

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1145

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1145

DE 19 DE JUNHO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG RIO - Auto de Infração Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E-12/020.174/2011.

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-12/020.471/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º. Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG Rio ao Auto de Infração nº. 012/2012, negando-lhe provimento e mantendo-o íntegro para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

Art. 2º Esta Deliberação entrará em vigor na 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

Luigi Eduardo Troisi

Conselheiro

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro - Relator

Processo nº: E- 12/020.471/2011
Autuação: 11/10/2011
Concessionária: CEG Rio
Assunto: Auto de Infração - Penalidade de MULTA
- Processo Regulatório E -
12/020.174/2011
Sessão Regulatória: 19 de junho de 2012

RELATÓRIO

Cuida-se de processo instaurado com o assunto "Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E-12/020.174/2011", tendo como justificativa o art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 855/11.¹

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 855 DE 30 DE SETEMBRO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG RIO- OCORRÊNCIA REGISTRADA NA OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 (TRINTA) DIAS SEM SOLUÇÃO.

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-12/020.174/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º. – Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de multa, no montante de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, aqui considerada a data da primeira reclamação da usuária feita em 18/06/2009 perante a Concessionária, em razão do descumprimento ao disposto na Cláusula Primeira, §3º, e Quarta, caput e §1º, itens 4, 6, 11 e 21 do Contrato de Concessão, com base na Cláusula Dez do instrumento concessivo, bem como no art. 16, III e VIII, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007, tendo em vista a demora na instalação do aquecedor pago pela usuária passados os 760 dias depois da primeira reclamação.

Art.2º - Determinar à Secretaria Executiva em conjunto com as Câmaras Técnicas CAENE e CAPET, a lavratura do Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007.

Art.3º - Determinar que a SECEX encaminhe cópia desta Deliberação à Sra. Nelma Ferreira dos Santos.

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

Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2011.

José Bismarck Vianna de Souza - Conselheiro-Presidente; Darcilia Aparecida da Silva Leite - Conselheira; Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro ; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro-Relator; Sérgio Burrowes Raposo - Conselheiro

À fl. 03 consta a cópia da Deliberação supramencionada, publicada no DOERJ em 11/10/2011.

Em 07/11/2011 a SECEX encaminha os autos à CAPET para o cálculo da multa pecuniária e a Câmara Técnica aponta o valor total de R\$ 15.912,61 (quinze mil, novecentos e doze reais e sessenta e um centavos), conforme fls. 11/12.

A Deliberação que aplicou a penalidade e deu origem ao Auto de Infração foi alvo de Recurso interposto pela CEG Rio e resultou na Deliberação AGENERSA Nº 945/2011, que decidiu por conhecer o Recurso interposto pela Concessionária para, no mérito, negar-lhe provimento. (cópia da publicação de 30/12/2011 à fl. 13).

À fl. 14 foi confeccionado Minuta de Auto de Infração, sendo o processo encaminhado a Procuradoria da AGENERSA para verificação quanto a conformidade em relação ao disposto na DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 855, integrada pela DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 945/2011, bem como verificação quanto a existência de demanda judicial e parecer quanto à possibilidade de aplicação da penalidade.

Em 03/02/2012, a Procuradoria informa não constar em seu banco de dados demanda judicial para o administrativo em questão, como também a inexistência de pendência na seara recursal administrativa, concluindo, por fim, que em análise a Minuta de Auto de Infração, esta atende as exigências da legislação em vigor, aconselhando o regular prosseguimento do feito.

À fl. 18 consta o Auto de Infração nº 012/2012 lavrado, assinado e entregue ao Autuado (CEG Rio) na data de 07/03/2012.

De fls. 19 a 35, tem-se cópias do relatório do processo regulatório E-12/020.174/2011, do voto nele proferido, relatório e voto da Conselheira relatora do Recurso, finalizando com cópia das publicações das Deliberações 855/11, 945/11, e apuração do valor da multa realizado pela CAPET.

Em 14/03/2012 a Concessionária oferece IMPUGNAÇÃO (fls. 36/40) ao Auto de Infração nº 012/2012 e suscita os seguintes argumentos:

I) Em preliminar, sustenta a tempestividade de sua manifestação, bem como a ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão.

Afirma que dispõe do prazo de 05 (cinco) dias úteis para o oferecimento de Impugnação e, por ter recebido o Auto de Infração em 07/03/2012 e apresentado sua peça de impugnação em 14/03/2012, esta se faz tempestiva.

Aduz, em síntese, que em razão do § 2º, cláusula dez, do Contrato de Concessão, "(...) a aplicação de penalidades em face da Concessionária somente é possível por meio de processo administrativo, regularmente instaurado no âmbito dessa Agência Reguladora" e "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."

II) Do descumprimento das formalidades legais

Alega que o Auto de Infração deverá ser considerado nulo, na medida em que não foram cumpridas as formalidades legais exigidas para sua lavratura.

Afirma que no campo 10 do AI não consta de forma pormenorizada a motivação que ensejou a aplicação de penalidade de multa, o que dificulta o direito amplo de defesa.

Esclarece que se os julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário, assim como as decisões administrativas dos Tribunais, devem ser fundamentados, deverão ser igualmente motivados os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes.

Pede a nulidade do AI por falta de motivação do ato administrativo.

III) Conclusão

Requer o acolhimento da matéria elencada preliminarmente para considerar nulo o Auto de Infração e, no mérito, pugna pela sua improcedência, porque ausentes os fundamentos que justificam sua lavratura.

Em parecer conclusivo (fls. 42/45), a Procuradoria se manifesta a respeito da impugnação, expondo, resumidamente, que:

A Concessionária CEG ofereceu, tempestivamente, impugnação em face do Auto de Infração nº 012/12 e no que tange à ausência de sua previsão no Contrato de Concessão, afirma 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" e "tal comunicação se dá através dos instrumentos: auto de infração e/ou notificação."

Ainda no que se refere à preliminar levantada, a Procuradoria registra a existência da instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007 e lembra, destacando trecho do voto da Ilm^a. Conselheira Darcília Leite nos autos do processo E-12/020.059/2007, que ainda que a AGENERSA não possuisse tal regulamento de fiscalização e 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 (...)".

Quanto ao descumprimento das formalidades legais, o jurídico verifica que as informações contidas no item 10 do AI são divididas em subitens e o subitem 10.2 apresenta o artigo da Deliberação que determinou a aplicação da penalidade, assim como o subitem 10.2.1 apresenta a tipificação da penalidade aplicada. Quanto aos valores discriminados que perfazem a penalidade pecuniária, extrai "(...) que os mesmos foram detalhados através de doc. anexa ao AI (item 19 - na memória de cálculo), anexo este que integra o Auto de Infração."

Aduz que, com base no princípio processual da Instrumentalidade das formas (arts. 154 e 244 do CPC), segundo o qual "os atos processuais solenes são considerados válidos ainda que praticados por forma diversa da prescrita em lei, desde que alcancem sua finalidade essencial", o citado instrumento cumpriu a finalidade, que é de notificar a Concessionária quanto à aplicação de penalidade, decorrente do apurado grau de responsabilidade quando da prestação do serviço público inadequado.

Afirma que os supostos vícios suscitados pela Concessionária, quando comparados com a finalidade essencial do Auto de Infração, não têm o condão de ensejar a declaração de nulidade do citado instrumento, sob pena de clara ofensa ao princípio da proporcionalidade.

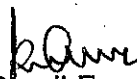
Observa "(...) que o Auto de Infração impugnado se coaduna com a finalidade pública de realização do interesse coletivo, elemento primacial de formação do ato administrativo."

Ressalta que a CEG Rio teve amplo acesso aos autos e que ao Auto de Infração foram anexados os relatório/voto/memória de cálculo; Deliberação AGENERSA nº 855, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 945/2011, partes integrantes daquele instrumento.

Por fim, observa que *"o Auto de Infração impugnado atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido e, conseqüentemente improvida a Defesa Prévia apresentada pela Concessionária (...)".*

Em razões finais², a Concessionária reitera as respostas anteriormente encaminhadas à AGENERSA e ratifica a impugnação oferecida em face do Auto de infração nº 012/12.

É o relatório.


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro-Relator

² DIJUR - E - 792/12.

Processo nº: E-12/020.471/2011
Autuação: 11/10/2011
Concessionária: CEG Rio
Assunto: Auto de Infração - Penalidade de
MULTA - Processo Regulatório E -
12/020.174/2011
Sessão Regulatória: 19 de Junho de 2012

VOTO

Trata-se de analisar Impugnação tempestivamente¹ apresentada pela Ceg Rio ao Auto de Infração nº 012/2012, através do qual a AGENERSA realiza a cobrança da multa imposta na Deliberação nº. 855/2012², originária do processo E 12/020.174/2011.

Em análise aos seus já conhecidos argumentos, tenho a afirmar, em princípio, que à CEG Rio foi garantido amplo direito de defesa no processo E-12/020.174/2011 sendo certo que, nesse feito, todas as exposições meritórias foram apreciadas e, esgotadas as instâncias administrativas, aplicada a sanção cobrada através do Auto de Infração ora impugnado.

A sustentação, em preliminar, sobre a ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, não prospera, diante da sua regulamentação pelo art. 23, XX, do Decreto Estadual nº. 38.618/2005³.

¹ O Auto de infração foi recebido por representante da Concessionária em 07/03/2012 (quarta-feira). Concedido o prazo de 05 (cinco) dias úteis para a apresentação de Impugnação ao instrumento punitivo, a peça foi protocolada em 14/03/2012.

² Integrada pela Deliberação AGENERSA nº 945/2011.

³ "DECRETO N.º 38.618 DE 08 DE DEZEMBRO DE 2005.

Regulamenta e fixa a estrutura administrativa, atribuições e normas de funcionamento da AGENERSA conforme a caput do artigo 1º da Lei Estadual nº 4.556, de 06 de junho de 2005.

(...)

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."

No mérito, para os também sabidos e frágeis fundamentos apresentados pela CEG Rio, destaco que o Auto de Infração é válido.

A pretensão de sua nulidade por ausência de motivação é destituída de razoabilidade.

Nesse sentido, cito trecho do voto proferido nos autos do processo E-12/020.083/2011, de relatoria da Ilm^a. Conselheira Darcília Leite:

"(...) não é razoável pretender que o inteiro teor da fundamentação para a aplicação da penalidade imposta fosse transcrito no atacado Auto de Infração, instrumento que materializa a penalidade imputada em processo específico (...)"

Além disso, tanto no voto original como no que analisou o Recurso, ambos proferidos nos autos do processo E-12/020.174/2011, consta a motivação que a Concessionária alega inexistir, sendo certo que, conforme o parecer da Procuradoria no presente feito, que rechaça a alegação de cerceamento do direito de defesa, a CEG Rio *"(...) teve amplo acesso aos autos, participando de todas as fases processuais e interpondo os recursos previstos regimentalmente, em plena sintonia com as garantias constitucionais aplicáveis ao processo administrativo."*

Dessa forma, não há descumprimento das formalidades legais, uma vez que o Auto de Infração preenche, sim, os requisitos necessários e imprescindíveis para que possa ser considerado válido, ressaltando que nele se encontram o relato e enquadramento da infração.

Ressalto, ainda, que o exercício dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa foram corretamente observados por esta Agência e utilizados pela Concessionária, razão pela qual proponho ao Conselho Diretor:

Art. 1º. Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG Rio ao Auto de Infração nº. 012/2012, negando-lhe provimento e mantendo-o íntegro para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

Assim voto.

[assinatura]
Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1145

CONCESSIONÁRIA CEG Rio - Auto de
Infração - Penalidade de MULTA - Processo
Regulatório E-12/020.174/2011

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 E-12/020.471/2011, por unanimidade.

DELIBERA:

Art. 1º. Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG Rio ao Auto de Infração nº. 012/2012, negando-lhe provimento e mantendo-o íntegro para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

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

Rio de Janeiro, 19 de Junho de 2012.

[assinatura]
José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro Presidente

[assinatura]
Darcília Aparecida da Silva Leite
Conselheira

[assinatura]
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro

[assinatura]
Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro

[assinatura]
Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator