

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1181

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1181

DE 26 DE JULHO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO PENALIDADE DE MULTA -
PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.253/2010.

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-12/020.114/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º - Conhecer da impugnação apresentada pela Concessionária CEG em
face do Auto de Infração nº . 050/2012 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-12/020.114/2011

Data de autuação: 11/03/2011

Concessionária: CEG

Assunto: Auto de infração - Penalidade de Multa - Processo
Regulatório E-12/020.253/2010

Sessão Regulatória: 26 de julho de 2012

RELATÓRIO

Trata-se de impugnação em face do Auto de infração nº 050/2012, protocolizada pela Concessionária CEG em 22 de maio de 2012.

A Concessionária aborda a tempestividade da apresentação da citada peça, uma vez que o auto de infração foi recebido no dia 15 de maio de 2012, tendo-se o prazo iniciado em 16 de maio de 2012 com o término em 22 de maio de 2012.

Inicialmente, 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."

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

Refuta que, caso fosse a intenção do Poder Concedente aplicar as penalidades através da lavratura de auto de infração, é certo Contrato de Concessão expressamente se manifestaria neste sentido e considera que, ainda que haja tal previsão no Decreto 38.618 de 08 de dezembro de 2005, neste último caso o legislador referiu-se às Concessionárias cujos marcos regulatórios prevêm tal situação. Conclui, requerendo que a presente preliminar seja acolhida e o Auto de Infração nº 050/2012 declarado nulo.

No que diz respeito ao mérito, afirma que as formalidades legais estabelecidas na Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007 não foram observadas e que, portanto, o auto de infração objeto do presente deverá ser considerado nulo.

Afirma que o campo 10 do auto ora impugnado não motiva de forma pormenorizada o objeto ensejador da aplicação da multa. Isto posto, pretende ter tido seu direito à ampla defesa da cerceado, sustentando que não é bastante citar a razão da instauração do processo administrativo. Ao contrário, afirma fazer-se necessário apresentar uma razão extraída dos autos, traçando uma analogia aos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciários e às decisões administrativas advindas de qualquer dos Três Poderes que, por força do disposto no art. 93, IX e X da Constituição Federal e no art. 165 do Código de Processo Civil, demandam motivação, sob pena de nulidade.

Apona, outróssim, a exigência de regulação prévia à imposição de eventual penalização, asseverando a necessidade da prévia regulação e fiscalização como condicionantes à penalização por parte de uma Agência Reguladora e alegando que tal não ocorreu no caso em tela.

Salienta ter sido a Concessionária punida pelo suposto descumprimento às suas próprias normas técnicas, que não têm força de lei, e que caberia a esta AGENERSA aplicar penalidade somente no caso de descumprimento do instrumento de concessão.

Encerra requerendo a revogação da penalidade aplicada pela Deliberação AGENERSA nº 704/2011, tendo como consequência, julgar-se improcedente o Auto de Infração nº 050/2012.

O Parecer da Procuradoria é apresentado às fls. 54 a 57. O mesmo aponta a tempestividade da impugnação enquanto sustenta 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 atribuições¹, ressaltando que, *"ainda que não exista cláusula contratual que preveja a lavratura de auto de infração, a esta AGENERSA compete notificar a Concessionária da penalidade aplicada pelo Conselho Diretor, dever consolidado nas normas que regem a teoria geral do processo que se aplica subsidiariamente ao Processo Administrativo. Tal comunicação se dá através dos instrumentos: Auto de Infração e/ou notificação."*

Ressalta 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 existisse tal 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*

¹ Art 4º, inciso I da Lei Estadual nº 4556, de 06 de junho de 2005. Cria, estrutura, dispõe sobre o funcionamento da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA, e dá outras providências.

Darcília Leite nos autos do processo nº E-12/020.059/2007". Portanto, considera ausentes as fundamentações legais nas alegações trazidas pela Concessionária.

Naquilo que diz respeito ao descumprimento de formalidades legais, a d. Procuradoria afirma que o citado instrumento contempla todos os elementos considerados inexistentes pela Concessionária. Aponta princípio processual da Instrumentalidade das Formas, afirmando 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. Esclarece ainda 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. Portanto ambas alegações trazidas 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.

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

Em suas razões finais, apresentadas intempestivamente, reiterou seus argumentos anteriores, como também o pedido de impugnação.

É o relatório.


Luigi Troisi
Conselheiro-Relator

AGENERSAAgência Reguladora
de Energia e Saneamento Básico
do Estado do Rio de Janeiro**Serviço Público Estadual**

Processo nº E-12/020.114 / 2011

Data 11 / 03 / 2011 Fls.: 69

Rubrica: *[assinatura]***GOVERNO DO
Rio de
Janeiro****AGENERSA**Agência Reguladora
de Energia e Saneamento Básico
do Estado do Rio de Janeiro**Serviço Público Estadual**

Processo nº E-12/020.114 / 2011

Data 11 / 03 / 2011 Fls.: 18

Rubrica: *[assinatura]***GOVERNO DO
Rio de
Janeiro**

2ª via

1 - AUTO DE INFRAÇÃO nº. 50/2012		2 - LOCAL, DATA E HORÁRIO: AGENERSA, RIO DE JANEIRO, 07/05/2012 14:07							
3 - CONCESSIONÁRIA AUTUADA COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO - CEG		4 - CNPJ 33.838.119/0001-69							
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 704, de 24 de fevereiro de 2011, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 768, de 24 de maio de 2011, e Deliberação AGENERSA nº 831, de 30 de agosto de 2011, publicadas respectivamente no Diário Oficial de 11/03/2011, 06/06/2011 e 08/09/2011.		9 - PROCESSO Processo Administrativo nº. E-12/020.114/2011 (autuado para o acompanhamento de aplicação de penalidade) Processo Regulatório nº. E-12/020.253/2010							
10 - RELATO E ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO 10.1 - Relato da Conduta: Processo Regulatório nº. E-12/020.253/2010 - Comprovação de responsabilidade na explosão de bueiro ocorrida no dia 06/07/2010, na Rua Figueiredo Magalhães, em frente ao nº 548, bairro de Copacabana, Rio de Janeiro/RJ, infringindo as regras contratuais. 10.2 - Enquadramento da(s) conduta(s) descrita(s) no item 10.1, significando o(s) fato(s) como infração(ões) às disposições: Cláusula Quinta §1º, item 11 do Contrato de Concessão e art. 19, inciso IV da Instrução Normativa CD nº 001/2007. 10.2.1 - Descumprimento da(s) seguinte(s) cláusula(s) do Contrato de Concessão: Cláusula Quinta §1º, item 11 do Contrato de Concessão 10.3 - Natureza da penalidade: Penalidade de Multa no montante de 0,005% (cinco milésimos 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. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD Nº. 001, de 04/09/2007, devido à sua responsabilidade na explosão de bueiro ocorrida no dia 06/07/2010, na Rua Figueiredo Magalhães, em frente ao nº. 548, bairro de Copacabana, Rio de Janeiro/RJ. 10.3.1 - Valor da(s) multa(s): <table border="1"> <tr> <td>Valor</td> <td>R\$ 113.234,92 (cento e treze mil, duzentos e vinte e um reais e noventa e três centavos)</td> </tr> <tr> <td>Atualização Monetária</td> <td>R\$ 6.841,84 (seis mil e quatrocentos e um reais e oitenta e quatro centavos)</td> </tr> <tr> <td>Total</td> <td>R\$ 119.234,76 (cento e dezenove mil, duzentos e sessenta e três reais e setenta e seis 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. 38.518/05 alterado pelo Decreto nº. 40431/05 - art. 23, inciso XX - parágrafo único; 2- Regimento Interno - art. 23, inciso XX a; 3- Instrução Normativa CD nº. 001/2007, art. 10, inciso V e parágrafo único, art. 15 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 como corrente 170-8 em nome EPU - AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. (Instrução Normativa CD nº. 001/2007, artigo 10, inciso V; Decreto nº. 38.618/2005, Seção I, artigo 4º, inciso I)				Valor	R\$ 113.234,92 (cento e treze mil, duzentos e vinte e um reais e noventa e três centavos)	Atualização Monetária	R\$ 6.841,84 (seis mil e quatrocentos e um reais e oitenta e quatro centavos)	Total	R\$ 119.234,76 (cento e dezenove mil, duzentos e sessenta e três reais e setenta e seis centavos)
Valor	R\$ 113.234,92 (cento e treze mil, duzentos e vinte e um reais e noventa e três centavos)								
Atualização Monetária	R\$ 6.841,84 (seis mil e quatrocentos e um reais e oitenta e quatro centavos)								
Total	R\$ 119.234,76 (cento e dezenove mil, duzentos e sessenta e três reais e setenta e seis centavos)								
11 - NOME DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO Cecília Rita P. Pimenta Fábio Cortes do Nascimento Jorge Luis Gomes Calvão		12 - Cargo Secretária Executiva Gerente de Câmara Gerente de Câmara	13 - MATRÍCULA 257-8 147-8 210-5						
14 - REPRESENTANTE DA CONCESSIONÁRIA <i>[assinatura]</i>		15 - CARGO <i>[assinatura]</i>	16 - RG 118.210.085/87						
17 - ASSINATURA DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO AGENERSA - RIO DE JANEIRO <i>[assinatura]</i> Assinatura do Agente de Fiscalização		18 - ASSINATURA DO AUTUADO Data: 10/05/12 <i>[assinatura]</i> Assinatura do Autuado							
19 - OBSERVAÇÕES Anexo: Relatório/Voto/Memoranda de Cálculo; Deliberação AGENERSA nº 704, de 24 de fevereiro de 2011, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 768, de 24 de maio de 2011, e Deliberação AGENERSA nº 831, de 30 de agosto de 2011, publicadas respectivamente no Diário Oficial de 11/03/2011, 06/06/2011 e 08/09/2011.									

Vinicius Pascoal da RochaAdvogado
OAB nº 148210/RJAvenida Treze de Maio, 23 - 23º andar - Centro - Rio de Janeiro / RJ - CEP: 20031-902 - Tel.: 21-2532-8469 - Fax: 21-2332-8488
www.agenersa.rj.gov.br - secex@agenersa.rj.gov.br



Processo nº: E-12/020.114/2011

Data de autuação: 11/03/2011

Concessionária: CEG

Assunto: Auto de infração - Penalidade de multa - Processo
Regulatório E-12/020.253/2010

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 050/2012, através do qual é cobrada a multa determinada na Deliberação AGENERSA nº 704, de 24 de fevereiro de 2011, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 768, de 24 de maio de 2011, e nº 831, de 30 de agosto de 2011.

A peça aqui analisada é tempestiva, tendo em vista ter sido protocolizada, nesta agência, em 22 de maio de 2012 e o Auto de infração, devidamente instruído, foi recebido pela concessionária em 15 de maio de 2012.

O contraditório e a ampla defesa foram corretamente observados quando da instrução do processo regulatório E-12/020.253/2010, não sendo cabível, nesta instância, apreciação de questões referentes ao mérito em razão do esgotamento das instâncias administrativas. Defendendo a ausência de previsão no contrato de concessão, a Concessionária, sustenta a impossibilidade de lavratura de auto de infração.

Compete a esta Agência Reguladora, por força de disposição legal, zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições¹. Por via de consequência, este argumento não pode prosperar, sendo a AGENERSA 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 por, dentre diversas razões, deveres não cumpridos. Sua finalidade é a de punir o infrator se verificada alguma irregularidade. O Decreto 38.618/2005 que regula a estrutura administrativa desta agência prevê a expedição do auto de infração, *in verbis*:

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

A Instrução normativa AGENERSA nº 001/2007 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. Lemos em seu art. 8º:

"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."

Cabe ao ente Regulador adotar o procedimento que julgar conveniente, ainda que não haja expressa previsão do mesmo no Contrato de Concessão. 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

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." Afirma que a Instrução normativa 001/2007 estabeleceu requisitos necessários e imprescindíveis que não foram observados para que se possa considerar o auto como válido.

Mencionou, 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 (...)."

É pacífico 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 Ilóizio B. Bastos - Julgamento: 25/06/2012 - Décima segunda Câmara-Cível)

O parecer da douta Procuradoria desta Agência recorre à Teoria da Instrumentalidade das Formas e afirma que o instrumento cumpriu sua finalidade essencial, qual seja, 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 que alcancem sua finalidade, ainda que praticados de forma diversa à determinada pela lei, não são válidos os argumentos contidos na impugnação.

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

Cabe salientar o entendimento da Ilma. Conselheira Darcília Leite, proferido nos autos do processo E-12/020.014/2012, no sentido de *"lembrarmos 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 050/2012 e negar-lhe provimento.

É o voto.


Luigi Troisi
Conselheiro-Relator

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1181

DE 26 DE JULHO DE 2012

**CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO -
PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO REGULATÓRIO
E-12/020.253/2010**

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-12/020.114/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º - Conhecer da impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 050/2012 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