

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1148

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1148

DE 19 DE JUNHO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.425/2011.

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-12/020.636/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 039, de 16/04/2012, negando-lhe 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-12/020.636/2011.
Data de autuação 23/12/2011.
Concessionária CEG.
Assunto Auto de Infração – Penalidade de MULTA – Processo
Regulatório – E-12/020.425/2011.
Sessão Regulatória 19/06/2012.

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.636/2011

Data 23/12/2011 Fls.: 69

Rúbrica: f

Relatório

Trata-se de Impugnação¹ protocolizada nesta AGENERSA em 02/05/2012, pela Concessionária CEG, em face do Auto de Infração nº 039/2012².

Inicialmente, a CEG aborda a tempestividade da apresentação da citada peça³; preliminarmente, aponta a ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, iluminando o disposto na Cláusula Décima, § 2º⁴, de cujo teor conclui que "(...) a aplicação de penalidades em face da Concessionária somente é possível por meio de processo administrativo, regularmente instaurado no âmbito dessa Agência Reguladora"; 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 (...), razão pela qual é manifestamente indevida"⁵; entende que "(...) se fosse intenção do Poder Concedente que as penalidades aplicadas em face desta Concessionária, se dessem através da lavratura de auto de infração, (...), haveria expressa disposição neste sentido no Contrato de Concessão, (...)"; considera que "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 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" e requer "(...) o acolhimento da presente preliminar, com a declaração de nulidade do auto de infração nº 039/2012 (...)". U

¹ Fls. 53/59 - noticiada no despacho da SECEX de fls. 60, que encaminha o feito à Procuradoria da AGENERSA, para manifestação.

² Fls. 27 - emitido por esta Autarquia em 16/04/2012 e recebido pela CEG em 24/04/2012.

³ "(...) considerando-se que auto de infração em questão foi recebido (...) no dia 24/04/2012 (terça-feira), o prazo para oferecimento de defesa iniciou-se em 25/04/2012 (quarta-feira) e terá o seu término em 03/05/2012 (quinta-feira)".

⁴ "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". (grifos como no original).

⁵ Afirma que "Ao contrário, em outros Contratos de Concessão, que estão sob a fiscalização desta AGENERSA e da AGETRANS - tais como OPPORTANS e ÁGUAS DE JUTURNALBA - há expressa previsão contratual, no sentido de que as penalidades serão aplicadas mediante a lavratura do competente auto de infração".

No mérito, afirma a CEG que houve descumprimento das formalidades legais; entende que "(...) deverá ser considerado nulo o presente auto de infração, na medida em que, o ilustre Gerente da Câmara de Energia e a Secretária Executiva dessa AGENERSA, não cumpriram com as formalidades legais exigidas para a lavratura do auto de infração (...)"; afirma que "(...) a Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007, (...), estabeleceu os requisitos para a lavratura do auto de infração (...)", de cuja análise constata "(...) que o auto de infração nº. 039/2012, não preenche os requisitos necessários e imprescindíveis para que possa ser considerado válido"; frisa que "(...) no campo 10 (...), não consta de forma pormenorizada a motivação que ensejou a aplicação de penalidade de multa (...), o que, indubitavelmente, dificulta o amplo direito de defesa desta Concessionária"; 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 tela⁶"; assevera que "O auto de infração é um documento solene, devendo ser preenchidas todas as formalidades quando da sua confecção, sob pena de nulidade do ato"; considera "(...) evidente que a falta das informações e formalidades (...) elencadas, fere a legislação vigente e, via de consequência, cerceia o inalienável direito desta Concessionária ao exercício do contraditório e ampla defesa (...)"; aborda a exigência de regulação prévia à imposição de eventual penalidade, afirmando que "(...) quando da aplicação da penalidade objeto do auto de infração ora impugnado, não houve regulação ou fiscalização prévias sobre as práticas realizadas por esta Concessionária"; alega ter sido "(...) punida pelo suposto descumprimento às suas próprias Normas Técnicas, o que não tem força de lei, cabendo a Agência Reguladora aplicar penalidade se houvesse descumprimento do contrato de concessão, o que não houve"; defende que "(...) em termos de Regulação, vale a máxima 'regular primeiro, fiscalizar depois, e penalizar por fim', e isto, tão-somente se for o caso⁷"; frisa que "(...) as sanções administrativas aplicadas às entidades reguladas, são atos de natureza regulatória, que por via de consequência, pressupõem não apenas vigiar e punir, mas principalmente, intervir e corrigir anomalias verificadas em determinado ordenamento setorial⁸"; conclui, confiando "(...) no recebimento da presente

⁶ Observa que "(...) se os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, sob pena de nulidade, (...), e as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivadas, com fulcro no art. 93, X da Constituição Federal, igualmente deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes"; que "O dever de motivar se deve ao fato de que os agentes administrativos não são 'donos' da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade"; ressalta que "(...) é vedado à Administração Pública, proceder à confecção de um auto de infração, sem que sejam rigorosamente cumpridos os requisitos cabíveis".

⁷ Assinala que "Caso assim não se entenda, a penalidade não tem qualquer fundamento, pois não houve no caso, nenhum procedimento prévio imposto, (...), no sentido de estabelecer critérios para aplicação de penalidades".

⁸ Assinala que "(...) o conceito de sanção possui uma maior amplitude, englobando notadamente as medidas corretivas e intervencionistas, ou seja, atos que diretamente atendam a natureza finalística da regulação", que "(...) seria medida mais salutar, bem como atenderia melhor a natureza do direito regulatório, a determinação de outras medidas que, por si só, pudessem ensejar a materialização do interesse público"; ilumina o disposto na Cláusula 14, IV do Contrato de Concessão; ressalta que "(...) a AGENERSA tem por obrigação regular os temas por ela administrados, não podendo simplesmente se utilizar de Normas internas da Concessionária para objetivar a aplicação de penalidades"; que "(...) a aplicação indiscriminada de certas sanções pelo Órgão Regulador, pode, além de gerar uma instabilidade jurídica, colocar em xeque a atividade da entidade regulada, o que consequentemente, provocaria um clarividente prejuízo para os usuários do serviço público concedido".

Impugnação com efeito suspensivo, bem como no acolhimento da matéria elencada preliminarmente, considerando-se nulo o auto de infração" e, na hipótese de rejeição da preliminar, requer "(...) sejam tomadas insubsistentes as alegações descritas no auto de infração, julgando-se improcedente o mesmo, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua lavratura, tomando sem efeito a aludida autuação (...)" (grifos no original).

Às fls. 61/65, encontra-se o Parecer nº. 53/2012 - IAPS -Procuradoria/ AGENERSA⁹, no qual é destacada a competência legal desta AGENERSA "(...) de zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições", em decorrência da qual lhe cabe " (...) 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"; assinalado que "(...) ainda que não exista cláusula contratual que preveja a lavratura do Auto de Infração, a esta AGENERSA compete notificar a Concessionária da penalidade aplicada pelo Conselho Diretor (...)"; que "Tal comunicação se dá através dos instrumentos: auto de infração e/ou notificação"¹⁰; registrada "(...) a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007 (...)"; iluminado trecho do Voto por mim proferido nos autos do Processo nº. E-12/020.059/2007¹¹; observado 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".

No que tange à alegação de descumprimento das formalidades legais na lavratura do Auto de Infração, o Parecerista depreende, "Da análise do citado instrumento, (...) que o mesmo contempla todos os elementos considerados inexistentes pela Concessionária"¹²; cita o Princípio da Instrumentalidade das Formas e enfatiza que "(...) não merecem prosperar as alegações trazidas pela (...) CEG, pois verifica-se que o citado instrumento 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

⁹ De lavra do Dr. Igor Alves P da Silva, com o "de acordo" do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

¹⁰ "(...) 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".

¹¹ "(...) ainda que essa AGENERSA não possuísse o supracitado regulamento (...) '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' (...)".

¹² 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 pecuniária"; que "(...) o subitem 10.2.1 apresenta a tipificação da penalidade aplicada" e que "(...) quanto aos valores discriminados que perfazem a penalidade pecuniária, extrai-se 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".

do serviço público inadequado"¹³; entende que a "(...) alegação de cerceamento de defesa, também não merece prosperar, visto que a CEG teve amplo acesso aos autos, participando de todas as fases e interpondo os recursos previstos regimentalmente, em plena sintonia com as garantias constitucionais aplicáveis ao processo administrativo"; ressalta que "(...) ao auto de infração foram anexados os relatório/voto/memória de cálculo"; quanto à alegação de exigência de regulação prévia antes de se impor eventual penalização, lembra que "(...) uma das principais funções desta autarquia é 'zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços relativos à esfera de suas atribuições'"; ilumina que "(...) a concessionária tem ciência das suas obrigações pois estão sacramentadas no Contrato de Concessão, não merecendo prosperar, portanto, o argumento que esta deve fiscalizada e só posteriormente penalizada"; afirma que "(...) amparada está a atuação desta AGENERSA no exercício precípua de sua competência regulatória disciplinada pela Lei estadual nº.4.556/2005"; por fim, observa que "(...) o Auto de Infração impugnado atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido e, conseqüentemente improvida a impugnação apresentada pela Concessionária CEG".

A seguir, o feito é remetido a este Gabinete¹⁴, cuja Assessoria, através do Ofício AGENERSA/ASSESS/DL nº 047, de 23/05/2012¹⁵, encaminha à CEG cópia de inteiro teor dos presentes autos, comunica a conclusão de sua instrução e assina o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de razões finais.

Na data de 04/06/2012, a CEG protocoliza nesta Agência a correspondência DIJUR-E-971/2012¹⁶, pela qual reitera "(...) as respostas anteriormente encaminhadas à AGENERSA, bem como a Impugnação interposta em face do Auto de Infração nº. 039/2012" e requer "(...) o julgamento da Impugnação, com seu devido provimento".

É o Relatório.



Darcília Leite

Conselheira-Relatora

¹³ Sustenta que "(...) 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"; 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".

¹⁴ Fls. 66 – mediante despacho da SECEX.

¹⁵ Fls. 67, recebido na Concessionária na mesma data.

¹⁶ Fls. 68.

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.636

Data 23

Rubrica:

12011

27

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.636

Data 23/12/2011

Rubrica:

1 - AUTO DE INFRAÇÃO nº. 039/2012		2 - LOCAL, DATA E HORÁRIO AGENERSA, RIO DE JANEIRO, 16/04/2012 10:06	
3 - CONCESSIONÁRIA AUTUADA COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO - CEG		4 - CNPJ 33.938.119/0001-69	
5 - ENDEREÇO Av. Pedro II nº. 68	6 - BAIRRO São Cristóvão	7 - MUNICÍPIO/UF Rio de Janeiro/RJ	
8 - Nº. DA DELIBERAÇÃO / DATA DE PUBLICAÇÃO Deliberação AGENERSA nº 958, de 20 de dezembro de 2011, publicada no Diário Oficial de 30/12/2011. INTEGRADA PELA DELIBERAÇÃO Nº 1008, DE 29 DE FEVEREIRO DE 2012. PUBLICADA NO DIA 15/03/2012		9 - PROCESSO Processo Administrativo nº. E-12/020.636/2011 (autuado para acompanhamento de aplicação de penalidade) Processo Regulatório nº. E-12/020.425/2011	
10 - RELATO E ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO			
10.1 - Relato da Conduta: Processo Regulatório nº. E-12/020.425/2011 - Ocorrências na Ouvidoria da AGENERSA nºs. 522.938, 523.101 e 522.651, equívoco ocorrido na leitura de conta de maio/2011.			
10.2 - Enquadramento da(s) conduta(s) descrita(s) no item 10.1, tipificando o(s) fato(s) como infração(ões) às disposições: Artigo 19, IV da Instrução Normativa CD nº 001/2007. Cláusula Primeira, §3º e Quarta, §1º, itens 1 e 4 - anexo II, parte 2, item 13, alínea "A" do Contrato de Concessão, combinado com o art. 19, IV da Instrução Normativa CD nº 001/2007.			
10.2.1 - Descumprimento da(s) seguinte(s) Cláusula(s) do Contrato de Concessão: Cláusula Primeira, §3º e Quarta, §1º, itens 1 e 4 - anexo II, parte 2, item 13, alínea "A" do Contrato de Concessão.			
10.3 - Natureza da penalidade: Penalidade de multa, no valor de 0,001% (um 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. 17, inciso VI, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados na ocorrência nº 513.043.			
10.3.1 - Valor da(s) multa(s):			
Valor	R\$ 30.196,40		
Atualização Monetária	R\$ 607,55		
Total	R\$ 30.803,95 (trinta mil, oitocentos e três reais e noventa e cinco centavos)		
10.4 - Prazo para impugnação: Após o recebimento do auto de infração, conceder-se-á um prazo de 05 (cinco) dias úteis para apresentação de eventual impugnação, relativa à forma do Auto de Infração 1-Decreto nº. 38.618/05 alterado pelo Decreto nº. 40431/06 - art. 23, inciso XX - parágrafo único; 2-Regimento Interno - art. 21, inciso XX a; 3-Instrução Normativa CD nº. 001/2007, art. 10, inciso V e parágrafo único, art. 11 e seu parágrafo único.			
10.5 - Prazo para recolhimento da multa: 30 (trinta) dias. O autuado terá o prazo de 30 (trinta) dias contados da data da ciência deste auto de infração para recolhimento do valor através de depósito no Banco Bradesco, Agência 6898-5 e conta corrente 170-8 em nome ERJ - AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. (Instrução Normativa CD nº. 001/2007, artigo 10, inciso VI / Decreto nº. 38.618/2005, Seção II, artigo 4º, inciso II)			
11 - NOMES DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO Fábio Cortes do Nascimento Jorge Luiz Gomes Calfo Cíntia Pitz P. Pinheiro -		12 - Cargo Gerente de Câmara Gerente de Câmara Secretaria Executiva	
14 - REPRESENTANTE DA CONCESSIONÁRIA Flávia da Silva Fernandes		13 - MATRÍCULA 154-5 210-5 237-8	
17 - ASSINATURA DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO AGENERSA, RIO DE JANEIRO Fábio Cortes do Nascimento Gerente de Câmara Jorge Luiz Gomes Calfo Gerente de Câmara		15 - CARGO Advogada 16 - RG 120840 OAB/RJ	
19 - OBSERVAÇÕES Anexo: Deliberação AGENERSA nº 958, de 20 de dezembro de 2011, publicada no Diário Oficial de 30/12/2011. INTEGRADA PELA DELIBERAÇÃO Nº 1008, DE 29 DE FEVEREIRO DE 2012, PUBLICADA NO DIA 15/03/2012		18 - ASSINATURA DO AUTUADO Data: 24/12/2011 Flávia da Silva Fernandes Advogada OAB-RJ nº 120840 Assinatura do Autuado	

Processo nº. E-12/020.636/2011.
Data de Autuação 23/12/2011.
Concessionária CEG.
Assunto Auto de Infração - Penalidade de MULTA – Processo
Regulatório E-12/020.425/2011.
Sessão Regulatória 19/06/2012.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.636/2011

Data 23/12/2011 Fls.: 74

Rúbrica: f

Voto

Trata-se de analisar a Impugnação apresentada tempestivamente¹ pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 039/2012², por meio do qual esta Agência realiza a cobrança da multa imposta pela Deliberação AGENERSA nº. 958, de 20/12/2011, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 1.008, de 29/02/2012, ambas editadas nos autos do processo regulatório E-12/020.425/2011, em decorrência dos fatos apurados na Ocorrência nº. 513.043.

Revela-se fundamental consignar que esta Autarquia garantiu à CEG, em todas as etapas do processo nº E-12/020.425/2011, o direito à ampla defesa e ao contraditório. Assim, não é possível, na presente fase, apreciar alegações meritórias, porquanto se verifica o encerramento das instâncias administrativas de análise do mérito, devidamente tratado no processo regulatório citado, específico sobre o tema.

Em sua petição, a Concessionária sustenta, preliminarmente, ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão.

De fato, o aludido instrumento contratual não dispõe a respeito da lavratura de auto de infração para a aplicação de eventuais penalidades, estabelecendo regras relativas apenas ao aspecto material da imposição de sanções.

Logo, como já esclarecido diversas vezes, diante dessa lacuna contratual, compete ao Ente Regulador adotar o rito procedimental que julgar conveniente. u

¹ O Auto de Infração foi recebido por representante da Concessionária em 24/04/2012; foi concedido, na forma do instrumento punitivo em pauta, prazo de 05 (cinco) dias úteis para apresentação de eventual impugnação e a respectiva peça foi protocolizada em 02/05/2012.

² Fls. 27.

Ademais, conforme afirmado na Impugnação em tela, o Decreto Estadual nº 38.618/2005 regulamentou a questão, no inciso XX e parágrafo único do art. 23³.

Portanto, revela-se improcedente a alegação de que inexistente respaldo para a prática do ato administrativo em comento, na medida em que não é possível interpretar o texto do Decreto de forma restritiva⁴.

Cabe destacar, como também já esclarecido em outros Votos, que a lavratura do Auto de Infração constitui uma garantia a mais para o administrado, à medida que objetiva formalizar a aplicação da penalidade.

No mérito, a Impugnante requer novamente a declaração de nulidade do Auto de Infração, agora apontando suposto descumprimento às formalidades legais, ao afirmar que "(...) no campo 10 do auto de infração (...), não consta de forma pormenorizada a motivação que ensejou a aplicação de penalidade de multa (...), o que, indubitavelmente, dificulta o amplo direito de defesa desta Concessionária" e 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"⁵ (grifos no original).

A CEG alega, ainda, que "(...) é vedado à Administração Pública, proceder à confecção de um auto de infração, sem que sejam rigorosamente cumpridos os requisitos cabíveis".

Mais uma vez, demonstra-se a fragilidade dos seus argumentos, visto que, após breve análise do item contestado, percebe-se que ali se encontram dispostos não só o relato da conduta que originou a aplicação da penalidade, mas também o enquadramento da mesma, com a tipificação dos fatos como infrações às disposições que cita, bem assim a Cláusula do Contrato de Concessão que foi descumprida⁶. *u*

³ "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."

⁴ Isto porque, como é de conhecimento geral, a regra jurídica é aplicável a todos os seus destinatários e eventuais exceções devem ser expressamente previstas no texto legal, o que não ocorreu na vertente hipótese.

⁵ Fls. 55/56.

⁶ "10.1 – Relato da Conduta: Processo Regulatório E-12/020.425/2011 - Ocorrências na Ouvidoria da AGENERSA nº. 522.938, 523.101 e 522.651, equívoco ocorrido na leitura da conta de maio/2011.

10.2 - Enquadramento da(s) conduta(s) descrita(s) no item 10.1, tipificando o(s) fato(s) como infração(ões) às disposições:

Artigo 19, IV da Instrução Normativa CD nº. 001/2007 . Cláusula Primeira, § 3º e Quarta, §1º, itens 1 e 4 - **anexo II parte 2, item 13, alínea "A"** do Contrato de Concessão, combinado com o art. 19, IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

10.2.1 - Descumprimento da(s) seguinte(s) Cláusula(s) do Contrato de Concessão:

Cláusula Primeira, § 3º e Quarta, §1º, itens 1 e 4 - **anexo II parte 2, item 13, alínea "A"** do Contrato de Concessão.

Diferentemente do que argumenta a Impugnante, da simples leitura do documento ora atacado, verifica-se que o Campo 10.1 – Relato da Conduta – é claro ao indicar o "equivoco ocorrido na leitura de conta de maio/2011"; apontando, no item 10.2.1 – Descumprimento da(s) seguinte(s) Cláusula(s) do Contrato de Concessão: "Cláusula Primeira, § 3º e Quarta, §1º, itens 1 e 4 - **anexo II parte 2, item 13, alínea "A"** do Contrato de Concessão"⁷, razão pela qual o presente argumento não merece ser acolhido.

Ademais, a motivação à qual se refere a Concessionária encontra-se disposta no Voto que proferi nos autos do já mencionado regulatório nº. E-12/020.425/2011 e que originou a Deliberação AGENERSA nº. 958, de 20/12/2011 - integralmente mantida por ocasião da análise do Recuso interposto pela CEG, nos termos do Voto proferido pelo i. Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca, na Sessão Regulatória realizada em 29/02/2012, que por sua vez originou a Deliberação AGENERSA nº. 1.008 -, cujas peças são de pleno conhecimento da Concessionária, tendo esta Agência, conforme anteriormente afirmado, lhe garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Desta forma, não é razoável pretender que o inteiro teor da fundamentação para a aplicação da penalidade imposta fosse transcrito no atacado Auto de Infração⁸, instrumento que apenas materializa a penalidade imputada em processo específico, do qual a CEG participou, o que demonstra, mais uma vez, que, buscando a anulação do referido Auto, a Concessionária utiliza-se de argumentos frágeis e desprovidos de qualquer fundamento jurídico, o que me leva a refutar tal alegação.

Concluindo o tema, pode-se afirmar que o vergastado Auto de Infração é válido, na medida em que todas as formalidades reclamadas para instrumentos de tal natureza foram cumpridas, bem assim que o exercício dos Princípios Constitucionais do Contraditório e Ampla Defesa foram corretamente observados por esta AGENERSA.

O próximo ponto atacado pela Concessionária se traduz na afirmação de que, "quando da aplicação da penalidade objeto do auto de infração ora impugnado, não houve regulação ou fiscalização prévias sobre as práticas realizadas por esta concessionária", o que desrespeitaria a necessidade de regulação prévia antes de se penalizar. Alega, ainda, que a Concessionária "(...) foi punida pelo suposto descumprimento às suas próprias Normas u

10.3 – Natureza da penalidade: Penalidade de multa, no valor de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento dos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 17, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados na ocorrência nº. 513.043.

⁷ Grifo como no original.

⁸ Pois como anteriormente afirmado, a fundamentação para a penalização é o Voto.

Técnicas, o que não tem força de lei, cabendo a Agência Reguladora aplicar a penalidade se houvesse descumprimento ao contrato de concessão, o que não houve".

Não há motivo para se concordar com esta assertiva, já que o procedimento adotado por esta Agência encontra-se devidamente regulamentado⁹, verificando-se resguardado o direito da Concessionária ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório - o que foi rigorosamente obedecido no processo nº. E-12/020.425/2011, tendo a Concessionária, naqueles autos, lançado defesa de seus interesses, restando a questão exaustivamente discutida.

Fica claro, portanto, que a CEG, novamente, tenta encontrar subterfúgios para reabrir a discussão administrativa, cujas fases de debate do mérito foram amplamente tratadas e examinadas em processo próprio – e necessariamente já se encerraram –, na tentativa de modificar o entendimento deste Conselho-Diretor, procedimento incompatível com o presente processo.

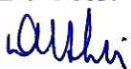
Mais uma vez lembramos à Impugnante que o procedimento em tela se presta, tão-somente, à cobrança da penalidade aplicada naqueles autos, sendo o Auto de Infração o meio para tal.

Exatamente por essa razão é que o referido Auto somente pode ser impugnado quanto à sua forma, posto que todas as questões de mérito, repise-se, já foram discutidas no processo anterior, não sendo razoável que, aqui, reabra-se sua análise, eis que já amplamente examinadas e respondidas, motivo pelo qual, no âmbito administrativo, encontra-se esgotada a discussão do mérito.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 039, de 16/04/2012, negando-lhe provimento.

É o Voto.



Darcília Leite

Conselheira-Relatora

⁹ Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007.

AGENERSA

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1148



DE 19 DE JUNHO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE
INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA -
PROCESSO REGULATÓRIO E-
12/020.425/2011.

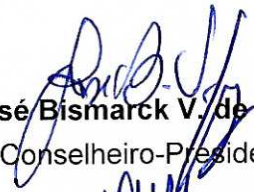
O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/020.636/2011, por unanimidade,

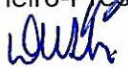
DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 039, de 16/04/2012, negando-lhe provimento.

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

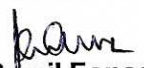
Rio de Janeiro, 19 de junho de 2012.


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 n.º E-12/020.636/2011

Data 23/12/2011

Folha: 78

Dólarica