

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1186

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1186

DE 26 DE JULHO DE 2012.

Concessionária CEG - AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.175/2010. DEFESA PRÉVIA AO AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 047/2012.

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-12/020.414/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº. 047/2012, por tempestiva, para, no mérito, 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

Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro - Relator

Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro

Processo nº.:

Autuação:

Concessionária:

Assunto:

E-12/020.414/2011

08/09/2011

CEG

**Auto de Infração - Penalidade de
Multa - Processo Regulatório**

E-12/020.175/2010.

**Defesa prévia ao Auto de Infração
nº 047/2012.**

Sessão Regulatória: 26 de julho de 2012

RELATÓRIO

O presente Processo Regulatório foi instaurado por meio do REQ AGENERSA/SECEX nº. 235, de 08/09/11, em razão da penalidade de multa aplicada à Concessionária CEG, conforme Deliberação AGENERSA nº 830/11, de 30/08/11¹, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 897², de 31/10/11.

DE 30 DE AGOSTO DE 2011.

1 - DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 830

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-12/020.175/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor 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, bem assim no art. 16, inciso III, e no art. 17, inciso VI, ambos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão dos fatos narrados no presente processo, relativos ao atendimento ao usuário.

Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 3º - Aplicar a penalidade de advertência à CEG, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão c/c art. 18, inciso I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, em razão do não atendimento às indagações da Ouvidoria desta AGENERSA.

Art. 4º - Determinar à SECEX, em conjunto com a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 5º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

DE 31 DE OUTUBRO DE 2011.

2 - DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 897

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-12/020.175/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º. — Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 830, de 30/08/2011, para no mérito negar-lhe provimento.

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

Após apresentação de cálculo pela CAPET desta Agência, no montante de R\$ 24.722,65 (vinte e quatro mil, setecentos e vinte e dois reais e sessenta e cinco centavos) e parecer da Procuradoria no sentido dar prosseguimento ao presente processo, considerando atender a minuta de Auto de Infração (fls. 27) às exigências da legislação em vigor, foi expedido o Auto de Infração nº 047/2012, de 02/05/12, constante nos autos às fls. 31, devidamente recebido pela Concessionária em 09/05/2012.

Em 16/05/12, a Concessionária CEG protocolizou, nesta Agência, impugnação em face do mencionado Auto de Infração, na qual sustenta a tempestividade daquela peça visto que "(...) foi recebido (...) no dia 09/05/2012, (quarta-feira), o prazo para oferecimento de defesa iniciou-se em 10/05/2012 (quinta-feira) e terá seu término em 16/05/2012 (quarta-feira)".

Preliminarmente, argüi a ausência de previsão do auto de infração no Contrato de Concessão, baseando-se no parágrafo 2º da Clausula Décima³, deste modo, 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".

Acrescenta a Concessionária 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 celebrado com o Poder Concedente, razão pela qual é manifestamente indevida".

Ademais, considera a Concessionária que "(...) Não obstante a previsão, pelo Decreto n.º 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 prevêm 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", razão pela qual requer "(...) o acolhimento da presente preliminar, com a declaração da nulidade do auto de infração nº 047/2012".

No mérito, afirma a Concessionária o descumprimento das formalidades legais, entendendo que "(...) deverá ser considerado nulo o presente auto de infração, na medida em que, o ilustre Gerente da Câmara de Energia e Secretária Executiva dessa AGENERSA, não cumpriram com as formalidades legais exigidas para a lavratura do auto de infração".

Sustenta que "(...) a Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007, publicada no DOERJ de 21/09/07, estabeleceu os requisitos para a lavratura do auto de infração; (...) o auto de infração n.º 047/2012, não preenche os requisitos necessários e imprescindíveis para que possa ser considerado válido; (...) observa-se que os ilustres agentes da AGENERSA, responsáveis pela sua lavratura, deixaram de obedecer a alguns requisitos de formalidade", quais sejam "(...) no campo 10 do auto de infração ora impugnado, 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".

³ - 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.

Entende a CEG 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";

Assevera a Concessionária 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".

Afirma "(...) a falta das informações e formalidades acima elencadas, fere a legislação vigente e, via de consequência, cerceia o inalienável direito desta Concessionária ao exercício do contraditório e ampla defesa. (...) Portanto, diante da inexistência de motivação do ato administrativo pela AGENERSA, requer esta Concessionária o acolhimento das presentes alegações, com a declaração da nulidade do auto de infração nº 047/2012".

Em relação à exigência de regulação prévia à imposição de eventual penalização, afirma a Concessionária que: "(...) para que possa a Agência Reguladora penalizar, (...) deve antes regular, e mais, fiscalizar", 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."

Frisa a Concessionária: "(...) 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 AGENERSA tem por obrigação regular os temas por ela administrados, não podendo simplesmente se utilizar de Norma internas da Concessionária para objetivar a aplicação de penalidades".

Por fim, assevera 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" e pugna "(...) pela revogação da penalidade aplicada pela Deliberação AGENERSA n.º 666/2010, em via de consequência, julgando-se improcedente o auto de infração n.º 047/2012."

Conclui, entendendo que "(...) Na remota hipótese de rejeição da preliminar ora suscitada, no mérito, sejam tornadas insubsistentes as alegações descritas no auto de infração, julgando-se improcedente o mesmo, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua lavratura, tomando sem efeito a aludida autuação, o que confia será deferido, por ser medida de extremo bom senso e Justiça."

Despacho da Secretária-Executiva, em 17/05/12, encaminhando os autos à Procuradoria.

Às fls. 67/71, a Procuradoria desta Agência ofereceu seu parecer concluindo que: "(...) a Concessionária CEG ofereceu, tempestivamente, Impugnação em face do Auto de Infração lavrado em função de decisão proferida pelo Conselho Diretor, consolidada na Deliberação AGENERSA n.º 830/11 integrada pela Deliberação n.º 897/11".

Quanto às alegações de ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, aponta a Procuradoria que "(...) a Concessionária requer que seja declarada a nulidade do Auto de Infração no. 047/2012, sustentando não haver amparo legal que o fundamente. (...) Primacialmente, útil se fiz destacar que esta AGENERSA, por força de disposição legal, possui, dentre outras, a competência expressa de zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições⁴".

Acrescenta a Procuradoria que "(...) é válido registrar a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº.01/2007 que "Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pela Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro — AGENERSA nas ações de fiscalização das obrigações legais e contratuais das Concessionárias CEG e CEG RIO e na aplicação de penalidades àquelas Concessionárias, quando for o caso" e que "(...) ainda que essa AGENERSA não possuísse o supracitado regulamento de fiscalização e de eventual aplicação de penalidades, 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", conforme entendimento firmado pela Ilma. Conselheira Relatora, Darcília Aparecida da Silva Leite, nos autos E-12-020.059/2007.

Por fim, conclui que "(...) Nessa linha de raciocínio, é inegável 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".

Quanto ao descumprimento das formalidades legais, observa a Procuradoria que "(...) Da análise do citado instrumento, depreende-se que o mesmo contempla todos os elementos considerados inexistentes pela Concessionária. Verifica-se 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. Por sua vez, verifica-se que o subitem 10.2.1 apresenta a tipificação da penalidade aplicada. Por fim, 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), anexo este que integra o Auto de Infração".

Por outro lado, acrescenta a Procuradoria que "(...) os atos processuais solenes são considerados válidos ainda que praticados por forma diversa da prescrita em lei, desde que alcancem sua finalidade essencial, é válido enfatizar que, não merecem prosperar as alegações trazidas pela Concessionária 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".

⁴ - Artigo 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.

Entende a Procuradoria 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" e que "(...) o Auto de Infração impugnado se coaduna com a finalidade pública de realização do interesse coletivo, elemento primacial de formação do ato administrativo". Por fim, conclui 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".

Quanto à exigência de regulação prévia antes de se impor eventual penalização, observa a Procuradoria que "(...) A Concessionária CEG alega que compete a esta AGENERSA regular, como condição ao poder punitivo e, por igual, fiscalizar. (...) Ora, não é tarde lembrar 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".

Ressalta a Procuradoria que "(...) a concessionária tem ciência das suas obrigações, pois estão sacramentadas no Contrato de Concessão, não merecendo prosperar, portanto, o argumento que esta deve fiscalizada e só posteriormente penalizada" e que "(...) amparada está a atuação desta AGENERSA no exercício precípua de sua competência regulatória disciplinada pela Lei estadual nº4.556/2005".

Ao final, conclui a Procuradoria que "(...) o Auto de Infração impugnado atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido e, consequentemente improvida a impugnação apresentada pela Concessionária CEG".

Em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, foi expedido ofício AGENERSA/MF nº. 81/12 em 01/06/12, para a Concessionária apresentar suas considerações finais.

Em resposta ao ofício AGENERSA/MF nº. 81/12, de 01/06/12, a Concessionária apresentou, em 14/06/12, suas razões finais (DIJUR-E-1079/12), ratificando todas as considerações apresentadas na Defesa Prévia do Auto de Infração e confiando em seu acolhimento.

É o relatório.



Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator

Processo nº.: E-12/020.414/2011
Autuação: 08/09/2011
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de Infração - Penalidade de
Multa - Processo Regulatório
E-12/020.175/2010.
Defesa prévia ao Auto de Infração
nº 047/2012.
Sessão Regulatória: 26 de julho de 2012

VOTO

Trata-se de analisar a Impugnação apresentada tempestivamente pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 047/2012, de 02/05/12, por meio do qual esta Agência aplicou a penalidade de multa à Concessionária CEG, no percentual de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, conforme Deliberação AGENERSA nº 830/11, de 30/08/11¹, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 897², de 31/10/11.

1 - DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 830

DE 30 DE AGOSTO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG - PRAZO DE ATENDIMENTO AOS USUÁRIOS. FORNECIMENTO DE GÁS. 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-12/020.175/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor 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, bem assim no art. 16, inciso III, e no art. 17, inciso VI, ambos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão dos fatos narrados no presente processo, relativos ao atendimento ao usuário.

Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 3º - Aplicar a penalidade de advertência à CEG, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão c/c art. 18, inciso I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, em razão do não atendimento às indagações da Ouvidoria desta AGENERSA.

Art. 4º - Determinar à SECEX, em conjunto com a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 5º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

2 - DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 897

DE 31 DE OUTUBRO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG - PRAZO DE ATENDIMENTO AOS USUÁRIOS - FORNECIMENTO DE GÁS. 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-12/020.175/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º. — Conhecer o Recurso Interposto pela Concessionária CEG em face da DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 830, de 30/08/2011, para no mérito negar-lhe provimento.

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

Em sua peça de resistência, a Concessionária argui, em preliminar, a ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, conforme repetidamente o tem feito em diversos processos, e, mais uma vez, alega que o aludido instrumento contratual não dispõe a respeito da lavratura do Auto de Infração para aplicação de eventuais penalidades.

No entanto, em razão da lacuna contratual, compete a este Órgão Regulador adotar o rito procedimental que julgar conveniente, o que foi realizado através da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, de 04/09/2007. Ademais, referida matéria já se encontra pacificada nesta Autarquia através do Enunciado nº. 5, qual seja: *"As Instruções Normativas são legítimas para estabelecer critérios de penalidades, constituindo regular poder normativo da AGENERSA"*.

Afirma a Concessionária ter ocorrido o descumprimento das formalidades legais no Auto de Infração, posto que: "(...) no campo 10 do auto de infração ora impugnado, não consta de forma pormenorizada a motivação que ensejou a aplicação de penalidade de advertência em face desta Concessionária." (grifo no original)

Sustenta a Concessionária que *"(...) a falta das informações e formalidades, acima elencadas, fere a legislação vigente e, via de consequência, cerceia o inalienável direito desta Concessionária ao exercício do contraditório e ampla defesa"*, e *"(...) diante da inexistência de motivação do ato administrativo pela AGENERSA, requer o acolhimento das alegações, com a declaração da nulidade do auto de infração nº 047/2012."*

Entretanto, o aludido Auto de Infração preenche todos os requisitos necessários à sua validade, atendendo às normas administrativas e legais e estando em perfeita sintonia com o estabelecido na Instrução Normativa 001/2007.

Necessário apontar que, nos presentes autos e no processo E- 12/020.175/2010, esta Agência garantiu à Concessionária, em todas as fases do processo, o direito à ampla defesa e ao contraditório, em conformidade com o Regimento Interno desta Casa. Desta forma, não merece ser acolhida qualquer alegação nesse sentido nesta fase do processo, até porque já encontra-se encerrada a instância administrativa de análise de mérito.

Destaca-se que o presente processo somente se destina à aplicação da penalidade imposta no processo principal (E- 12/020.175/2010), sendo o Auto de Infração o meio adequado para tal procedimento

Motivo pelo qual, o aludido Auto somente pode ser impugnado quanto à sua forma, posto que todas as questões de mérito foram discutidas no processo principal, não sendo correto que, aqui, volte-se a apreciar questões já amplamente examinadas e respondidas. Por isso, invoco o Enunciado 2, desta Agência, o qual dispõe que *"(...) A Impugnação ao Auto de Infração decorrente de decisão do Conselho-Diretor não é sucedâneo recursal e, portanto, deve se restringir aos aspectos formais do Auto de Infração"*.



Ademais, após uma simples conferência do Auto de Infração lavrado, verifica-se nele constar todos os requisitos determinados no artigo 10, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, qual seja, o local, a data e a hora da lavratura, nome, endereço e o CNPJ da autuada e, por fim, o número do processo e da Deliberação que aplicou a penalidade e a data da publicação.

Pelo exposto, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido, com a rejeição da Preliminar apresentada e, conseqüentemente, no mérito, negar provimento a impugnação apresentada pela Concessionária CEG.

Desta forma, sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG, em face do Auto de Infração nº 047/2012, por tempestiva, para, no mérito, negar-lhe provimento.

É o voto.



Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº

DE 26 DE JULHO DE 2012.

*Concessionária CEG-
Auto de Infração - Penalidade de Multa -
Processo Regulatório E-12/020.175/2010.
Defesa prévia ao Auto de Infração nº 047/2012.*

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-12/020.414/2011, por unanimidade,

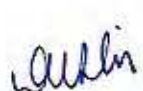
DELIBERA:

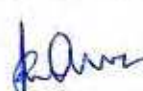
Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 047/2012, por tempestiva, para, no mérito, negar-lhe provimento.

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


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro