

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1128

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1128

DE 19 DE JUNHO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - REFERENTE ÀS OCORRÊNCIAS Nº. 513628 E 519852.

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-12/020.098/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 1063, de 19/04/2012, vez que tempestivos, para no mérito negar-lhes provimento.

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

Rio de Janeiro, 19 de junho de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza

Conselheiro - Presidente

Darcilia Aparecida da Silva Leite

Conselheira - Relatora

Luigi Eduardo Troisi

Conselheiro

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro

Processo nº. E-12/020.098/2011
Data de Autuação 23/02/2011
Concessionária CEG
Assunto Referente às ocorrências nº. 513628 e 519852.
Sessão Regulatória 19/06/2012.

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.098/2011

Data 23/02/2011 Fls.: 196

Rúbrica: f

Relatório

Trata-se de Embargos¹ protocolizados nesta Agência Reguladora em 14/05/2012, pela Concessionária CEG, em face da Deliberação AGENERSA nº. 1063², de 19/04/2012.

Nos embargos opostos, a CEG, preliminarmente aponta seu cabimento e sua tempestividade³; a seguir, alega a *"existência de obscuridade quanto à determinação da lavratura de Auto de Infração, haja vista que inexiste no Art. 2º da deliberação Embargada a devida fundamentação legal que possa consubstanciar a r. lavratura"*; ilumina o artigo 2º da Deliberação AGENERSA/CD nº. 1063, de 19/04/2012, de cuja leitura entende que *"(...) resta evidente a existência da lacuna suscitada (...), pois em nenhuma parte há designação ao dispositivo que dispõe sobre os termos da lavratura de Auto de Infração na Instrução Normativa indicada"*; destaca a doutrina de Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery⁴; defende que *"(...) há deveras de ser declarada obscura a manifestação decisória aqui objeto de Embargos, que enseje entendimentos diversos daquele a que pretendia o julgador"*; salienta que *"(...) a Lei 5.247/09, que dispõe as normas sobre atos administrativos no âmbito do* u

¹ Fls. 183/187, acostados aos autos através do Termo de Juntada de Documentos, em 15/05/2012, fls. 188, sendo o feito encaminhado ao meu Gabinete na mesma data.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1063 DE 19 DE ABRIL DE 2012. CONCESSIONÁRIA CEG – REFERENTE ÀS OCORRÊNCIAS Nº. 513628 E 519852.

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-12/020.098/2011, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º – Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,0004% (quatro décimos de milésimos 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. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, de 04/09/2007, devido ao descumprimento do disposto no artigo 3º da Deliberação AGENERSA nº. 813 de 28/07/2011, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº. 839, de 30/08/2011 e 886, de 31/10/2011.

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 01/2007.

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.
Rio de Janeiro, 19 de abril de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza - Conselheiro-Presidente; Darcilia Aparecida da Silva Leite - Conselheira-Relatora; Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro.

³ Eis que a Deliberação embargada "foi publicada no Órgão Oficial do Estado do Rio de Janeiro, no dia 07 de maio de 2012"; assim "(...) o prazo para a interposição dos presentes Embargos, teve início em 08.05.2012 e finda em 13.05.2012, razão pela qual os presentes Embargos, protocolizados nesta AGENERSA em 14.05.2012[2], primeiro dia útil subsequente à derradeira data, gozam do requisito da tempestividade (...)"

⁴ "Os Edcl têm finalidade de completar a decisão omissa ou, ainda, de aclará-la, dissipando obscuridades ou contradições. Não tem o caráter substitutivo da decisão embargada, mas sim integrativo ou aclaratório. Como regra, não têm caráter substitutivo, modificador ou infringente do julgado" (grifos como no original).

Estado do Rio de Janeiro, esclarece que a motivação do ato é um dos princípios a serem observados, no art. 2º. bem como determina a sua obrigatoriedade em decisões, no art. 48"; que "O dever de motivar se deve ao fato de que os agentes administrativos são simples gestores de interesse de toda a coletividade" e requer "(...) o acolhimento dos presentes Embargos, no que tange à supressão da obscuridade apontada, e ao saneamento desta (...)" (grifos no original).

Instada a se manifestar, a Procuradoria da AGENERSA apresenta Parecer⁵, pelo qual, após certificar a tempestividade dos Embargos opostos, analisa que os argumentos neles apresentados pela CEG "(...) não procedem, pois em momento algum a embargante atenta-se para o princípio, já consagrado na doutrina pátria, da Motivação dos atos Administrativos, pelo qual a Administração deve, necessariamente, indicar os fundamentos de fato e de direito ensejadores de suas decisões"; afirma que "Para agir, o Administrador deve imperiosamente fazê-lo movido pelo interesse público, expressando os motivos pertinentes à sua decisão, contidos nos fatos, bem com a fundamentação legal dos mesmos, contida no Direito"; ilumina as doutrinas de Rafael Bielsa⁶, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷ e José dos Santos Carvalho Filho⁸; destaca que "A Lei Federal nº. 9.784, de 29/01/1999 também observa o princípio da motivação como indicação de pressupostos de fato, bem como os fundamentos jurídicos que determine as decisões ou atos administrativos"⁹; que "(...) a decisão administrativa resulta de uma série de atos que a antecederam e, assim, motivam e legitimam a apreciação final do Administrador"; que "Desta forma, quando o Conselho Diretor da Agenersa emite a Deliberação ora embargada, assim o faz tendo em vista o conteúdo do presente Processo regulatório, conforme se depreende do preâmbulo da referida norma"; ressalta que "(...) os atos que dão a devida sustentação à decisão do referido órgão administrativo são o Relatório e o Voto proferidos pelo Conselheiro relator, que integram a Deliberação e oferecem subsídios claros, explícitos e congruentes, bem como fartamente fundamentados no que consta dos autos, isto é, documentos necessários à manifestação do Conselho Diretor para que a decisão se dê

⁵ Fls. 189/193, com o "de acordo" do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

⁶ "Por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato (motivos-pressupostos) e de direito (motivos determinantes da Lei)" (Rafael Bielsa in Compendio de Derecho Publico, Buenos Aires, 1952, II/27).

⁷ "A motivação, em regra, não exige formas específicas, podendo ser ou não concomitante com o ato, além de ser feita, muitas vezes, por órgão diverso daquele que proferiu a decisão. Frequentemente, a motivação consta de pareceres, informações, laudos, relatórios feitos por outros órgãos, sendo apenas indicados como fundamento da decisão. Neste caso, eles constituem a motivação do ato, dele sendo parte integrante" (Direito Administrativo, pg 83, 14ª ed., Editora Atlas).

⁸ "(...) sem a expressa menção da norma legal não se pode acodadamente acusar de ilegal ato que não tenha formalmente suas razões, até porque estas poderão estar registradas em assentamento administrativo diverso do ato, acessível a qualquer interessado (...)" (Manual de Direito Administrativo, pg 83, 6ª ed., Editora Lumen Juris).

⁹ Afirma que "(...) o art. 50 do referido ordenamento jurídico, em seu § 1º, determina que a motivação pode consistir em 'declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato'".

revestida de legalidade"; entende que "(...) a argumentação da concessionária revela-se impertinente, na medida em que inexistente a questionada inobservância do dispositivo legal, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio admite, conforme demonstrado pelas normas supracitadas, e pela pacificação doutrinária e jurisprudencial acerca da questão, a chamada motivação aliunde, através da qual a devida fundamentação do ato pode ocorrer em expediente conexo que lhe tenha antecedido, independentemente de vinculação direta ao processo que examine a matéria"; que "No que diz respeito a alegação de suposta obscuridade na deliberação embargada, não logrou comprovar a sua existência, na forma do art. 535 e seguintes do Diploma Processual Civil, e como os Embargos de declaração não possuem efeitos modificativos ou infringentes, salvo em situações muito específicas, não sendo o caso em tela uma delas, não merecem acolhida os argumentos da concessionária por ausência de obscuridade no voto e na deliberação a que este integra"; afirma que "(...) a Instrução Normativa nº. 14/2011, publicada no DO de 17/12/2010, pág. 05, disciplina a lavratura dos Autos de Infração" e opina "(...) pelo conhecimento do recurso de embargos de declaração, porque tempestivo e no mérito, que lhe seja negado provimento por falta de amparo legal e regimental, para ser mantida a deliberação embargada em seus exatos termos" (grifos no original).

Por meio do Ofício AGENERSA/ASSESS/DL nº. 051, de 25/05/2012¹⁰, a assessoria deste Gabinete encaminha à CEG cópia integral do presente feito, comunica a conclusão de sua instrução e assina o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de razões finais.

Na data de 06/06/2012, a CEG protocoliza nesta Agência a correspondência DIJUR-E-982/12¹¹, pela qual defende que "(...) restou clara a obscuridade constante do Art. 2º, que não apresenta a devida fundamentação legal que justifique a lavratura do Auto de Infração"; entende que "(...) já se encontram nos autos fundamentos suficientes para deferimento do pleito (...)" e reitera "(...) suas razões aduzidas em sede de Embargos".

É o Relatório.



Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

¹⁰ Fls. 194, recebido pela CEG na mesma data.

¹¹ Fls. 195.

Processo nº.: E-12/020.098/2011
Data de autuação: 23/02/2011
Concessionária: CEG
Assunto: Referente às ocorrências nº. 513628 e 519852.
Sessão Regulatória: 19/06/2012

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.098/2011Data 23/02/2011 Fls.: 199Rúbrica: Voto

Trata-se de Embargos à Deliberação AGENERSA nº. 1.063, de 19/04/2012¹, opostos pela Concessionária CEG, que alega a existência de obscuridade, notadamente quanto "(...) à determinação da lavratura de Auto de Infração, haja vista que inexistente no Art. 2º da Deliberação Embargada a devida fundamentação legal que possa consubstanciar a r. lavratura", argumentando que "(...) em nenhuma parte há designação ao dispositivo sobre os termos da lavratura de Auto de Infração na Instrução Normativa indicada".

Aponta, ainda, ausência de motivação no citado dispositivo, afirmando que "(...) a Lei 5.247/09 (...), esclarece que a motivação do ato é um dos princípios a serem observados, no art. 2º, bem como determina a sua obrigatoriedade em decisões, no art. 48".

Inicialmente, importa atestar a tempestividade da respectiva peça de Embargos, conquanto protocolizada dentro do prazo de 05 (cinco) dias regimentalmente previsto.

Para melhor abordagem do caso, passo à transcrição do artigo supostamente obscuro. *In verbis*: 

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1063 DE 19 DE ABRIL DE 2012. CONCESSIONÁRIA CEG – REFERENTE ÀS OCORRÊNCIAS Nº. 513628 E 519852. 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-12/020.098/2011, por maioria, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,0004% (quatro décimos de 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. 19, inciso VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, devido ao descumprimento do disposto no artigo 3º da Deliberação AGENERSA nº. 813 de 28/07/2011, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº. 839, de 30/08/2011 e 886, de 31/10/2011.

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

Rio de Janeiro, 19 de abril de 2012.

José Bismarck V. de Souza - Conselheiro-Presidente; Darcília Aparecida da Silva Leite - Conselheira-Relatora; Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro.

"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".

Da simples leitura do artigo supramencionado, é possível verificar que o mesmo é absolutamente claro e não apresenta qualquer vício capaz de macular sua interpretação, o que sugere a inadmissível natureza meramente protelatória dos presentes Embargos.

Ademais, o artigo atacado trata de determinação corriqueira, de pleno conhecimento da Embargante e jamais antes contestada pela mesma.

Várias foram as deliberações editadas pelo Conselho-Diretor que aplicaram à Concessionária penalidades cobradas por meio de Autos de Infração, lavrados nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, em vigor desde 21/10/2007, sem qualquer tipo de questionamento ou irresignação da Empresa quanto à suposta ausência de motivação ou de menção expressa quanto *"ao dispositivo sobre os termos da lavratura de Auto de Infração na Instrução Normativa indicada"*.

Observa-se, portanto, a fragilidade da tese apresentada pela Concessionária.

Mesmo não se tratando de matéria passível de apreciação por meio de Embargos, é necessário relembrar à Concessionária que a Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, no capítulo específico que trata da lavratura de Autos de Infração, dispõe sobre o rito procedimental para a elaboração de tal instrumento executivo, determinando expressamente seus requisitos e apontando seu modelo, o que proporciona à Concessionária uma maior segurança, pois indica claramente todos os itens que comporão aquele documento, em irrefutável demonstração de respeito aos princípios da transparência, contraditório e ampla defesa.

Demais disso, em detida análise dos dispositivos que tratam da lavratura de Autos de Infração, constantes na Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, verifica-se que nenhuma dúvida pode ser suscitada pela Concessionária quanto ao seu

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.098/2011

Data 23/02/2011 Fls.: 200

enquadramento, eis que tais artigos, abaixo transcritos, como dito acima, elencam os requisitos/elementos para a regular lavratura daquele instrumento. Vejamos:

"Art. 8º. 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.

Parágrafo único. Para cada infração cometida, será lavrado um "Auto de Infração (AI)", em duas vias.

Art. 9º.*omissis*.....

Parágrafo único.*omissis*.....

Art. 10. O "Auto de Infração (AI)" deverá conter:

- I. o local, a data e a hora da lavratura;
- II. o nome, o endereço e o CNPJ da autuada;
- III. os números do processo e da Deliberação que aplicou a penalidade e a data da publicação;
- IV. a descrição do fato ou do ato constitutivo da infração;
- V. o dispositivo legal, regulamentar ou contratual infringido e a tipificação da penalidade aplicada, segundo os termos desta Instrução Normativa, concedendo prazo de 05 (cinco) dias úteis para apresentação de eventual Impugnação, relativa à forma do Auto de Infração;
- VI. o prazo de 30 (trinta) dias para recolhimento da multa;
- VII. a identificação do servidor autuante, sua assinatura, a indicação de seu cargo e o número de sua matrícula.

Parágrafo único. Uma via do "Auto de Infração (AI)" será entregue contra recibo, para a notificação, ao representante legal da autuada ou ao seu procurador habilitado, na forma da Cláusula Dezoito dos Contratos de Concessão. *u*

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.098/2011

Data 23/02/2011 Fls.: 201

Art. 11. Dentro do prazo estipulado no inciso V do art. 10, a autuada poderá apresentar Impugnação, que terá efeito suspensivo.

Parágrafo único. A Impugnação será encaminhada ao Conselheiro-Relator do processo correspondente e será apreciada pelo Conselho Diretor da AGENERSA em Sessão Regulatória".

Assim, nenhuma dúvida pode pairar quanto ao dispositivo a ser aplicado para a lavratura do Auto de Infração, eis que o referido Capítulo I, do Título II da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007 trata dos procedimentos a serem adotados, com a aplicação de todos os dispositivos ali estampados².

E não poderia ser diferente, uma vez que a inobservância de qualquer daqueles dispositivos macularia a regularidade do Auto de Infração, visto que elaborado em desacordo com as formalidades legalmente expressas.

Igualmente deve ser rechaçada a alegação de ausência de fundamentação no mesmo artigo 2º da Deliberação AGENERSA/CD nº. 1063/2012, tendo em vista que, como salientado acima, a determinação para a lavratura do Auto de Infração conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007 se dá, justamente, em razão de ali constar o rito procedimental para a sua regular elaboração, sendo certo que em diversos Votos já manifestei o entendimento de que a lavratura do Auto de Infração constitui uma garantia a mais para o administrado, à medida que objetiva formalizar a aplicação da penalidade, conforme rito específico, claramente definido.

No Voto por mim proferido às fls. 170/174, enfrentei a matéria de forma clara e detalhada, não havendo qualquer dúvida quanto à motivação para a aplicação da penalidade disposta na Deliberação AGENERSA/CD 1063/2012, cuja execução somente pode se dar através da lavratura de Auto de Infração.

Assim, resta claro que, sob a estéril alegação de obscuridade na Deliberação Embargada, a CEG manifesta, em verdade, seu inconformismo quanto à U

² Ressalvados os casos de aplicação de penalidade decorrente de atraso no pagamento de Taxa de Regulação, que não traduz a hipótese dos autos.

penalidade aplicada, buscando, com base em argumentos totalmente desprovidos de respaldo legal, o sobrestamento da execução da penalidade imposta, ou mesmo a sua reforma, o que não se pode admitir por tratar-se da via inadequada para tal finalidade.

Por fim, esta Relatoria alerta à CEG que a interposição de recursos com intuito manifestamente protelatório é reputada como litigância de má-fé³, cabendo aqui, uma vez mais, lembrá-la das penalidades dispostas no artigo 18, do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo administrativo.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 1063, de 19/04/2012, vez que tempestivos, para no mérito negar-lhes provimento.

É o Voto.



Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.098/2011

Data 23/02/2011 Fls.: 203

³ Artigo 17, inciso VII do Código de Processo Civil.

AGENERSA

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1128



DE 19 DE JUNHO DE 2012.

**CONCESSIONÁRIA CEG - REFERENTE ÀS
OCORRÊNCIAS Nº. 513628 E 519852.**

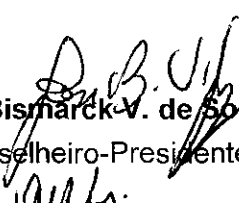
**O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E
SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA**, no uso de
suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório
nº. E-12/020.098/2011, por unanimidade,

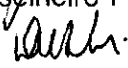
DELIBERA:

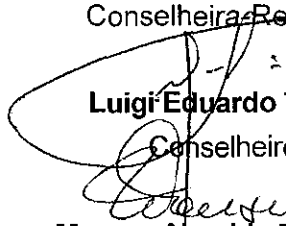
Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação
AGENERSA nº. 1063, de 19/04/2012, vez que tempestivos, para no mérito negar-lhes
provimento.

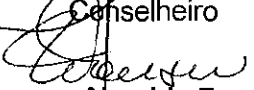
Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

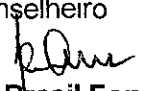
Rio de Janeiro, 19 de junho de 2012.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Relatora


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.098/2011

Data 23/02/2011 Págs: 004