Reguladora, o qual prevê que o Relator poderá aplicá-lo quando verificada a possibilidade de risco de perecimento de direito ou prejuízo para execução do Contrato de Concessão e sua adequada prestação, segundo os requisitos dos § 1º e do art. 6º da Lei 8.987/95.

Autógrafo

¹ - Fls. 89/104 – Recurso da Concessionária CEG de 13.10.08

Em que pesem os argumentos expendidos pela recorrente no que diz respeito ao descumprimento das formalidades legais, alegando que não há nos autos do processo qualquer determinação para lavratura do Auto de Infração, o que não se coaduna com o inteiro teor do artigo 8º da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, entendendo ser nulo o citado instrumento.

Quanto às alegações de mérito trazidas pela Concessionária no que diz respeito à atualização monetária utilizada como cálculo teve como índice o IGP-M, por ser este o índice utilizado para atualização monetária da tarifa limite de distribuição de gás canalizado no Estado do Rio de Janeiro, conforme disposto na Cláusula Sétima do Contrato de Concessão, onde há previsão contratual de atualização monetária no caso de aplicação de penalidade de multa, havendo proibição de que o montante exceda a 0,1% (um décimo por cento) do faturamento da recorrente nos últimos 12 meses anteriores à infração.

É importante mais uma vez citar⁸ a existência do Parecer nº. 01/2004 – ASEP-RJ-ASJUR, que aborda, dentre outros assuntos, o critério temporal de imposição de atualização monetária, que em suma diz que inexistindo critério legal ou contratual expresso, deve ser computado a título de faturamento somente os valores históricos, incidindo correção monetária sobre os montantes apurados a partir do fechamento do período de doze meses (base de cálculo) corrigindo mensalmente a partir daquela data e não impor-se uma atualização do faturamento prévio, sob pena de desequilíbrio da relação contratual. Entende que o caso em tela, a CAPET afirmou que a atualização monetária teve como índice o IGPM-M, conforme disposto na NP §17º da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão.

Concluindo:

“De todo o apresentado, entendemos que as preliminares dispostas no administrativo não devem ser acolhidas e no mérito, que seja mantida in totum a Deliberação AGENERSA nº. 315/08 e o Auto de Infração nº. 007/08”

É o relatório.


Ana Lucia Sanguedo Boynard Mendonça
Conselheira Relatora do Recurso

⁸ - Fls. 117 – Parecer da Lavra do Dr. Davi Marques da Silva – Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Argumenta a Requerente que no âmbito do Processo Regulatório nº. E-04/079.378/2001, após o esgotamento de seus atos procedimentais, foi aplicada a penalidade de advertência em face da Recorrente, a qual foi objeto do auto de infração nº. 007/08. Posteriormente, foi instaurado o processo regulatório nº. E-12/020.319/2007, com o escopo específico de materializar a cobrança de multa pecuniária fixada no mencionado auto de infração, sob pena de contrariedade do seu objetivo.

Cita a Concessionária CEG que o Contrato de Concessão celebrado entre o Governo do Estado do Rio de Janeiro e a Concessionária em 21 de julho de 1997, estabelece 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 assegura à CONCESSIONÁRIA amplo direito de defesa”.

Considera que a aplicação de penalidades em face da Recorrente, por meio de lavratura de auto de infração, é medida que não encontra amparo no Contrato de Concessão celebrado com o Poder Concedente.

Entende a Concessionária que o Contrato de Concessão estabelece a possibilidade de aplicação de penalidades, mas não o tipo de penalidade que será aplicada ao concessionário de serviço público e que a aplicação de penalidades deverá guardar proporção com a gravidade do fato a que se pretende punir, levando em consideração o efeito pedagógico que a penalidade venha a surtir.

Cita a Concessionária CEG que em outros Contratos de Concessão, que estão sob fiscalização da AGENERSA e da AGETRANSP – tais como OPPORTRANS e ÁGUAS DE JUTURNAÍBA – há expressa previsão contratual, no sentido de que as penalidades são aplicadas mediante a lavratura do competente auto de infração, não obstante o Decreto nº. 38.618, de 08 de dezembro de 2005, venha a prever a hipótese de lavratura de auto de infração pela Secretaria Executiva, já que inexistente no Contrato de Concessão da CEG, qualquer norma estabelecendo que a aplicação de penalidades far-se-á por meio da confecção do auto de infração. Pelo exposto requer o acolhimento da presente preliminar com a declaração de nulidade do auto de infração nº. 007/2008.

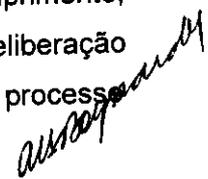
Austromarcelo

Afirma a Requerente que a intenção da Agência Reguladora ao editar a Instrução Normativa 001/2008 na qual se baseia o auto de infração foi a de punir com rigor excessivo e desproporcional, as infrações cometidas por esta Concessionária, sem observar os princípios que regem o Contrato de Concessão, denota o caráter eminentemente arrecadatório da penalidade, requer o acolhimento da presente preliminar, com a declaração de nulidade da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, e em via de consequência, da Deliberação AGENERSA nº. 315/08, que manteve na íntegra o auto de infração nº. 007/2008, na remota hipótese de não acolhimento da preliminar acima suscitada, que deverá ser considerado nulo o presente auto de infração, na medida em que, o Gerente da Câmara de Energia e a Secretária Executiva da AGENERSA, não cumpriram com as formalidades legais exigidas para a lavratura do auto de infração, deixando de obedecer a diversos requisitos de formalidades.

Alega a Recorrente que da análise desses elementos constitutivos, constata que o auto de infração nº. 007/2008 não preenche os requisitos necessários a fim de configurar a sua validade. No campo 10 do auto de infração ora impugnado, não consta o artigo da Deliberação que aplicou a penalidade de multa pecuniária a esta Concessionária. No campo 10.3 do auto de infração, não foi apontada a tipificação da penalidade aplicada, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, em obediência ao disposto no inciso V do artigo 10º da mencionada norma, bem como no campo 10.3.1, o valor fixado a título de multa pecuniária, não teve os seus valores discriminados em principal e atualização monetária.

Ressalta a Recorrente que é vedado à Administração Pública preceder à confecção de um auto de infração, sem que sejam rigorosamente cumpridos os requisitos cabíveis, sob pena de nulidade do ato. A falta de informações e formalidades acima elencadas, fere a legislação vigente e cerceia o inalienável direito da Concessionária ao contraditório e à ampla defesa, na forma do artigo 5º, LV da Carta Magna. Diante da existência de proposições inaceitáveis, requer a Concessionária CEG o acolhimento da presente preliminar, com a declaração da nulidade ao auto de infração nº. 007/2008.

No mérito faz uma breve síntese dos fatos ocorridos no processo, argumentando que por meio da Deliberação AGENERSA nº. 119/07, o Conselho Diretor analisou o cumprimento, por esta Concessionária, ora Recorrente, das determinações impostas pela Deliberação AGENERSA nº. 027/06. Após o esgotamento de todas as etapas regimentais do processo,



administrativo E-04/079.378/2001, foi instaurado o processo nº. E-12/020.319/2007, com escopo de materializar o cumprimento da penalidade de multa pecuniária consignada no artigo 1º da Deliberação AGENERSA nº. 119/07, o que de fato ocorreu com a lavratura do auto de infração nº. 007/2008.

A Recorrente se insurgiu contra o mencionado auto de infração, apresentando sua defesa prévia tempestivamente em 14/05/2008, a qual restou desprovida pela Deliberação AGENERSA nº. 315/08, com a conseqüente manutenção na íntegra do auto de infração impugnado. Não resta alternativa para a Recorrente, senão o manejo da presente via recursal, para tentar reformar a Deliberação AGENERSA nº. 315/08, revogando a penalidade de advertência materializada pelo auto de infração nº. 007/08.

Argumenta a Recorrente que havia proferido seu entendimento, no sentido de que a meta contratual já havia sido atendida, quando da apresentação do estudo realizado pelo Centro Tecnológico da Universidade Federal Fluminense em 22 de setembro de 2000, denominado "Consultoria Técnico Científica – Verificação e Certificação do Processo de Avaliação de Perdas nos Sistemas de Distribuição de Gás nas companhias CEG e CEG RIO", tendo novamente a Recorrente contratado os serviços do Centro Tecnológico da UFF, para execução de um trabalho de Consultoria Técnico Científica, para Avaliação e Certificação de Perdas nos Sistemas de Distribuição de Gás, sendo o novo estudo mais detalhado que o anteriormente apresentado.

Assevera a Recorrente que, através da correspondência DJRI-E-526/08, em 30 de setembro de 2008, apresentou à AGENERSA, o trabalho de zoneamento e separação das perdas em perdas físicas e não físicas, elaborado pela própria Recorrente, na forma determinada pelo Conselho Diretor. Demonstra ter atingido a meta contratual prevista no item 3.1 do Anexo II do Contrato de Concessão em setembro de 2000, de modo que, todas as penalidades aplicadas, em razão de seu suposto descumprimento, perdem o seu objeto, não só a penalidade constante do art. 1º da Deliberação AGENERSA nº. 119/07, ratificada pela Deliberação AGENERSA nº. 315/08, como também o art. 2º da Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 229/02, com redação dada pela Deliberação AGETRANPS nº. 025/05.

Não tendo sido trazidos novos fatos aos autos do processo regulatório E-04/079.378/2001, que indubitavelmente levam a seu termo, requer a Recorrente ao Conselho Diretor, a revogação da penalidade que lhe foi aplicada pelo artigo 1º da Deliberação AGENERSA nº.

Assinatura

119/07, ratificada pela Deliberação AGENERSA nº. 315/08, julgando improcedentes o auto de infração nº. 007/2008.

Entende a Recorrente que para calcular o valor da multa aplicada pela Deliberação AGENERSA nº. 119/07, ratificada pela Deliberação AGENERSA nº. 315/08, a CAPET procedeu à atualização monetária dos valores referentes ao faturamento da Recorrente, no período entre agosto/05 a julho/06, até o momento em que esta deveria dar cumprimento ao disposto no artigo 3º da Deliberação AGENERSA nº. 027/06.

Considera a Concessionária CEG que o entendimento é absolutamente equivocado, ensejando a majoração indevida do valor da multa aplicada, e o procedimento adotado pela CAPET, não guarda qualquer amparo ao disposto no Contrato de Concessão. Dispõe o parágrafo 1º da Cláusula Décima do Contrato de Concessão:

“A penalidade de multa será aplicada pela ASEP-RJ, não podendo exceder a 0,1% (um décimo por cento) do montante do faturamento da CONCESSIONÁRIA nos últimos 12 (doze) meses anteriores à ocorrência da infração.” (grifo nosso)

Impugna a Recorrente o valor da multa encontrado pela CAPET, entendendo que o valor devido a título de multa é o montante referente aos valores históricos calculados, no valor de R\$ 511.839,02, e não o apontando no quantum de R\$ 529.448,19. Pugna a Recorrente pelo acolhimento dos valores ora apresentados, na remota hipótese de manutenção do auto de infração nº. 007/08.

Por fim, requer a Recorrente ao Conselho Diretor, o acolhimento das preliminares arguidas neste Recurso e, caso sejam as mesmas ultrapassadas, em atenção ao Princípio da Eventualidade, no mérito requer que seja reformada a Deliberação AGENERSA nº. 315/08, julgando improcedente o auto de infração nº. 007/08 que ausentes os fundamentos que justificam sua lavratura, tornando sem efeito a sua autuação.

Em reunião interna realizada em 29/10/2008, o Conselho Diretor aprovou² a distribuição do presente processo para o Gabinete da Conselheira Ana Lucia que através de sua assessoria e de sua ordem solicita à Procuradoria³ parecer acerca do efeito suspensivo pleiteado pela Concessionária CEG no Recurso apresentado.

² - Fls. 106 – Resolução do Conselho Diretor nº 123 de 29.10.08
³ - Fls. 107 – Despacho à Procuradoria em 03.11.08

Assessoria

A Procuradoria Geral da AGENERSA manifesta em seu parecer⁴ que a Concessionária CEG requer a atribuição de efeito suspensivo ao Recurso de fls. 89/104, apontando em outros argumentos, a relevância do tema discutido e de seus impactos, assegura a observância do devido processo legal e os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Na análise da peça de apelo, em que pesem os argumentos expendidos pela recorrente, não parece ser possível seu acolhimento, já que, além de desacompanhados das necessárias justificativas e comprovações, não se conformam as hipóteses previstas no parágrafo 2º do artigo 77, do Regimento Interno da AGENERSA, em vigor, aprovado pelo Decreto nº. 38.618 de 08 de Dezembro de 2005, também como as previstas no artigo 52, II do Decreto Estadual nº. 31.896/2002. Não logrou a recorrente a devida comprovação de dano irreparável ou de difícil reparação, não merecendo em razão do exposto, o acolhimento do efeito suspensivo na forma requerida.

Para cientificar à Concessionária CEG da decisão por mim tomada, minha assessoria encaminha ofício⁵ informando que foi indeferido o pedido de efeito suspensivo formulado por essa Concessionária, com base no parecer da Procuradoria da Agência, às Fls. 108/109, por não ter sido comprovado "dano irreparável ou de difícil reparação".

De ordem, encaminho⁶ o presente processo a essa Procuradoria para parecer conclusivo sobre o recurso, informando que juntei, às fls. 110, cópia do ofício remetido à CEG indeferindo o pedido de efeito suspensivo, conforme sugerido pela equipe jurídica.

A Procuradoria Geral da AGENERSA manifesta em seu parecer⁷ que a Concessionária CEG ofereceu recurso interposto tempestivamente contra a Deliberação AGENERSA nº. 315 de 25 de Setembro de 2008, publicada no DOERJ de 01 de Outubro de 2008, e nas preliminares arguidas está a do pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso, pedido já indeferido em razão das disposições apresentadas pela Procuradoria Jurídica da AGENERSA, corroboradas pela Conselheira Relatora, fls. 110, bem como a recorrente dispõe em outra preliminar, a nulidade do Auto de Infração Nº. 007/08.

⁴ - Fls. 108 – Parecer 41/2008 – EVB – Procuradoria Jurídica de 05.11.08
⁵ - Fls. 110 – Of. AGENERSA/ALSBM Nº 024/08 de 07.11.08
⁶ - Fls. 111 – Despacho de 07.11.08
⁷ - Fls. 112/118 – Parecer 45/2008-EVB da Procuradoria Jurídica em 10.11.08

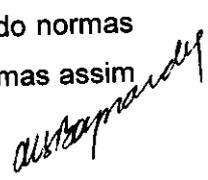
A existência da Instrução Normativa nº. 01/2007 é o instrumento que se destina a efetivar as aplicações das sanções previstas no Contrato de Concessão, conforme entendimento firmado pela Conselheira Relatora, nos autos do processo E-12/020.059/2007.

A Deliberação nº. 315, baseada nas instruções normativas acima referenciadas torna-a apta para produzir seus efeitos legais e administrativos. Quanto a preliminar levantada de nulidade do auto de infração nº. 007/08, os atos processuais são considerados válidos ainda que praticados por forma diversa da prescrita em lei, desde que alcancem sua finalidade essencial. À Autarquia especial AGENERSA, cumpre instaurar Processo Administrativo específico, por intermédio do qual fique definitivamente apurada a configuração da infração, de acordo com a lavratura do "Auto de Infração". No que diz respeito à nulidade levantada quanto ao descumprimento às formalidades legais, o instrumento contempla todos os elementos para a sua validade, nomeadamente o item 10 e subitens (120.2 e 10.2.1).

Quanto aos valores discriminados que indicam a penalidade pecuniária, os mesmos são detalhados através de documentação anexa ao auto de Infração, verificado através da ciência do Autuado. A Procuradoria entende que os supostos vícios suscitados pela recorrente, não têm o condão de ensejar sua nulidade.

Ficou evidenciado ao longo do feito que a Recorrente, não diligenciou quanto ao ocorrido, cabendo sua responsabilidade quanto ao descumprimento do Contrato de Concessão, que prevê que a violação de suas cláusulas resultará na imposição de penalidades, tanto é que a cláusula relativa à penalidade é reconhecida como essencial ao contrato de concessão, como dispõe o inciso VIII do art. 23 da Lei de Concessões, Lei 8987/95. A penalidade é proporcional e fixada dentro dos parâmetros contratuais e destinada a compelir ao adimplemento das obrigações a par da gravidade da conduta, imposta pelos patamares previstos na Cláusula Dez do Contrato de Concessão.

A Recorrente descumpriu um dos requisitos legais de prestação de serviço adequado, que é o de segurança, previsto no § 1º do art. 6º da Lei nº. 8.987/95, em razão de sua omissão quanto à supervisão e certificação de serviço de construção de linha de rede de gás, ao encargo de empresa por si contratada para tal, que executou a obra contrariando normas técnicas, as quais deveria ter pleno conhecimento e ter seguido rigorosamente, mas assim não procedeu, dando causa ao acidente objeto deste processo.



Processo nº.: E-12/020.319/2007
Data de autuação: 21 de agosto de 2007
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de Infração – Recurso à Deliberação AGENERSA nº. 315/2008.
Relatório: 31 de março de 2009

VOTO

O presente processo trata da aplicação de penalidade de multa, prevista no item (ii), inciso IV e §1º da Cláusula Décima do Contrato de Concessão, no valor 0,04% (quatro centésimos por cento) do montante de seu faturamento dos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, devido ao descumprimento do prazo estabelecido no artigo 3º da Deliberação AGENERSA nº. 027, de 25 de maio de 2006.

Inconformada, a Concessionária impugnou o Auto de Infração nº. 007/2008, que foi analisada por este Conselho Diretor na Sessão Regulatória de 25 de setembro de 2008, tendo sido negado provimento ao mesmo, e dessa decisão a CEG interpôs o presente Recurso à Deliberação nº. 315/2008.

Porém, a Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, que é o ato de normatização das ações de fiscalização e aplicação de penalidades, não contempla este procedimento como sendo um instrumento recursal contra Auto de Infração, dispondo apenas sobre a Impugnação, que deverá ser apresentada no prazo de 05 (cinco) dias úteis, relativa somente à forma do Auto. Assim, o Recurso não merece ser conhecido.

A vista de todo o exposto, sugiro ao Conselho Diretor:

- Não conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face Deliberação AGENERSA nº. 315, de 25 de setembro de 2008, mantendo na íntegra o Auto de Infração nº. 007/2008, de 26 de abril de 2008 e a deliberação recorrida;

É o voto.


Ana Lucia Sanguêdo Boynard Mendonça
Conselheira Relatora do Recurso

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº.

DE 31 DE MARÇO DE 2009.

CONCESSIONÁRIA CEG – Auto de
Infração – Recurso à Deliberação
AGENERSA nº. 315/2008.

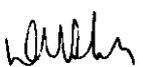
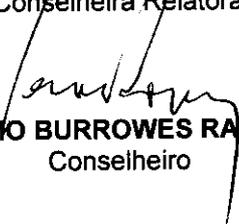
O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório Nº. E-12/020.319/2007, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Não conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face Deliberação AGENERSA nº. 315, de 25 de setembro de 2008, mantendo na íntegra o Auto de Infração nº. 007/2008, de 26 de abril de 2008 e a deliberação recorrida.

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

Rio de Janeiro, 31 de março de 2009.


JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro Presidente
DARCÍLIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira
ANA LÚCIA SANGUEDO BOYNARD MENDONÇA
Conselheira Relatora
SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro