

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1180

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1180

DE 26 DE JULHO DE 2012.

Concessionária CEG - AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA -
PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.286/2010.

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-12/020.397-A/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer da impugnação apresentada pela Concessionária CEG em
face do Auto de Infração nº. 026/2012 e negar-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

Luigi Eduardo Troisi

Conselheiro - Relator

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro

Processo nº : E-12/020.397A/2010

Data de autuação: 13/10/2010

Concessionária: CEG

Assunto: Auto de infração - Penalidade de Multa - Processo
Regulatório E-12/020.286/2010

Sessão Regulatória: 26 de julho de 2012

RELATÓRIO

Trata-se de impugnação em face do Auto de infração nº 026/2012 protocolizada pela Concessionária CEG em 28 de março de 2012.

Primeiramente, a Concessionária aborda a tempestividade da apresentação da peça citada anteriormente uma vez que o auto de infração foi recebido no dia 26 de março de 2012, tendo o prazo se iniciado em 27 de março de 2012 e findado em 02 de abril de 2012.

Em preliminar, aponta a ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, mencionando o §2º da Cláusula décima que estabelece:

"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."

Ressalta que a aplicação de penalidades em face da Concessionária somente seria possível por meio de processo administrativo regularmente instaurado no âmbito da agência Reguladora e que a utilização de auto de infração não encontra amparo no contrato celebrado com o poder concedente, sendo manifestamente indevido.

Acrescenta que, se o Poder Concedente tivesse a intenção de que as penalidades fossem aplicadas através da lavratura de auto de infração, haveria disposição expressa neste sentido no Contrato de Concessão e considera que, ainda que haja tal previsão no Decreto 38.618 de 08 de dezembro de 2005 que o legislador referiu-se às Concessionárias cujos marcos regulatórios prevêm tal situação. Ao final, requereu o acolhimento desta preliminar para declarar nulo o auto lavrado.

No tocante ao mérito, alega que o auto de infração objeto do presente deverá ser considerado nulo em decorrência do descumprimento de formalidades legais exigidas para sua lavratura estabelecidos na Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007.

Frisa que, no campo 10 do auto ora impugnado, não consta a motivação que ensejou a aplicação da multa de forma pomenorizada o que dificulta o direito à ampla defesa da concessionária, pois não basta citar, mas sim apresentar uma razão extraída dos autos. Compara a hipótese aos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário que devem ser motivados em razão do disposto no art. 93, IX da Constituição Federal e no art. 165 do Código de Processo Civil, bem como as decisões administrativas do tribunais conforme dispõe o art. 93, X da Constituição Federal.

Menciona, ainda, que é vedado à Administração Pública confeccionar um auto de infração sem um rigoroso cumprimento dos requisitos cabíveis já que se trata de um documento solene e que a falta de informações e formalidade acaba por cercear o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa descritos no art. 5º, LV da Carta Magna, requerendo a declaração da nulidade do auto de infração nº 026/2012.

Aborda, também, a exigência de regulação prévia à imposição de eventual penalização. Esclarece que para que uma Agência reguladora possa penalizar deve, antes, regular e fiscalizar e que, no caso em tela, não houve regulação ou fiscalização prévias sobre as atividades da Concessionária.

Ressalta que a Concessionária foi punida por descumprimento às suas próprias normas técnicas, que não têm força de lei, e que a penalidade somente deveria ser aplicada se houvesse descumprimento ao contrato de concessão. Além do fato de não ter fundamento já que não havia nenhum procedimento prévio imposto, nem pela Agência, nem pelo marco regulatório visando estabelecer critérios para a aplicação de penalidades.

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 setorial."*

Conclui, requerendo a revogação da penalidade aplicada pela Deliberação AGEENRSA nº 666/2010 e, conseqüentemente, julgar improcedente o Auto de Infração nº 026/2011.

Parecer da Procuradoria, às fls. 55/59, onde atestou-se a tempestividade da impugnação. Destacou a competência desta AGENERSA de zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessões ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições. Ressaltou que, *"embora não exista cláusula contratual que preveja a lavratura de auto de infração, a esta AGENERSA compete notificar a Concessionária da penalidade aplicada pelo Conselho Diretor, dever consolidado nas*

normas que regem a teoria geral do processo que se aplica subsidiariamente ao Processo administrativo. Tal comunicação se dá através dos instrumentos: Auto de Infração e/ou notificação."

Salienta que a notificação e o auto de infração têm a mesma natureza jurídica por terem como finalidade a apuração da responsabilidade da Concessionária, ocasionando a aplicação de penalidade caso seja verificada alguma irregularidade. Registrou a existência da Instrução Normativa nº 001/2007 que dispõe sobre os procedimentos desta Agência nas ações de fiscalização das obrigações legais e contratuais das Concessionárias CEG e CEG RIO e na aplicação de sanções, quando for o caso, e que ainda que não houvesse este regulamento, não seria razoável considerar que esta Agência não dispusesse de meios para efetivar a aplicação das penalidades previstas no Contrato de Concessão, entendimento este firmado pela Ilma. Conselheira Darcília Leite nos autos do processo nº E-12/020.059/2007. E que assim, as alegações trazidas pela Concessionária carecem de embasamento legal.

No que se refere ao descumprimento de formalidades legais, alega que o citado instrumento contempla todos os elementos considerados inexistentes pela Concessionária e que, em atenção ao princípio processual da instrumentalidade das formas, não merecem prosperar as alegações trazidas pela mesma uma vez que se verifica que o citado instrumento cumpriu sua finalidade, qual seja, notificar a concessionária quanto à aplicação da penalidade decorrente do apurado grau de responsabilidade quando da prestação do serviço público inadequado. Menciona, quanto à alegação do cerceamento de defesa que tal não merece prosperar já que a CEG teve amplo acesso aos autos, participando das etapas processuais e interpondo recursos, sendo observadas todas as garantias constitucionais e que, ao auto de infração, foram anexados relatórios, votos e memórias de cálculos.

Quanto à exigência de regulação prévia antes de se impor eventual penalidade, entende a Procuradoria 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 e sua competência encontra-se disciplinada pela Lei Estadual nº 4556/2005.

Concluiu que os argumentos trazidos pela concessionária não merecem prosperar, devendo o auto de infração ser mantido e improvida a impugnação apresentada.

Na reunião interna realizada em 21 de maio de 2012, os autos foram redistribuídos a minha relatoria, tendo em vista o término do mandato do Conselheiro Sérgio Raposo.

Concedido prazo para oferecimento de considerações finais pela concessionária e cópia dos autos conforme solicitado.

Em suas razões finais, apresentadas intempestivamente, reiterou suas respostas anteriores, bem como a impugnação.

É o relatório.


Luigi Troisi
Conselheiro-Relator

2ª via

1 - AUTO DE INFRAÇÃO nº. 016/2012		2 - LOCAL, DATA E HORÁRIO: AGENERSA, RIO DE JANEIRO, 15/03/2012 15:29									
3 - CONCESSIONÁRIA AUTUADA COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO - CEG		4 - CNPJ 33.938.113/0001-69									
5 - ENDEREÇO Av. Pedro II, nº. 68	6 - BAIRRO São Cristóvão	7 - MUNICÍPIO/UF Rio de Janeiro/RJ									
8 - NR. DA DELIBERAÇÃO / DATA DE PUBLICAÇÃO Deliberação AGENERSA nº 731, de 29/03/2011, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 789, de 28/06/2011 e nº 894, de 31/10/2011, publicadas no Diário Oficial de 07/04/2011, 06/07/2011 e 16/11/2011.		9 - PROCESSO Processo Administrativo nº. E-12/020.161/2011 (autuado para acompanhamento de aplicação de penalidade) Processo Regulatório nº. E-12/020.447/2010									
10 - RELATO E ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO 10.1 - Relato da Conduta: Processo Regulatório nº. E-12/020.447/2010 - Ocorrência na Ouidor da AGENERSA nº 517304. Fornecimento de gás - prazo de instalação - serviços aos usuários. Inobservância as regras contratuais. Descumprimento de determinação desta Agência Reguladora 10.2 - Enquadramento da(s) conduta(s) descrita(s) no item 10.1, aplicando o(s) fato(s) como infração(ões) às disposições: Cláusula Primeira, §3º e Quarto, §2º - anexo II, parte 2, item 13, alínea "A" do Contrato de Concessão, combinado com o art. 17, I e 16, I da Instrução Normativa CD nº 001/2007. 10.2.1 - Descumprimento da(s) seguinte(s) Cláusula(s) do Contrato de Concessão: Cláusula Primeira, §3º; Quarto, §1º do contrato de concessão. 10.3 - Natureza da penalidade: Penalidade de multa, no montante de 0,003% (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 combinado com o art. 16, I e Art. 17, I da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, devido ao descumprimento do disposto no anexo II, parte 2, item 13, alínea "A". 10.3.1 - Valor da(s) multa(s): <table border="1"> <tr> <td>Valor</td> <td>R\$ 24.040,08 (vinte e quatro mil, quarenta reais e oito centavos)</td> </tr> <tr> <td>Juros Moratórios</td> <td>R\$ 0,00</td> </tr> <tr> <td>Atualização Monetária</td> <td>R\$ 1.230,43 (um mil, duzentos e dez reais e quarenta e três centavos)</td> </tr> <tr> <td>Total</td> <td>R\$ 25.270,51 (vinte e cinco mil, duzentos e cinquenta reais e cinquenta e um 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. 38.618/05 alterado pelo Decreto nº. 40431/06 - art. 23, inciso XX - parágrafo único; 2- Regulamento Interno - art. 21, inciso XX; 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 170-9 em nome ERI - 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	R\$ 24.040,08 (vinte e quatro mil, quarenta reais e oito centavos)	Juros Moratórios	R\$ 0,00	Atualização Monetária	R\$ 1.230,43 (um mil, duzentos e dez reais e quarenta e três centavos)	Total	R\$ 25.270,51 (vinte e cinco mil, duzentos e cinquenta reais e cinquenta e um centavos)
Valor	R\$ 24.040,08 (vinte e quatro mil, quarenta reais e oito centavos)										
Juros Moratórios	R\$ 0,00										
Atualização Monetária	R\$ 1.230,43 (um mil, duzentos e dez reais e quarenta e três centavos)										
Total	R\$ 25.270,51 (vinte e cinco mil, duzentos e cinquenta reais e cinquenta e um centavos)										
11 - NOMES DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO Cinthia Pitz P. Pimenta Fábio Cortes do Nascimento Jorge Luiz Gomes Calfo		12 - Cargo Secretária-Executiva Gerente de Câmara Gerente de Câmara	13 - MATRÍCULA 217-8 154-5 210-5								
14 - REPRESENTANTE DA CONCESSIONÁRIA <i>Alessandro Monteiro de Moraes</i>		15 - CARGO Advogado									
17 - ASSINATURA DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO <i>[assinatura]</i> Assinatura do Agente de Fiscalização		18 - ASSINATURA DO AUTUADO 04/03/2012 <i>[assinatura]</i> Assinatura do Autuado									
19 - OBSERVAÇÕES Anexo: Relatório/Nota/ Deliberação AGENERSA nº 731, de 29/03/2011, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 789, de 28/06/2011 e nº 894, de 31/10/2011, publicadas no Diário Oficial de 07/04/2011, 06/07/2011 e 16/11/2011, Memória de Cálculo. <i>[assinatura]</i> OAB nº 124279/RJ											

00000000 9541 2102/24/10 4205 150881



Avenida Treze de Maio, 23 - 23º andar - Centro - Rio de Janeiro / RJ - CEP: 20031-902 - Tel.: 21-2332-4469 - Fax: 21-2332-6498
www.agenersa.rj.gov.br - secex@agenersa.rj.gov.br

Processo nº : E-12/020.397A/2010

Data de autuação: 13/10/2010

Concessionária: CEG

Assunto: Auto de infração - Penalidade de multa - Processo
Regulatório E-12/020.286/2010

Sessão Regulatória: 26 de julho de 2012

VOTO

Trata-se da análise de impugnação apresentada pela Concessionária CEG em razão do Auto de Infração nº 026/2012, através do qual é cobrada a multa determinada na Deliberação AGENERSA nº 628, de 30 de setembro de 2010, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 652, de 30 de novembro de 2010, e nº 727, de 29 de março de 2011.

A peça aqui analisada é tempestiva, tendo em vista ter sido protocolizada, nesta agência, em 28 de março de 2012 e o recebimento do Auto de infração, devidamente instruído, pela concessionária se deu em 26 de março de 2012.

Ressalte-se que, o contraditório e a ampla defesa foram corretamente observados quando da instrução do processo regulatório E-12/020.286/2010, não cabendo, na presente fase, apreciação de questões referentes ao mérito em razão do esgotamento das instâncias administrativas.

Preliminarmente, a Concessionária sustenta a impossibilidade de lavratura de auto de infração decorrente da ausência de previsão no contrato de concessão.

Este argumento não prospera uma vez que esta agência tem, por força de disposição legal, a competência de zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições.¹ Assim, é competente para instaurar processo administrativo, a fim de que seja apurada a infração com a aplicação da penalidade cabível, se for o caso.

O Auto de Infração é o ato administrativo de aplicação de penalidades, dentre diversas razões, pelo descumprimento de deveres. Sua finalidade é a de comunicar ao infrator acerca da sanção se verificada alguma irregularidade.

O Decreto 38.618/2005 que regula a estrutura administrativa desta agência prevê a expedição do auto de infração:

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.

¹ art. 4º, I da Lei Estadual nº 4556/05



Vale ressaltar também a existência da Instrução normativa AGENERSA nº 001/2007 que dispõe acerca dos procedimentos a serem adotados pela AGENERSA nas ações de fiscalização das obrigações legais e contratuais das concessionárias CEG e CEG RIO na aplicação de penalidades quando for o caso. Seu art. 8º dispõe que:

"Art.8º. Se da apreciação do mérito, o Conselho Diretor da AGENERSA decidir, nos autos do processo regulatório instaurado na forma do art. 7º que a Concessionária efetivamente incorreu em infração, nos termos da lei e/ou dos Contratos de Concessão, determinará à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica, a aplicação da pena cominada, por meio de lavratura de "Auto de infração (AI)", com base no modelo incluído no anexo III."

Embora não esteja previsto expressamente no Contrato de Concessão, cabe ao ente Regulador adotar o procedimento que julgar conveniente. E não é razoável imaginar que a Agência Reguladora não disponha de instrumentos hábeis a efetivar a aplicação das sanções previstas no marco regulatório.²

Logo, não prosperam as alegações trazidas aos autos pela Concessionária.

No mérito, requereu seja considerado nulo o auto de infração pois *"o Ilustre Gerente da Câmara de Energia e a Secretária Executiva desta AGENERSA não cumpriram com as formalidades legais exigidas para a lavratura do auto de infração."* Mencionou que a Instrução normativa 001/2007 estabeleceu requisitos necessários e imprescindíveis que não foram observados para que se possa considerar o auto como válido.

Frisou, ainda, que *"no campo 10 do auto de infração ora impugnado, não consta de forma pormenorizada a motivação que ensejou a aplicação de penalidade de multa (...), o que, indubitavelmente, dificulta o amplo direito de defesa (...)."*

Ocorre que o instrumento, objeto do presente, encontra-se preenchido corretamente, não tendo fundamento a alegação da Concessionária uma vez que no auto impugnado consta a razão extraída dos autos que fundamenta a aplicação da sanção.

Em caso semelhante, manifestou-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

"2. A agência reguladora tem competência para aplicação de penalidades referentes à violação aos seus regulamentos, eis que vela pelo cumprimento do contrato de concessão, não havendo duplicidade de penalidades. 3. Verifica-se a regularidade da decisão que cominou a multa ao apelante, uma vez que esta foi proferida no âmbito de procedimento administrativo regular, respeitadas as garantias constitucionais do direito ao contraditório e à ampla defesa a ele inerentes, restando devidamente fundamentada. 4. A administração indicou os artigos em que embasaram a lavratura do auto de infração, restando patente a motivação." (Processo 0013440-88.2006.8.19.0021 - Apelação - Des. Antonio Iloizio B. Bastos - Julgamento: 25/06/2012 - Décima segunda Câmara Cível)

Além do mais, deve-se considerar que, conforme mencionado pela Procuradoria desta AGENERSA em seu parecer, o instrumento cumpriu sua finalidade essencial, a de notificar a Concessionária quanto à aplicação de penalidade decorrente do apurado grau de responsabilidade quando da prestação do serviço público inadequado. E, considerando que os atos processuais são válidos desde

² Processo E-12/020.059/2007 - Cons. Darcília Leite

que alcancem sua finalidade, ainda que praticados de forma diversa à determinada pela lei, não prosperam os argumentos contidos na impugnação.

No que tange à exigência de regulação prévia à imposição de eventual penalização, deve-se atentar ao fato de que compete à agência cuidar para que a legislação e o contrato de concessão ou permissão de serviços relativos à sua esfera de atribuições sejam observados. Logo, sua atuação encontra-se amparada no exercício de sua competência regulatória.

Insta salientar o entendimento da Ilma. Conselheira Darcília Leite, proferido nos autos do processo E-12/020.014/2012, no sentido de *"lembramos à impugnante que o procedimento em tela se presta tão somente à cobrança da penalidade aplicada naqueles autos, sendo o auto de infração 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 026/2012 e negar-lhe provimento.

É o voto.


Luigi Troisi
Conselheiro-Relator

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1380

DE 26 DE JULHO DE 2012

**CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO -
PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO REGULATÓRIO
E-12/020.286/2010**

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-12/020.397A/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º - Conhecer da impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 026/2012 e negar-lhe provimento.

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

Rio de Janeiro, 26 de julho de 2012

[assinatura]
José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente

[assinatura]
Luigi Troisi
Conselheiro-Relator

[assinatura]
Darcília Aparecida da Silva Leite
Conselheira

[assinatura]
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro

[assinatura]
Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro