

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1149

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1149

DE 19 DE JUNHO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO REGULATÓRIO E-04/079.339/2000.

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-12/020.014/2012, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº. 034, de 11/04/2012, 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-12/020.014/2012.
Data de autuação 02/01/2012.
Concessionária CEG.
Assunto Auto de Infração – Penalidade de MULTA – Processo
Regulatório – E-04/079.339/2000.
Sessão Regulatória 19/06/2012.

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.014/2012

Data 02/01/2012 Fls.: 76

Rúbrica: 

Relatório

Trata-se de Impugnação¹ protocolizada nesta AGENERSA em 02/05/2012, pela Concessionária CEG, em face do Auto de Infração nº 034/2012².

Inicialmente, a CEG aborda a tempestividade da apresentação da citada peça³; preliminarmente, argui a ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, iluminando o disposto na Cláusula Décima, § 2^o, 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”⁴; 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 034/2012 (...)”. 

¹ Fls. 62/66 - noticiada no despacho da SECEX de fls. 67, que encaminha o feito à Procuradoria da AGENERSA, para manifestação.

² Fls. 40 - emitido por esta Autarquia em 11/04/2012 e recebido pela CEG em 24/04/2012.

³ “(...) considerando-se que auto de infração em questão foi recebido (...) no dia 24/04/2012, o prazo para oferecimento de defesa iniciou-se em 25/04/2012 e terá o seu término em 02/05/2012.”

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 JUTURNAIBA - 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 n.º 034/2012, 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 em face desta Concessionária, 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 tela", que "(...) a motivação apenas faz referência ao processo E-04/079.339/2000, que, na realidade, não serve como justificativa, para demonstrar a validade do presente Auto de Infração⁶"; 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 (...)" e "(...) diante da inexistência de motivação do ato administrativo pela AGENERSA, requer esta Concessionária o acolhimento das presentes alegações, com a declaração da nulidade do auto de infração n.º 034/2012", conclui, confiando "(...) no recebimento da presente 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 tornadas 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. 68/71, consta o Parecer n.º 50/2012-IAPS-Procuradoria/AGENERSA⁷, 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 " (...) u

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

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"⁸; registrada "(...) a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007 (...)"; iluminado trecho do Voto por mim proferido nos autos do Processo nº. E-12/020.059/2007⁹; 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"¹⁰; 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 do serviço público inadequado"¹¹; destaca que "Quanto à alegação de cerceamento de defesa, também não merece prosperar, visto que a CEG 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"; ressalta que "(...) ao auto de infração foram anexados os relatório/voto/memória de cálculo, bem como a deliberação atacada"; 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".

u

⁸ "(...) 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".

⁹ "(...) 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' (...)".

¹⁰ 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".

¹¹ 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".

A seguir, o feito é remetido a este Gabinete¹² cuja Assessoria, através do Ofício AGENERSA/ASSESS/DL nº 044¹³, 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 01/06/2012, a CEG protocoliza nesta Agência a correspondência DIJUR-E-953/12¹⁴, pela qual reitera "(...) as respostas anteriormente encaminhadas à AGENERSA, bem como a Impugnação interposta em face ao Auto de Infração nº. 034/2012"; adicionalmente, faz ressalva "(...) no que tange à decisão proferida em sede de Agravo de Instrumento 2009.002.38828 que, em que pese não fazer menção expressa à decisão contida na Deliberação 191/2002, trata, exatamente do mesmo objeto: a impossibilidade de se impor obrigação à CEG, sem que haja previsão legal para tanto"; aponta que "No presente processo visa a AGENERSA impor a Concessionária a obrigatoriedade de realizar vistoria das instalações internas de todos os imóveis que não teriam sido vistoriados a época da conversão e no caso da ação coletiva proposta pelo Ministério Público, visava o citado órgão impor a CEG a obrigação de vistoria nas instalações internas"; entende que "(...) ambos os casos visam exatamente o mesmo: impor a CEG obrigação que não é prevista seja legal ou contratualmente"; salienta que "(...) foi essa a decisão da AGENERSA que deu azo a aplicação da penalidade cobrada no Auto de Infração nº. 034/2012"; cita que "(...) como muito bem exposto pela Procuradoria da AGENERSA, o Art. 15 da Lei nº 7.347/95 estabelece que a sentença tem efeito erga omnes (...)"; afirma que a "(...) decisão proferida no Agravo de Instrumento 2009.002.38828, impede que a AGENERSA cobre a penalidade objeto do Auto de Infração em comento, pelo que deve o mesmo ser anulado, além dos motivos já expostos pela Concessionária em sua impugnação" e requer "(...) o julgamento da Impugnação, com seu devido provimento, anulando-se o Auto de Infração em comento, bem como, pelos motivos expostos na presente correspondência".

É o Relatório.



Darcília Leite

Conselheira-Relatora

¹² Fls. 72 – mediante despacho da SECEX.

¹³ Fls. 73, recebido na Concessionária em 22/05/2012.

¹⁴ Fls. 74/75.

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12020-014/2012

Data 02/06/2012 Fls.: 49

Rúbrica: 

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.014/2012

Data 02/01/2012 Fm: 40

Rubrica: IV

2ª via

1 - AUTO DE INFRAÇÃO nº. 034/2012		2 - LOCAL, DATA E HORÁRIO: AGENERSA, RIO DE JANEIRO, 11/04/2012 10:37							
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 432, de 27 de agosto de 2009 integrada pela Deliberação AGENERSA nº 472, de 26 de novembro de 2009, e 915 de trinta de novembro de 2011, publicadas no Diário Oficial de 16/09/2009, 04/12/2009 e 13/12/2011.		9 - PROCESSO Processo Administrativo nº. E-12/020.014/2012 (autuado para acompanhamento de aplicação de penalidade) Processo Regulatório nº. E-04/079.339/2000							
10 - RELATO E ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO 10.1 - Relato da Conduta: Processo Regulatório nº. E-04/079.339/2000 - Devido ao descumprimento do disposto no art. 3º da Deliberação AGENERSA Nº 360, de 30 de abril de 2006, com base no art. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, de 04/09/2007. Descumprimento de recomendações e prazos estipulados pela AGENERSA. 10.2 - Enquadramento da(s) conduta(s) descrita(s) no item 10.1, tipificando o(s) fato(s) como infração(ões) às disposições: Cláusula Quarta, §1º, item 11 e Cláusula Décima, inciso IV do Contrato de Concessão e Art. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007. 10.2.1 - Descumprimento da(s) seguinte(s) Cláusula(s) do Contrato de Concessão: Cláusula Quarta, §1º, item 11 e Cláusula Décima, inciso IV e Cláusula Quarta, § 1º, item 11 do Contrato de Concessão. 10.3 - Natureza da penalidade: penalidade de multa, prevista na Cláusula Décima e Cláusula Quarta, § 1º, item 11 do Contrato de Concessão, no valor equivalente a 0,01% (um centésimo por cento) do montante do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração. 10.3.1 - Valor da(s) multa(s): <table border="1"> <tr> <td>Valor</td> <td>RS 242.347,94 (duzentos e quarenta e dois mil, trezentos e quarenta e sete reais e noventa e quatro centavos)</td> </tr> <tr> <td>Deflação</td> <td>RS 1.465,94 (um mil, quatrocentos e sessenta e cinco reais e noventa e quatro centavos)</td> </tr> <tr> <td>Total</td> <td>RS 240.882,00 (duzentos e quarenta mil, oitocentos e oitenta e dois reais)</td> </tr> </table> 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)				Valor	RS 242.347,94 (duzentos e quarenta e dois mil, trezentos e quarenta e sete reais e noventa e quatro centavos)	Deflação	RS 1.465,94 (um mil, quatrocentos e sessenta e cinco reais e noventa e quatro centavos)	Total	RS 240.882,00 (duzentos e quarenta mil, oitocentos e oitenta e dois reais)
Valor	RS 242.347,94 (duzentos e quarenta e dois mil, trezentos e quarenta e sete reais e noventa e quatro centavos)								
Deflação	RS 1.465,94 (um mil, quatrocentos e sessenta e cinco reais e noventa e quatro centavos)								
Total	RS 240.882,00 (duzentos e quarenta mil, oitocentos e oitenta e dois reais)								
11 - NOMES DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO Fábio Cortes do Nascimento Jorge Luiz Gomes Calfo Cintia Pitz P. Pinheiro		12 - Cargo Gerente de Câmara Gerente de Câmara Secretária Executiva							
13 - MATRÍCULA 154-5 210-5 237-8		14 - REPRESENTANTE DA CONCESSIONÁRIA Flávia da Silva Fernandes							
15 - CARGO Advogada		16 - RG 120840 OAB/RJ							
17 - ASSINATURA DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO AGENERSA, RIO DE JANEIRO Cintia Pitz P. Pinheiro Secretária Executiva Fábio Cortes do Nascimento Gerente de Câmara Jorge Luiz Gomes Calfo Gerente de Câmara Assinatura do Agente de Fiscalização		18 - ASSINATURA DO AUTUADO Data: 24/04/2012 Flávia da Silva Fernandes Declaro estar ciente do conteúdo do presente Auto de Infração Assinatura do Autuado OAB-RJ nº 120840							
19 - OBSERVAÇÕES Anexo: Relatório/voto/Memória de Cálculo; Deliberação AGENERSA nº 432, de 27 de agosto de 2009 integrada pela Deliberação AGENERSA nº 472, de 26 de novembro de 2009, e 915 de trinta de novembro de 2011, publicadas no Diário Oficial de 16/09/2009, 04/12/2009 e 13/12/2011.									

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.014/2012

Data: 02/01/2012 Fm: 80

Rubrica: 6

Processo nº. E-12/020.014/2012.
Data de Autuação 02/01/2012.
Concessionária CEG.
Assunto Auto de Infração - Penalidade de MULTA – Processo
Regulatório E-04/079.339/2000.
Sessão Regulatória 19/06/2012.

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.014/2012

Data 02/01/2012 Fls.: 81

Rúbrica: 

Voto

Trata-se de analisar a Impugnação apresentada tempestivamente¹ pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 034/2012², por meio do qual esta Agência realiza a cobrança da multa imposta pela Deliberação AGENERSA nº. 432, de 27/08/2009, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº. 472, de 26/11/2009 e nº 915, de 30/11/2011, todas editadas nos autos do processo regulatório E-04/079.339/2000.

Revela-se fundamental consignar que esta Autarquia garantiu à CEG, em todas as etapas do processo nº E-04/079.339/2000, 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.

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. 

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. 40.

³ Art. 23. Compete à Secretaria Executiva:

(...)

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).

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.

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

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. 64.

⁶ "10.1 – Relato da Conduta: Processo Regulatório E-04/079.339/2000 - Devido ao descumprimento do disposto no art. 3º da Deliberação AGENERSA nº 380, de 30 de abril de 2009, com base no art. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, de 04/09/2007. Descumprimento de recomendações e prazos estipulados pela AGENERSA.

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

Cláusula Quarta, § 1º, item 11 e Cláusula Décima, inciso IV do Contrato de Concessão e 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 Quarta, § 1º, item 11 e Cláusula Décima, inciso IV (...) do Contrato de Concessão.

10.3 – Natureza da penalidade: Penalidade de multa, prevista na Cláusula Décima e Cláusula Quarta, § 1º, item 1 do Contrato de Concessão, no valor equivalente a 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.

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.014/2012

Data: 02/01/2012 Fls.: 82

Rúbrica: f

indicar o "descumprimento do disposto no art. 3º da Deliberação AGENERSA nº 380, de 30 de abril de 2009"; apontando, no item 10.2.1 – Descumprimento da(s) seguinte(s) Cláusula(s) do Contrato de Concessão: "Cláusula Quarta, §1º, item 11 e Cláusula Décima, inciso IV (...) do Contrato de Concessão", 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-04/079.339/2000 e que originou a Deliberação AGENERSA nº. 432, de 27/08/2009 - integralmente mantida por ocasião da análise do Recurso interposto pela CEG, nos termos do Voto proferido pelo então Conselheiro Relator Sérgio Burrowes Raposo, na Sessão Regulatória realizada em 30/11/2011, que por sua vez originou a Deliberação AGENERSA nº. 915 -, 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 Infração⁷, 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.

Em sede de Razões Finais, a Concessionária apresenta ressalva "(...) no que tange à decisão proferida em sede de Agravo de Instrumento 2009.002.38828 que, em que pese não fazer menção expressa à decisão contida na Deliberação 191/2002, trata, exatamente do mesmo objeto: a impossibilidade de se impor obrigação à CEG, sem que haja previsão legal para tanto".

Prossegue, apontando que "No presente processo visa a AGENERSA impor a Concessionária a obrigatoriedade de realizar vistoria das instalações internas de todos os imóveis que não teriam sido vistoriados a época da conversão e no caso da ação coletiva u

⁷ Pois como anteriormente afirmado, a fundamentação para a penalização é o Voto.

proposta pelo Ministério Público, visava o citado órgão impor a CEG a obrigação de vistoria nas instalações internas" e que "(...) ambos os casos visam exatamente o mesmo: impor a CEG obrigação que não é prevista seja legal ou contratualmente";

Ocorre que tal questão já foi devidamente apreciada pela Procuradoria desta AGENERSA antes mesmo da lavratura do Auto de Infração ora impugnado, tendo o Procurador-Geral, em pronunciamento às fls. 37, ressaltado seu parecer anterior, para afirmar que "(...) ainda que similares, os objetos não são idênticos (...)" e ressaltar que "(...) o fato de que as razões de decidir (fundamentação) não fazem coisa julgada e sim o dispositivo da sentença (...)" em razão do que entendeu "(...) cabível o prosseguimento do feito, com a cobrança da penalidade", aduzindo que "(...) a decisão proferida no Agravo de Instrumento ora anexado rejeita a legalidade ou previsão contratual de qualquer vistoria, como obrigação da concessionária, podendo tal decisão servir como fundamento para eventual exercício de auto tutela pelo CODIR (...)".

Para melhor elucidar a questão, convém rememorar que a penalidade "prevista na Cláusula Décima do Contrato de Concessão", cuja cobrança se materializa mediante o Auto de Infração ora atacado foi aplicada à CEG "com base no art. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007" em razão do "descumprimento do disposto no art. 3º da Deliberação AGENERSA nº 380, de 30 de abril de 2009" que, por sua vez, determinou à CEG "no prazo de 20 (vinte) dias, o encaminhamento a esta Agência Reguladora da relação dos imóveis residenciais não vistoriados na ocasião da conversão de gás manufaturado para gás natural ou após o citado procedimento, bem assim um cronograma de vistoria nos aludidos endereços, na forma do art. 1º da Deliberação ASEP-RJ/CD nº 191, de 31/01/2002, (...), anexando, ainda, orçamento dos custos para a realização da citada vistoria".

Assim, em que pese a manifestação do i. Procurador, não se verifica qualquer fundamento a ensejar que este Colegiado reveja seu ato, eis que a penalidade foi aplicada de acordo com o disposto nas normas que regem a concessão, por descumprimento de um comando legalmente emitido por este Conselho-Diretor, voltado à observância de um dos principais requisitos da prestação do serviço adequado, qual seja, o da segurança, e que contemplou não só a elaboração de um cronograma para a realização das vistorias, mas também do orçamento dos custos de tal procedimento, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Ademais, observa-se nos autos do processo regulatório E-04/079.339/2000 que a Concessionária protocolizou nesta AGENERSA, em 22/12/2009, u

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.014/2012

Data 02/01/2012 Fls.: 84

Rúbrica: +

as correspondências DIJUR E-440/09 e 586/09⁹, "em cumprimento à determinação fixada do art. 3º da Deliberação AGENERSA/CD nº 432/2009, o que leva à conclusão de que lhe era perfeitamente possível atender tempestivamente à determinação deste Ente Regulador.

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 034, de 11/04/2012, negando-lhe provimento.

É o Voto.



Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

⁹ Fls. 633/635 e 636 e 638, respectivamente.

AGENERSA

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1349



DE 19 DE JUNHO DE 2012.

**CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO -
PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO REGULATÓRIO E-
04/079.339/2000.**

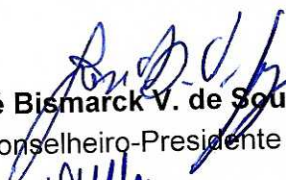
**O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E
SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA**, no uso de
suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório
nº. E-12/020.014/2012, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto
de Infração nº 034, de 11/04/2012, negando-lhe provimento.

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

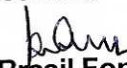
Rio de Janeiro, 19 de junho de 2012.


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-12/020.014/2012

Data 02/01/2012 Fls.: 86

Rúbrica: 