

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1187

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1187

DE 26 DE JULHO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE

INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA-PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.530/2010.

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-12/020.472/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº. 056, de 11/05/2012, negando-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- Relatora

Luigi Eduardo Troisi

Conselheiro

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro

Processo nº. E-12/020.472/2011
Data de autuação 11/10/2011
Concessionária CEG
Assunto Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo
Regulatório E-12/020.530/2010.
Sessão Regulatória 26/07/2012

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.472/2011

Data 11 / 10 / 2011 Fls.: 48

Rúbrica: 

Relatório

Trata-se de Impugnação¹ protocolizada nesta AGENERSA em 23/05/2012, pela Concessionária CEG, em face do Auto de Infração nº 056/2012².

Inicialmente, a CEG aborda a tempestividade da apresentação da citada peça³, preliminarmente, argui a ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, iluminando o disposto na Cláusula Décima, § 2º⁴, de cujo teor 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"; 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 (...), razão pela qual é manifestamente indevida"⁵; entende que "(...) se fosse intenção do Poder Concedente que as penalidades aplicadas em face desta Concessionária, se dessem através da lavratura de auto de infração, (...), haveria expressa disposição nesse sentido no Contrato de Concessão, (...)"; considera que "Não obstante a previsão, pelo Decreto nº 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" e requer "(...) o acolhimento da presente preliminar, com a declaração de nulidade do auto de infração nº 056/2012 (...)".

No mérito, afirma a CEG que houve descumprimento das formalidades legais; entende que "(...) deverá ser considerado nulo o presente auto de infração, na medida em que, o ilustre Gerente da Câmara de Energia e a Secretária Executiva dessa AGENERSA, não cumpriram com as formalidades legais exigidas para a lavratura do auto de infração (...)"; afirma que "(...) a Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, (...), estabeleceu os

¹ Fls. 31/36 - noticiada no despacho da SECEX de fls. 37, que encaminhava o feito à Procuradoria da AGENERSA, para manifestação.

² Fls. 21 - emitido por esta Autarquia em 11/05/2012 e recebido pela CEG em 16/05/2012.

³ (...) considerando-se que auto de infração em questão foi recebido (...) no dia 16/05/2012 (quarta-feira), o prazo para oferecimento de defesa iniciou-se em 17/05/2012 (quinta-feira) e terá o seu término em 23/05/2012 (quarta-feira)".

⁴ "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". (grifos como no original).

⁵ Afirma que "Ao contrário, em outros Contratos de Concessão, que estão sob a fiscalização desta AGENERSA e da AGETRANS - tais como OPPORTANS e ÁGUAS DE JUTURNALBA - há expressa previsão contratual, no sentido de que as penalidades serão aplicadas mediante a lavratura do competente auto de infração".

requisitos para a lavratura do auto de infração (...)", de cuja análise constata "(...) que o auto de infração nº. 056/2012, não preenche os requisitos necessários e imprescindíveis para que possa ser considerado válido"; frisa que "(...) no campo 10 (...), 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"; esclarece 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 tela⁶"; assevera 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"; considera "(...) evidente que a falta das informações e formalidades (...) elencadas, fere a legislação vigente e, via de consequência, cerceia o inalienável direito desta Concessionária ao exercício do contraditório e ampla defesa (...); aponta a existência de erro material no Auto de Infração nº. 056/2012, destacando que "(...) no campo 10.3.1, total do valor da multa R\$ 131.907,58, não corresponde com o valor por extenso, sendo este, quinze mil, novecentos e doze reais e sessenta e um centavos"; ressalta que "(...) os valores levantados pelo órgão autuante, são completamente divergentes, impossibilitando desta forma, a defesa da Concessionária quanto aos elementos utilizados na elaboração do auto de infração, o que fere o Princípio da ampla defesa e do Contraditório"; defende que "(...) o auto de infração (...) não atende aos requisitos das formas estabelecidas na IN 01/2007, e, deverá ser anulado"; conclui, confiando "(...) no recebimento da presente Impugnação com efeito suspensivo, bem como no acolhimento da matéria elencada preliminarmente, considerando-se nulo o auto de infração" e, na hipótese de rejeição da preliminar, requer "(...) sejam tomadas insubsistentes as alegações descritas no auto de infração, julgando-se improcedente o mesmo, eis que ausentes os fundamentos que justificam a sua lavratura, e o correto valor da penalidade aplicada e cobrada, tomando sem efeito a aludida autuação (...)" (grifos no original).

Às fls. 38/44, a Procuradoria apresenta Parecer⁷, no qual destaca a competência legal desta AGENERSA "(...) de zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão (...) de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições", em decorrência da qual lhe cabe "(...) 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"; assinala que "(...) ainda que não exista cláusula contratual que preveja a lavratura do Auto de Infração, a esta AGENERSA compete notificar a Concessionária da penalidade aplicada pelo Conselho Diretor (...)", que "Tal comunicação se dá através dos instrumentos: auto de infração e/ou notificação⁸"; registra "(...) a

⁶ Observa que "(...) se os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, sob pena de nulidade, (...) e as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivadas, com fulcro no art. 93, X da Constituição Federal, igualmente deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes"; 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"; ressalta que "(...) é vedado à Administração Pública, proceder à confecção de um auto de infração, sem que sejam rigorosamente cumpridos os requisitos cabíveis".

⁷ De lavra do Assistente Igor Alves P. da Silva, com o "de acordo" do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

⁸ "(...) tanto a notificação quanto o Auto de Infração possuem a mesma natureza jurídica, pois se destinam a apurar a responsabilidade da Concessionária, implicando, por conseguinte, quando da verificação de irregularidade, na aplicabilidade de ato sancionatório".

existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007 (...); ilumina trecho do Voto por mim proferido nos autos do Processo nº E-12/020.059/2007⁹; e observa 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".

No que tange à alegação de descumprimento das formalidades legais na lavratura do Auto de Infração, depreende, "Da análise do citado instrumento, (...) que o mesmo contempla todos os elementos considerados inexistentes pela Concessionária"¹⁰; cita o Princípio da Instrumentalidade das Formas e enfatiza que "(...) não merecem prosperar as alegações trazidas pela (...) 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"¹¹; ressalta 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" e que "(...) ao auto de infração foram anexados os relatório/voto/memória de cálculo".

No que concerne à alegação de erro material no Auto de Infração nº. 056/2012, ilumina a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹², bem como jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹³; observa que "(...) o mesmo encontra-se de acordo com o que preconiza a Instrução normativa nº. 01/2007, inclusive quanto ao valor da multa, pois o somatório dos valores conferem plenamente, o que vem a divergir é o valor por extenso do total, mas facilmente é constatado que a soma do valor histórico e da atualização monetária conferem com o do campo 'total' em número cardinal"; aponta que "(...) como parte integrante do auto de infração foi entregue a memória de cálculo elaborada pela

⁹ "(...) ainda que essa AGENERSA não possuisse o supracitado regulamento (...) 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" (...).

¹⁰ Verifica 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; que "(...) o subitem 10.2.1 apresenta a tipificação da penalidade aplicada" e que "(...) 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) (...)".

¹¹ Sustenta 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"; observa que "(...) o Auto de Infração impugnado se coaduna com a finalidade pública de realização do interesse coletivo, elemento primordial de formação do ato administrativo".

¹² "O vício de forma consiste na omissão ou na má observância do requisito essencial de exteriorização do ato previsto em lei. Há que se distinguir, por isso, a forma essencial da forma complementar. Forma essencial é aquela exigida para a exteriorização dos elementos constitutivos do ato, conferindo certeza de sua existência, enquanto a forma complementar destina-se a cercá-lo de melhores condições de segurança e clareza. Em consequência, a forma essencial é aquela considerada necessária ao atingimento do objetivo do ato administrativo, ao passo que a preterição de alguma forma de natureza complementar é prescindível para que o ato administrativo atinja seu objetivo e não importará em sua nulidade. Em síntese, como uma aplicação prática do princípio da finalidade em direito Administrativo, tem-se que, no caso da formalidade essencial, sua preterição gera nulidade, e, no caso da formalidade complementar, seu afastamento consistirá em mera irregularidade. (Curso de Direito Administrativo, 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 202)".

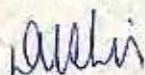
¹³ Apelação Cível nº. 0106707-38.2010.8.19.0001 - Des. Rogério de Oliveira Souza - Nona Câmara Cível - Julgamento em 12/04/2011.. Apelação Cível nº. 0000838-61.2007.8.19.0011 (2008.001.32293) - Des. Fernando Femandy Fernandes - Décima Nona Câmara Cível - Julgamento em 17/09/2008 e Apelação Cível nº. 2008.001.50830 - Des. Claudio de Mello Tavares - Décima Primeira Câmara Cível - Julgamento em 31/08/2011.

CAPET, bem como todas as deliberações, relatórios e votos que ensejaram à aplicação da penalidade de multa, e o consequente montante alcançado", entende que "(...) um mero erro material não pode ensejar a nulidade do auto de infração, pois não vislumbro a citada ofensa a ampla defesa e ao contraditório da CEG, visto que a empresa se manifestou em todas as oportunidades conferidas a ela, participando ativamente do processo regulatório, sendo assim, o erro material não poderia prejudicar de modo algum as suas garantias constitucionais, posto que o erro material relatado nos autos não teria o condão de confundir um homem médio, ainda mais uma grande empresa que tem em seu rol laborativo profissionais da mais alta estirpe, dada a sua insignificância", e conclui 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".

A seguir, o feito é remetido a este Gabinete¹⁴, cuja Assessoria, através do Ofício AGENERSA/ASSESS/DL nº 065, de 29/06/2012¹⁵, encaminha à CEG cópia de inteiro teor dos presentes autos, comunica a conclusão de sua instrução e assina o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de razões finais.

Na data de 12/07/2012, a CEG protocoliza nesta Agência a correspondência DIJUR-E-1292/12¹⁶, pela qual, após breve relato, aponta que "Ao entender que já tenham sido aduzidos os argumentos que bastam para o devido deferimento do pleito, esta CEG retoma mediante a presente a fim de reiterar seus apontamentos elencados no competente instrumento de Impugnação" e "(...) na hipótese de rejeição suscitada na r. Impugnação, espera que seja julgado improcedente o Auto de Infração nº. 056/2012, haja vista a latente ausência de fundamento de sua lavratura".

É o Relatório.



Darcília Leite
Conselheira-Relatora

¹⁴ Fls. 45 – mediante despacho da SECEX.

¹⁵ Fls. 46, recebido pela CEG em 02/07/2012.

¹⁶ Fls. 47.

1 - AUTO DE INFRAÇÃO nº. 056/2012		2 - LOCAL, DATA E HORÁRIO: AGENERSA, RIO DE JANEIRO, 11/05/2012 11:34							
3 - CONCESSIONÁRIA AUTUADA COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO - CEG		4 - CNPJ 33.938.119/0001-69							
5 - ENDEREÇO Av. Pedro II, nº. 68	6 - BARRIO São Cristóvão	7 - MUNICÍPIO/UF Rio de Janeiro/RJ							
8 - Nº. DA DELIBERAÇÃO / DATA DE PUBLICAÇÃO Deliberação AGENERSA nº 860, de 30 de setembro de 2011, publicada no Diário Oficial de 11/10/2011.		9 - PROCESSO Processo Administrativo nº. E-12/020.472/2011 (autuado para acompanhamento de aplicação de penalidade) Processo Regulatório nº. E-12/020.530/2010							
10 - RELATO E ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO 10.1 - Relato da Conduta: Processo Regulatório nº. E-12/020.530/2010 - Ocorrência nº 518317 - não atendimento pela concessionária à solicitação de instalação de gás, inobservância às regras contratuais. 10.2 - Enquadramento da(s) conduta(s) descrita(s) no item 10.1, tipificando a(s) fato(s) como infração(ões) às disposições: Cláusula Primeira, §1º e Cláusula Quarta, §1º, item 11 do Contrato de Concessão - anexo II, parte 2, item 13, alínea "A" e artigo 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 Primeira, §1º e Cláusula Quarta, §1º, item 11 do Contrato de Concessão - anexo II, parte 2, item 13, alínea "A" 10.3 - Natureza da penalidade: Penalidade de Multa no montante de 0,005% (zero milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, combinado com o Art. 19, IV, 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\$ 124.801,87</td> </tr> <tr> <td>Atualização Monetária</td> <td>R\$ 7.105,71</td> </tr> <tr> <td>Total</td> <td>R\$ 131.907,58 (cento e trinta e sete mil e novecentos e sete reais e sessenta e sete 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-Regimento Interno - art. 21, inciso XX a; 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-S e conta corrente 170-8 em nome ERJ - 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\$ 124.801,87	Atualização Monetária	R\$ 7.105,71	Total	R\$ 131.907,58 (cento e trinta e sete mil e novecentos e sete reais e sessenta e sete centavos)
Valor	R\$ 124.801,87								
Atualização Monetária	R\$ 7.105,71								
Total	R\$ 131.907,58 (cento e trinta e sete mil e novecentos e sete reais e sessenta e sete centavos)								
11 - NOME DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO Ranieri dos Santos Gomes Fábio Cortes do Nascimento Jorge Luiz Gomes Caílo		12 - Cargo Chefe de Gabinete Gerente de Câmara Gerente de Câmara	13 - MATRÍCULA 308-7 147-9 210-5						
14 - REPRESENTANTE DA CONCESSIONÁRIA Flavia da Silva Fernandes		15 - CARGO Advogada	16 - RG 120840 OAB/RJ						
17 - ASSINATURA DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO AGENERSA, RIO DE JANEIRO, Ranieri dos Santos Gomes Fábio Cortes do Nascimento Jorge Luiz Gomes Caílo Assinatura do Agente de Fiscalização		18 - ASSINATURA DO AUTUADO Data: 10/05/2012 Declaro estar ciente do conteúdo do presente Auto de infração. Flavia da Silva Fernandes Advogada Assinatura do Autuado OAB-RJ nº 120840							
19 - OBSERVAÇÕES Anexo: Relatório/controle de Câmara Deliberação AGENERSA nº 860, de 30 de setembro de 2011, publicada no Diário Oficial de 11/10/2011									

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.472/2011

Data 11/10/2011 Fls. 52

Processo nº. E-12/020.472/2011
Data de Autuação 11/10/2011
Concessionária CEG
Assunto Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo
Regulatório E-12/020.530/2010.
Sessão Regulatória 26/07/2012

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.472, 2011

Data 11/10/2011 Fls.: 53

Rúbrica: *SP***Voto**

Trata-se de analisar a Impugnação apresentada tempestivamente¹ pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 056/2012², por meio do qual esta Agência realiza a cobrança da multa imposta pela Deliberação AGENERSA nº. 860, de 30/07/2011, editada nos autos do processo regulatório E-04/079.530/2011, em decorrência dos fatos apurados na Ocorrência nº. 518.317.

Cumpra consignar que esta Autarquia garantiu à CEG, em todas as etapas do processo nº E-12/020.530/2011, o direito à ampla defesa e ao contraditório. Assim, não é possível, na presente fase, apreciar alegações meritórias, porquanto se verifica o encerramento das instâncias administrativas de análise do mérito, devidamente tratado no processo regulatório citado, específico sobre o tema.

Em sua petição, a Concessionária sustenta, preliminarmente, ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão.

De fato, o aludido instrumento contratual não dispõe a respeito da lavratura de auto de infração para a aplicação de eventuais penalidades, estabelecendo regras relativas apenas ao aspecto material da imposição de sanções.

Logo, como já esclarecido diversas vezes, diante dessa lacuna contratual, compete ao Ente Regulador adotar o rito procedimental que julgar conveniente.

Ademais, conforme afirmado na Impugnação em tela, o Decreto Estadual nº 38.618/2005 regulamentou a questão, no inciso XX e parágrafo único do art. 23³. *u*

¹ O Auto de Infração foi recebido por representante da Concessionária em 16/05/2012; foi concedido, na forma do instrumento punitivo em pauta, prazo de 05 (cinco) dias úteis para apresentação de eventual impugnação e a respectiva peça foi protocolizada em 23/05/2012.

² Fls. 21.

³ Art. 23. Compete à Secretaria Executiva;

(...)

Portanto, revela-se improcedente a alegação de que inexistente respaldo para a prática do ato administrativo em comento, na medida em que não é possível interpretar o texto do Decreto de forma restritiva⁴.

Cabe destacar, como também já esclarecido em outros Votos, que a lavratura do Auto de Infração constitui uma garantia a mais para o administrado, à medida que objetiva formalizar a aplicação da penalidade.

No mérito, a Impugnante requer novamente a declaração de nulidade do Auto de Infração, agora apontando suposto descumprimento às formalidades legais, ao afirmar que "(...) no campo 10 do auto de infração (...), não consta de forma pormenorizada a motivação que ensejou a aplicação de penalidade de multa (...), o que, indubitavelmente, dificulta o amplo direito de defesa desta Concessionária" e 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" (grifos no original).

Alega, ainda, que "(...) é vedado à Administração Pública, proceder à confecção de um auto de infração, sem que sejam rigorosamente cumpridos os requisitos cabíveis".

Mais uma vez, demonstra-se a fragilidade dos seus argumentos, visto que, após breve análise do item contestado, percebe-se que ali se encontram dispostos não só o relato da conduta que originou a aplicação da penalidade, mas também o enquadramento da mesma, com a tipificação dos fatos como infrações às disposições que cita, bem assim a Cláusula do Contrato de Concessão que foi descumprida⁵.

Diferentemente do que argumenta a Impugnante, da simples leitura do documento ora atacado, verifica-se que o Campo 10.1 – Relato da Conduta – aponta: "Processo Regulatório nº. E-12/020.530/2010 - Ocorrência nº. 518317 - não atendimento pela concessionária à solicitação de instalação de gás. Inobservância as regras contratuais", *u*

XX – expedir auto de infração, para execução das penalidades impostas por Deliberação emanada do Conselho Diretor, em conjunto com as Câmaras Técnicas.

Parágrafo único – Após o recebimento do auto de infração conceder-se-á um prazo de 5 (cinco) dias úteis para a apresentação de eventual defesa, respeitado, no que couber, as disposições contratuais."

⁴ Isto porque, como é de conhecimento geral, a regra jurídica é aplicável a todos os seus destinatários e eventuais exceções devem ser expressamente previstas no texto legal, o que não ocorreu na vertente hipótese.

⁵ "10.1 – Relato da Conduta: Processo Regulatório nº. E-12/020.530/2010 - Ocorrência nº. 518317 - não atendimento pela concessionária à solicitação de instalação de gás. Inobservância as regras contratuais.

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, § 1º e Cláusula Quarta, § 1º, item 11 do Contrato de Concessão - anexo II, parte 2, item 13, alínea "A" e artigo 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 Primeira, § 1º e Cláusula Quarta, § 1º, item 11 do Contrato de Concessão - anexo II, parte 2, item 13, alínea "A".

10.3 – Natureza da penalidade: Penalidade de Multa no montante de 0,005% (cinco milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, combinado com o Art. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, devido ao descumprimento do disposto no anexo II, parte 2, item 13, alínea A.

indicando, no item 10.2.4 – Descumprimento da(s) seguinte(s) Cláusula(s) do Contrato de Concessão: “Cláusula Primeira, § 1º e Cláusula Quarta, § 1º, item 11 do Contrato de Concessão - anexo II, parte 2, item 13, alínea ‘A’”, razão pela qual o presente argumento não merece ser acolhido.

Ademais, a motivação à qual se refere a Concessionária encontra-se disposta no Voto proferido pelo então Conselheiro Sérgio B. Raposo nos autos do já mencionado processo n.º. E-12/020.530/2010 e que originou a Deliberação AGENERSA n.º. 860, de 30/09/2011, cujas peças são de pleno conhecimento da CEG, tendo esta Agência, conforme afirmado, garantido a ela o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Desta forma, não é razoável pretender que o inteiro teor da fundamentação para a aplicação da penalidade imposta fosse transcrito no atacado Auto de Infração⁶, instrumento que apenas materializa a penalidade imputada em processo específico, do qual a CEG participou, o que demonstra, mais uma vez, que, buscando a anulação do referido Auto, a Concessionária se utiliza de argumentos frágeis e desprovidos de qualquer fundamento jurídico, o que me leva a refutar tal alegação.

Concluindo o tema, pode-se afirmar que o vergastado Auto de Infração é válido, na medida em que todas as formalidades reclamadas para instrumentos de tal natureza foram cumpridas, bem assim que o exercício dos Princípios Constitucionais do Contraditório e Ampla Defesa foram corretamente observados por esta AGENERSA.

Fica claro, portanto, que a CEG, novamente tenta encontrar subterfúgios para reabrir a discussão administrativa, cujas fases de debate do mérito foram amplamente tratadas e examinadas em processo próprio – e necessariamente já se encerraram –, na tentativa de modificar o entendimento deste Conselho-Diretor, o que é incompatível com o presente processo.

Mais uma vez lembramos à Impugnante que o procedimento em tela se presta, tão-somente, à cobrança da penalidade aplicada naquele feito, sendo o Auto de Infração o 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, foram discutidas em processo anterior, não sendo razoável que, aqui, reabra-se sua

⁶ Pois como anteriormente afirmado, a fundamentação para a penalização é o Voto.

análise, eis que já amplamente examinadas e respondidas, motivo pelo qual, no âmbito administrativo, encontra-se esgotada a discussão do mérito.

O próximo ponto atacado pela Concessionária se traduz na afirmação de erro material quando da confecção do Auto de Infração n.º 056/2012, tendo em vista que "(...) no campo 10.3.1, total do valor da multa R\$ 131.907,58, não corresponde com o valor por extenso, sendo este quinze mil, novecentos e doze reais e sessenta e um centavos".

De fato, o vergastado auto de infração contém o erro material suscitado. Contudo, a jurisprudência pátria é uníssona ao apontar que o mero erro material não enseja a nulidade do auto de infração, desde que não traga prejuízos à defesa do administrado. Vejamos:

Processo: AC 6970583 PR 0697058-3

Relator(a): Luís Carlos Xavier Julgamento: 08/02/2011

Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível Publicação: DJ: 580

Ementa

APELAÇÃO CÍVEL - AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL - TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA POLUENTE - DISSONÂNCIA COM O DISPOSTO NA LEI - OFENSA À LEGALIDADE E A AMPLA DEFESA - NULIDADE RECONHECIDA - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Não se tratando de mero erro material, o defeito na tipificação da conduta ambiental poluidora ofende aos princípios da legalidade e da ampla defesa, gerando a necessidade de declaração de nulidade do indigitado auto de infração.

Processo: CR 7885125200 SP

Relator(a): Vera Angrisani Julgamento: 08/07/2008

Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público Publicação: 21/07/2008

Ementa

MULTA DE TRÂNSITO Cancelamento da penalidade e pontuação em carteira de habilitação. Alegação de que houve irregularidades administrativas e contradições nos respectivos autos de infração. Inadmissibilidade. Mero erro material que não prejudicou a defesa dos condutores infratores. Inexistência de abuso de poder. Sentença mantida. Recurso não provido.

Processo: APL 9059158232006826 SP 9059158-23.2006.8.26.0000

Relator(a): Castilho Barbosa Julgamento: 10/05/2011

Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público Publicação: 18/05/2011

Ementa

Rúbrica:

Apelação Cível - Ação Declaratória - Nulidade de Auto de Infração de Trânsito - Restituição de valor indevidamente pago - Ação julgada improcedente - Erro que não acarreta invalidade do auto de infração - Princípio da Instrumentalidade - Inconformismo - Inadmissibilidade - Entendimento jurisprudencial desta C. Câmara e desta Corte a respeito - Mero erro material que não prejudicou a defesa do condutor infrator - Ademais, ao apresentar seu recurso na esfera administrativa, o autor defendeu-se exatamente da verdadeira infração, de modo que aquele equívoco no preenchimento do auto de em nada prejudicou seu direito à ampla defesa - Recurso improvido.

Ressalte-se que, anexas ao Auto de Infração n.º 056/2012, foram encaminhadas à Concessionária cópias do Relatório, Voto e Deliberação AGENERSA n.º. 860, de 30/11/2011, bem como da memória de cálculo elaborada pela CAPET, na qual, registre-se, constam pormenorizadamente os valores apurados.

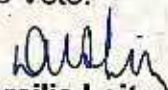
Assim, mesmo com a divergência apontada pela Impugnante, era a ela perfeitamente possível sanar qualquer dúvida quanto ao real valor da penalidade, devendo-se aplicar, aqui, o Princípio da Instrumentalidade das Formas, tendo em vista que, mesmo com o apontado erro material, o ato atingiu a sua finalidade sem causar qualquer prejuízo à Concessionária.

Neste ponto, filio-me integralmente ao Parecer da Procuradoria da AGENERSA, que opinou nesse mesmo sentido, colacionando doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e ressaltando que o auto de infração "(...) encontra-se de acordo com o que preconiza a Instrução Normativa n.º. 01/2007 (...)"; cabendo, aqui, apenas alertar os emitentes do referido Auto de Infração quanto à necessidade de observância do correto lançamento de todos os dados na emissão do mesmo.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 056, de 11/05/2012, negando-lhe provimento.

É o Voto.


Darcília Leite

Conselheira-Relatora

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE
INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA -
PROCESSO REGULATÓRIO E-
12/020.530/2010.

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-12/020.472/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 056, de 11/05/2012, negando-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 V. de Souza
Conselheiro-Presidente

[assinatura]
Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Relatora

[assinatura]
Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro

[assinatura]
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro

[assinatura]
Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro