

# DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1185

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1185

DE 26 DE JULHO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA-  
PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.093/2011.

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-12/020.286/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer da impugnação apresentada pela Concessionária CEG em  
face do Auto de Infração nº . 023/2012 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-12/020.286/2011

Data de autuação: 06/07/2011

Concessionária: CEG

Assunto: Auto de infração - Penalidade de Multa - Processo  
Regulatório E-12/020.093/2011

Sessão Regulatória: 26 de julho de 2012

**RELATÓRIO**

Trata-se de impugnação em face do Auto de infração nº 023/2012 protocolizada pela Concessionária CEG em 02 de abril de 2012.

Preliminarmente, 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.

Aponta, também, a ausência de previsão de 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, aborda a exigência de regulação prévia à imposição de eventual penalização. Esclarece que para que uma Agência reguladora possa penalizar deve, antes, regular e fiscalizar.

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."*

Ressalta que a aplicação indiscriminada de determinadas sanções por parte do órgão regulador pode, além de acarretar uma instabilidade jurídica, colocar em xeque a atividade da entidade regulada, provocando prejuízo aos usuários do serviço público concedido.

Conclui, requerendo o recebimento da impugnação com efeito suspensivo e o acolhimento da matéria para considerar nulo o auto de infração. alternativamente, caso seja rejeitada a preliminar, que sejam tornadas insubsistentes as alegações descritas no auto impugnado e julgado improcedente o mesmo.

Parecer da Procuradoria, às fls. 50/52, onde atestou-se a tempestividade da impugnação.

Salientou 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.

Mencionou 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."* Ambos 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.

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, requereu o acolhimento da nulidade suscitada com a sustação dos efeitos do auto impugnado e, alternativamente, julgado improcedente o auto de infração.

É o relatório.

  
**Luigi Troisi**  
Conselheiro-Relator



**Processo nº :** E-12/020.286/2011

**Data de autuação:** 06/07/2011

**Concessionária:** CEG

**Assunto:** Auto de infração - Penalidade de multa - Processo  
Regulatório E-12/020.093/2011

**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 023/2012, através do qual é cobrada a multa determinada na Deliberação AGENERSA nº 791, de 28 de junho de 2011, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 862 de 30 de setembro de 2011.

A peça aqui analisada é tempestiva, tendo em vista ter sido protocolizada, nesta agência, em 02 de abril de 2012 e o recebimento do Auto de infração, devidamente instruído, pela concessionária se deu em 26 de março de 2012.

Frise-se que o contraditório e a ampla defesa foram corretamente observados ao decorrer da instrução do processo regulatório E-12/020.093/2011, esgotando-se as instâncias administrativas. Por esta razão, não cabe a apreciação de questões meritórias neste fase.

A Concessionária, preliminarmente, sustenta a impossibilidade de lavratura de auto de infração diante da ausência de previsão no contrato de concessão.

Os argumentos da Concessionária não prosperam uma vez que a AGENERSA, por força de disposição legal, 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 atribuições.<sup>1</sup> 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:

<sup>1</sup> 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.

Também deve-se atentar à 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."*

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.<sup>2</sup>

Logo, im procedem as alegações da Concessionária.

No mérito, aborda a exigência de regulação prévia à imposição de eventual penalização. A esta agência cabe zelar 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.

Além disto, a Concessionária tem pleno conhecimento da legislação em vigor. Logo, a postura diligente por parte da agência quanto à apuração da penalidade, exercida por sua área técnica, reflete a atividade de regulação e fiscalização.

Ressalte-se que o Contrato de Concessão, em sua cláusula dez<sup>3</sup>, disciplina as penalidades aplicáveis que devem estar condicionadas ao princípio da proporcionalidade. Assim, os parâmetros de aplicação são de conhecimento da Concessionária, somado ao fato de ter sido

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

<sup>3</sup> Cláusula Dez - Penalidades

A CONCESSIONÁRIA estará sujeita às penalidades de (i) advertência, (ii) multa, (iii) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração, pro prazo não superior a 2 (dois) anos, ou (iv) declaração de inidoneidade para licita e contratar com a administração pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, an forma da lei, perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.(...)

comprovada a culpabilidade da mesma. Por esta razão, improcedem os argumentos da peça de impugnação.

Insta 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 023/2012 e negar-lhe provimento.

É o voto.

  
**Luigi Troisi**  
Conselheiro-Relator

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1185

DE 26 DE JULHO DE 2012

**CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO -  
PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO REGULATÓRIO  
E-12/020.093/2011**

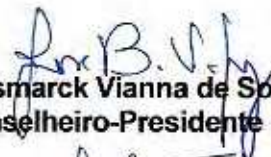
O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/020.286/2011, por unanimidade,

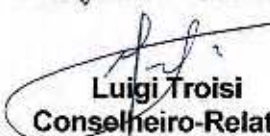
**DELIBERA:**

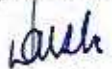
Art.1º - Conhecer da impugnação apresentada pela Concessionária CEG Rio em face do Auto de Infração nº 023/2012 e negar-lhe provimento.

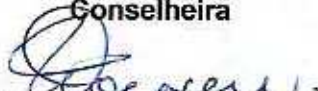
Art.2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de julho de 2012

  
**José Bismarck Vianna de Souza**  
Conselheiro-Presidente

  
**Luigi Troisi**  
Conselheiro-Relator

  
**Darcilia Aparecida da Silva Leite**  
Conselheira

  
**Moacyr Almeida Fonseca**  
Conselheiro

  
**Roosevelt Brasil Fonseca**  
Conselheiro