

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1182

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1182

DE 26 DE JULHO DE 2012.

Concessionária CEG - AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA -
PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.447/2010.

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-12/020.161/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º - Conhecer da impugnação apresentada pela Concessionária CEG em
face do Auto de Infração nº. 016/2012 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-12/020.161/2011
Data de autuação: 07/04/2011
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de infração - Penalidade de Multa - Processo Regulatório E-12/020.447/2010

Sessão Regulatória: 26 de julho de 2012

RELATÓRIO

Trata-se de impugnação em face do Auto de infração nº 016/2012 protocolizada pela Concessionária CEG em 14 de março de 2012.

De início, a Concessionária aponta a tempestividade da apresentação da peça citada anteriormente uma vez que o auto de infração foi recebido no dia 07 de março de 2012, tendo o prazo se iniciado em 08 de março de 2012 e findado em 14 de março de 2012.

Preliminarmente, abordou 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 fosse intenção do Poder Concedente que as penalidades fossem aplicadas através da lavratura de auto de infração, haveria disposição expressa neste sentido no Contrato de Concessão, como ocorre com outras Concessionárias, e que a previsão no Decreto 38.618 de 08 de dezembro de 2005 refere-se aos marcos regulatórios que prevêm tal situação. Ao final, requereu o acolhimento desta preliminar para declarar nulo o auto lavrado.

No que tange 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 descrita detalhadamente o que dificulta o direito à ampla defesa da concessionária, pois deveria apresentar uma razão extraída dos autos e não apenas citá-la. Compara a hipótese aos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário que devem ser motivados, sob pena de nulidade, 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.

Salienta 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."*

Menciona, ainda, que é vedado à Administração Pública confeccionar um auto de infração sem que sejam cumpridos, rigorosamente, os requisitos cabíveis já que se trata de um documento solene, além da falta de informações e da formalidade exigida acabar por cercear o direito ao exercício do contraditório e da ampla defesa descritos no art. 5º, LV da Constituição Federal, requerendo a declaração da nulidade do auto de infração nº 016/2012.

Conclui, requerendo o recebimento da impugnação com efeito suspensivo e o acolhimento da matéria elencada preliminarmente para considerar nulo o auto de infração. Caso sejam rejeitadas as preliminares, que sejam consideradas insubsistentes as alegações descritas na peça impugnada.

Parecer da Procuradoria, às fls. 61/64, que constatou 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 a esta *"autarquia compete 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."*

E também que, *"embora não exista cláusula contratual que preveja a lavratura de auto de infração, à 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 e aplicação de penalidade na hipótese de existir alguma irregularidade.

Registrou a existência da Instrução Normativa nº 001/2007 que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pela Agência nas ações de fiscalização das obrigações legais e contratuais das Concessionárias CEG e CEG RIO e na aplicação de penalidades, quando for o caso.

Citou o entendimento firmado pela Ilma. Conselheira Darcília Leite nos autos do processo nº E-12/020.059/2007 de que *"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."* 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 de

acordo com o princípio processual da instrumentalidade das formas, não merecem prosperar as alegações trazidas uma vez que o citado instrumento cumpriu sua finalidade: notificar a concessionária quanto à aplicação da sanção proveniente da responsabilidade apurada quando da prestação do serviço público inadequado.

Menciona que alegação do cerceamento de defesa não merece prosperar já que a CEG teve acesso irrestrito aos autos, participando de todas as etapas processuais, com a interposição de recursos, sendo respeitadas todas as garantias constitucionais, inclusive, com a juntada ao auto de infração dos relatórios, votos e memórias de cálculos.

Concluiu que o auto de infração impugnado atende aos requisitos legais, devendo 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 e requereu o julgamento com a declaração de nulidade do auto de infração.

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, 15/02/2012 15:29									
3 - CONCESSIONÁRIA AUTUADA: COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO - CEG		4 - CNPJ: 33.934.119/0001-09									
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 731, de 29/03/2011, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 789, de 29/05/2011 e nº 894, de 31/10/2011, publicadas no Diário Oficial de 07/04/2011, 05/07/2011 e 16/11/2011.		9 - PROCESSO: Processo Administrativo nº. E-12/020.161/2011 (para o 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 Ouidoria 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, tipificando o(s) fato(s) como infração(ões) às disposições: Cláusula Primeira, §3º e Quarto, §1º - 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 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão 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\$ 3.230,43 (um mil, duzentos e dez reais e quarenta e três centavos)</td> </tr> <tr> <td>Total</td> <td>R\$ 25.250,51 (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, concede-se-lhe um prazo de 05 (cinco) dias úteis para apresentação de eventual impugnação, relativa à forma do Auto de Infração. 1- Decreto nº. 38.618/06 alterado pelo Decreto nº. 40431/06 - art. 23, inciso XXI - parágrafo único; 2- Regulamento Interno - art. 21, inciso XXa; 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 6808-5 e conta corrente 170-8 em nome ERI - AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. (Instrução Normativa CD nº. 001/2007, artigo 30, inciso VI / Decreto nº. 38.618/2006, 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\$ 3.230,43 (um mil, duzentos e dez reais e quarenta e três centavos)	Total	R\$ 25.250,51 (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\$ 3.230,43 (um mil, duzentos e dez reais e quarenta e três centavos)										
Total	R\$ 25.250,51 (vinte e cinco mil, duzentos e cinquenta reais e cinquenta e um centavos)										
11 - NOMES DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO Cintia Pitz P. Pimenta Fábio Cortes do Nascimento Jorge Luiz Gomes Callo		12 - Cargo Secretária-Executiva Gerente de Câmara Gerente de Câmara									
13 - MATRÍCULA 237-8 154-5 210-5		14 - REPRESENTANTE DA CONCESSIONÁRIA <u>ALESSANDRO MONTES DE MEDEIROS</u>									
15 - CARGO <u>ADVOGADO</u>		16 - Assinatura do Autuado <u>15/03/2012</u> Declaro estar ciente do conteúdo do presente Auto de Infração. <u>Assinatura do Autuado</u> 449. 15496									
17 - ASSINATURA DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO <u>Assinatura do Agente de Fiscalização</u>		18 - OBSERVAÇÕES Anexo: Relatório/Nota/ Deliberação AGENERSA nº 731, de 29/03/2011, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 789, de 29/05/2011 e nº 894, de 31/10/2011, publicadas no Diário Oficial de 07/04/2011, 05/07/2011 e 16/11/2011, Memória de Cálculo. <u>Assinatura do Agente de Fiscalização</u> OAB nº 124270/RJ									

122000000 95-11 2102/04/10 1035 MSICRPU

Processo nº : E-12/020.161/2011

Data de autuação: 07/04/2011

Concessionária: CEG

Assunto: Auto de infração - Penalidade de multa - Processo
Regulatório E-12/020.447/2010

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 016/2012, através do qual é cobrada a multa determinada na Deliberação AGENERSA nº 731, de 29 de março de 2011, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 789, de 28 de junho de 2011, e nº 894, de 31 de outubro de 2011.

A peça aqui analisada é tempestiva, tendo em vista ter sido protocolizada, nesta agência, em 14 de março de 2012 e o recebimento do Auto de infração, devidamente instruído, pela concessionária se deu em 07 de março de 2012.

Insta salientar que, o contraditório e a ampla defesa foram corretamente observados quando da instrução do processo regulatório E-12/020.447/2010 com o esgotamento das instâncias administrativas não sendo possível a apreciação de questões meritórias neste momento.

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

Os argumentos da Concessionária não prosperam uma vez que esta agência tem a competência de zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições¹, prevista em lei. Assim, é competente para instaurar processo administrativo, tendo por finalidade apurar a infração e, se for o caso, aplicar a penalidade cabível.

O Auto de Infração consiste num ato administrativo de aplicação de penalidades por, dentre diversas razões, de deveres não cumpridos e destina-se a notificar 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:

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

[Assinatura]

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.

Vale mencionar, 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 e respeito da aplicação de penalidades. 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."

Entretanto, ainda que não haja previsão expressa no Contrato de Concessão quanto a possibilidade de lavrar-se auto de infração, cabe ao ente Regulador adotar o procedimento que julgar conveniente. E não seria razoável que a Agência Reguladora não dispusesse de instrumentos hábeis a efetivar a aplicação das sanções previstas no marco regulatório.²

Logo, improcedem as alegações da Concessionária.

No mérito, requereu seja considerado nulo o auto de infração em razão do descumprimento de formalidades legais 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 quando da elaboração do auto, tornando-o inválido.

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 (...)."*

Conforme se depreende dos autos, o instrumento, objeto do presente, encontra-se preenchido corretamente, não tendo fundamento a alegação da Concessionária já que consta, do auto impugnado, 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

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

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

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 016/2012 e negar-lhe provimento.

É o voto.


Luigi Troisi
Conselheiro-Relator

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1182

DE 26 DE JULHO DE 2012

**CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO -
PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO REGULATÓRIO
E-12/020.447/2010**

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-12/020.161/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º - Conhecer da impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 016/2012 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