

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1179

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1179

DE 26 DE JULHO DE 2012.

Concessionária CEG - PENALIDADE DE MULTA APLICADA POR DELIBERAÇÃO - COBRANÇA -
PROCESSO 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-33/100.0234/2004, por
unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de
Infração nº. 053, de 10/05/2012, negando-lhe provimento.

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

Rio de Janeiro, 26 de julho 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-33/100.0234/2004
Data de autuação 28/05/2004
Concessionária CEG
Assunto Penalidade de multa aplicada por Deliberação - Cobrança -
Processo E-04/079.339/2000.
Sessão Regulatória 26/07/2012

Serviço Público Estadual

Processo nº E-33/100.0234/2004

Data 28/05/2004 Fls.: 209

Rúbrica: f

Relatório

Trata-se de Impugnação¹ protocolizada nesta AGENERSA em 25/05/2012, pela Concessionária CEG, em face do Auto de Infração nº 053/2012¹².

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"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 nesse 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 prevêem 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 053/2012 (...)".

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 nº 001/2007, (...), estabeleceu os

¹ Fls. 192/198 - noticiada no despacho da SECEX de fls. 199, que encaminha o feito à Procuradoria da AGENERSA, para manifestação.

² Fls. 172 - emitido por esta Autarquia em 10/05/2012 e recebido pela CEG em 18/05/2012.

³ "(...) considerando-se que auto de infração em questão foi recebido (...) no dia 18/05/2012 (sexta-feira), o prazo para oferecimento de defesa iniciou-se em 21/05/2012 (segunda-feira) e terá o seu término em 25/05/2012 (sexta-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 JUTURNAIBA - há expressa previsão contratual, no sentido de que as penalidades serão aplicadas mediante a lavratura do competente auto de infração".

requisitos para a lavratura do auto de infração (...)", de cuja análise constata "(...) que o auto de infração nº. 053/2012, 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 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 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 a sua lavratura, tomando sem efeito a aludida autuação (...)" (grifos no original).

Às fls. 199-A⁹/203, a Procuradoria apresenta Parecer¹⁰, no qual destaca 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

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"; 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".

⁹ Consta, às fls. 208, certificação informando a respeito da renumeração de folhas autuadas em duplicidade.

¹⁰ De lavra do Assistente Igor Alves Pegado da Silva, com o "de acordo" do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

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"; assinala 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"¹¹; registra "(...) a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007 (...)"; ilumina trecho do Voto por mim proferido nos autos do Processo nº E-12/020.059/2007¹² e observa 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, depreende, "Da análise do citado instrumento, (...) que o mesmo contempla todos os elementos considerados inexistentes pela Concessionária"¹³; 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"¹⁴; ressalta 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" e que "(...) ao auto de infração foram anexados os relatório/voto/memória de cálculo"; defende que "(...) não merece prosperar a tese de ausência de regulação prévia, (...)"; lembra que "(...) uma das principais funções desta autarquia é 'zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão e permissão dos serviços relativos à esfera de suas atribuições'; ressalta que "(...) a concessionária tem ciência das suas atribuições pois estão sacramentadas no Contrato de Concessão, não merecendo prosperar, (...) o argumento que esta deve fiscalizada e só posteriormente penalizada"; que "(...) amparada está a atuação desta AGENERSA no exercício precípua de sua competência regulatória disciplinada pela Lei estadual nº. 4.556/2005" e conclui que "(...) o Auto de Infração atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido e, conseqüentemente improvida a impugnação apresentada pela Concessionária CEG".

¹¹ "(...) 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".

¹² "(...) 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 (...)".

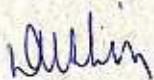
¹³ Verifica que "(...) o item 10 é formado por vários subitens e esses últimos contemplam tais elementos, conforme se verifica do subitem 10.2 que apresenta o artigo da Deliberação que determinou a aplicação da penalidade pecuniária"; que "(...) o subitem 10.2.1 apresenta a tipificação da penalidade 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) (...)".

¹⁴ 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 primordial de formação do ato administrativo".

A seguir, o feito é remetido a este Gabinete¹⁵, cuja Assessoria, através do Ofício AGENERSA/ASSESS/DL nº 059, de 11/06/2012¹⁶, 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 25/06/2012, a CEG protocoliza nesta Agência a correspondência DIJUR-E-1139/12¹⁷, pela qual "(...) reitera todo o anteriormente aduzido no curso do presente processo, bem como pugna pela anulação da penalidade aplicada mediante o auto de infração nº. 053/2012, haja vista a suscitada improcedência do mesmo"; repisa "(...) seu entendimento no sentido de que não pode a AGENERSA aplicar penalidades a CEG com base nas normas técnicas elaboradas pela própria Concessionária, sendo estas normas decorrentes de absoluta ausência de regulação deste ente regulador" e requer que "(...) sejam tomadas insubsistentes as alegações descritas no auto de infração 053/2012, julgando-se nulo o mesmo, eis que ausentes os elementos motivadores que justificam sua lavratura, em arrepio ao princípio da motivação dos atos administrativos, tornando sem efeito a aludida autuação".

É o Relatório.



Darcília Leite
Conselheira-Relatora

¹⁵ Fls. 204 – mediante despacho da SECEX.

¹⁶ Cópia às fls. 205, recebido pela CEG na mesma data.

¹⁷ Fls. 206/207.

2ª via

1 - AUTO DE INFRAÇÃO nº 050/2012		2 - LOCAL, DATA E HORÁRIO AGENERSA, RIO DE JANEIRO, 10/05/2012 14:13							
3 - CONCESSIONÁRIA AUTUADA COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GAS DO RIO DE JANEIRO - CEG		4 - CNPJ 33.028.119/0001-69							
5 - ENDEREÇO Av. Pedro II, nº 88	6 - BAIRRO São Cristóvão	7 - MUNICÍPIO/UF Rio de Janeiro/RJ							
8 - Nº DA DELIBERAÇÃO / DATA DE PUBLICAÇÃO Deliberação ASEP-RJ/CD nº 190/2002, publicada no Diário Oficial de 08/02/2002, integrada pela Deliberação ASEP-RJ/CD nº 222/2002, publicada no DOERJ de 14/06/2002		9 - PROCESSO Processo Administrativo nº E-33/100.234/2004 (instaurado para acompanhamento de aplicação de penalidade) Processo Regulatório nº E-04/079.T00/2000							
10 - RELATO E ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO 10.1 - Relato da Conduta: Processo Regulatório nº E-04/079.335/2000 - Incidente ocorrido no apartamento nº 402, localizado na Rua Maria Assis, nº 67, na Tijuca, Rio de Janeiro/RJ, no dia 31 de Maio de 2000, quando duas pessoas moravam por conta da instalação por morador de carbono. Descumprimento às normas legais, regulamentares e contratuais dos serviços concedidos no tocante à segurança. 10.2 - Enquadramento da(s) conduta(s) descrita(s) no item 10.1, tipificando(n)s tal(s) como infração(ões) às disposições: Art. 6º, §1º da Lei 8.987/96 e nas cláusulas primeira, 3ª, cláusula quarta e cláusula dez, caput e inciso IV todas do contrato de concessão. 10.2.1 - Descumprimento da(s) seguinte(s) cláusula(s) do Contrato de Concessão: Cláusulas Quarta, Cláusula Décima, caput e inciso IV do Contrato de Concessão. 10.3 - Natureza da penalidade: penalidade de multa, no montante de 0,1% (um décimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base nos art. 6º, §1º da Lei 8.987/96 e nas Cláusulas Primeira, 3ª, Quarta, caput e IV, Décima, caput e IV, todas do contrato de concessão. 10.3.1 - Valor da(s) multa(s): <table border="1"> <tr> <td>Valor</td> <td>R\$ 288.005,25</td> </tr> <tr> <td>Atualização Monetária</td> <td>R\$ 55.986,88</td> </tr> <tr> <td>Total</td> <td>R\$ 343.992,13 (trezentos e quarenta e três mil, novecentos e noventa e dois reais e treze centavos).</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 38.616/05 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 6888-5 e conta corrente 173-B 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. 38.616/2005 - Seção II, Artigo 4º, inciso II).				Valor	R\$ 288.005,25	Atualização Monetária	R\$ 55.986,88	Total	R\$ 343.992,13 (trezentos e quarenta e três mil, novecentos e noventa e dois reais e treze centavos).
Valor	R\$ 288.005,25								
Atualização Monetária	R\$ 55.986,88								
Total	R\$ 343.992,13 (trezentos e quarenta e três mil, novecentos e noventa e dois reais e treze centavos).								
11 - NOME DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO Cintia Pitz P. Pinheiro Fábio Cortes do Nascimento Jorge Luiz Gomes Callo		12 - Cargo Secretaria Executiva Gerente de Câmara Gerente de Câmara							
14 - REPRESENTANTE DA CONCESSIONÁRIA <i>Vinicius Pascoal da Rocha</i>		15 - CARGO <i>Advogado II</i>							
17 - ASSINATURA DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO AGENERSA, RIO DE JANEIRO <i>Cintia Pitz P. Pinheiro</i> Secretária Executiva <i>Fábio Cortes do Nascimento</i> Gerente de Câmara <i>Jorge Luiz Gomes Callo</i> Gerente de Câmara		18 - ASSINATURA DO AUTUADO Data: <i>10/05/12</i> Declaro estar ciente do conteúdo do presente Auto de Infração <i>Vinicius Pascoal da Rocha</i> Assinatura do Autuado <i>Vinicius Pascoal da Rocha</i>							
19 - OBSERVAÇÕES Anexo: Relatório/Memória de Cálculo; Deliberação ASEP-RJ/CD nº 190/2002, publicada no Diário Oficial de 08/02/2002, integrada pela Deliberação ASEP-RJ/CD nº 222/2002, publicada no DOERJ de 14/06/2002. Memória de Cálculo.									

Vinicius Pascoal da Rocha
Advogado
OAB nº 148210/RJ

Serviço Público Estadual

Processo nº E-33/100.0234/2004

Data 28/05/2004 Fb.: 213

Rúbrica:

Processo nº. E-33/100.0234/2004
Data de Autuação 28/05/2004
Concessionária CEG
Assunto Penalidade de multa aplicada por Deliberação - Cobrança -
Processo E-04/079.339/2000.
Sessão Regulatória 26/07/2012

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-33/100.0234/2004

Data 28/05/2004 Fls.: 214

Rúbrica: t

Voto

Trata-se de analisar a Impugnação apresentada tempestivamente¹ pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 053/2012², por meio do qual esta Agência realiza a cobrança da multa imposta pela Deliberação ASEP/CD nº. 190, de 31/02/2002, integrada pela Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 222, de 23/05/2002, editadas nos autos do processo regulatório E-04/079.339/2000, em decorrência do acidente ocorrido no dia 31/05/2000, na Rua Maria Amália, nº. 67, Tijuca, Rio de Janeiro/RJ.

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. u

¹ O Auto de Infração foi recebido por representante da Concessionária em 18/05/2012; 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 25/05/2012.

² Fls. 172.

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.

Rúbrica: f

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"⁵ 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".

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.

Diferentemente do que argumenta a Impugnante, da simples leitura do documento ora atacado, verifica-se que o Campo 10.1 – Relato da Conduta – aponta: u

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 Grifos como no original.

⁶ "10.1 – Relato da Conduta: Processo regulatório nº. E-04/079.339/2000 - Incidente ocorrido no apartamento nº. 402, localizado na Rua Maria Amália, nº. 67, na Tijuca, Rio de Janeiro/RJ, no dia 31 de Maio de 2000, quando duas pessoas morreram por conta de intoxicação por monóxido de carbono. Descumprimento às normas legais, regulamentares e contratuais dos serviços concedidos no tocante à segurança.

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

Art. 6º, § 1º da Lei 8.987/95 e nas cláusulas primeira, § 3º, cláusula quarta e cláusula dez, caput e inciso IV todas do contrato de concessão.

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

Cláusula Quarta, Cláusula Décima, caput e inciso IV do Contrato de Concessão.

10.3 - Natureza da penalidade: penalidade de multa, no montante de 0,1% (um décimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base nos art. 6º, § 1º da Lei 8.987/95 e nas Cláusulas Primeira, § 3º, Quarta, caput e IV e Décima, caput e IV, todas do contrato de concessão".

"Processo Regulatório nº. E-04/079.339/2000 - Incidente ocorrido no apartamento nº. 402, localizado na Rua Maria Amália, nº. 67, na Tijuca, Rio de Janeiro/RJ, no dia 31 de Maio de 2000, quando duas pessoas morreram por conta de intoxicação por monóxido de carbono. Descumprimento às normas legais, regulamentares e contratuais dos serviços concedidos no tocante à segurança"; indicando, no item 10.2.1 – Descumprimento da(s) seguinte(s) Cláusula(s) do Contrato de Concessão: "Cláusula Quarta, Cláusula Décima, caput e 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 proferido pelo então Conselheiro Adalberto Ribeiro da Silva Neto nos autos do já mencionado regulatório nº. E-04/079.339/2000 e que originou a Deliberação ASEP/CD nº. 190, de 31/02/2002, integrada pela Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 222, de 23/05/2002, objeto ainda de Recurso, ao qual foi negado provimento⁷, cujas peças são de pleno conhecimento da Concessionária, tendo o Ente Regulador, conforme anteriormente afirmado, garantido à mesma 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 se utiliza 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 pelo Órgão Regulador.

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 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". u

⁷ Pela Deliberação ASEP-RJ/CD nº 297 de 02/12/2002, foi negado provimento ao Recurso interposto pela CEG e, pela Deliberação ASEP-RJ/CD nº 313, de 10/10/2003, foi negado provimento aos embargos interpostos pela CEG em face da deliberação antes citada.

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

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.

De fato, é inafastável a necessidade do devido processo legal para a caracterização de uma irregularidade e aplicação da correspondente penalidade, o que foi obedecido no processo n.º. E-04/079.339/2000, 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.

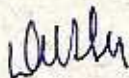
Mais uma vez lembramos à Impugnante que o procedimento em tela se presta, tão-somente, à cobrança da penalidade aplicada naqueles autos, sendo o Auto de Infração o meio para tal.

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 n.º 053, de 10/05/2012, negando-lhe provimento.

É o Voto.



Darcilia Leite
Conselheira-Relatora

⁹ Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 01/2007.

**CONCESSIONÁRIA CEG - PENALIDADE DE
MULTA APLICADA POR DELIBERAÇÃO -
COBRANÇA - PROCESSO E-04/079.339/2000.**

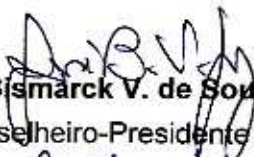
O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-33/100.0234/2004, por unanimidade,

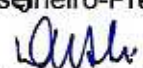
DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 053, de 10/05/2012, negando-lhe provimento.

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

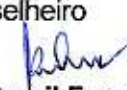
Rio de Janeiro, 26 de julho de 2012.


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-33/100.0234/2004

Data 28/05/2004 Fls.: 218

Rúbrica: +