

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1189

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1189

DE 26 DE JULHO DE 2012.

Concessionária CEG - Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E-12/020.450/2010.

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-12/020.539/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º. Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG ao Auto de Infração nº. 027/2012, negando-lhe provimento e mantendo-o íntegro para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

Art. 2º. Esta Deliberação entrará em vigor na data da 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

Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro - Relator

Processo nº: E- 12/020.539/2011

Autuação: 16/11/2011

Concessionária: CEG

Assunto: Auto de Infração - Penalidade de MULTA
- Processo Regulatório E -
12/020.450/2010

Sessão Regulatória: 26 de julho de 2012

RELATÓRIO

Cuida-se de processo instaurado com o assunto "Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E - 12/020.450/2010", tendo como justificativa o art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 892/11.¹

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 892 DE 31 DE OUTUBRO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG – OCORRÊNCIA 515073:

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-12/020.450/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º. – Aplicar à Concessionária CEG a 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, considerada, aqui, a data de 30/04/2009, trinta dias depois da realização da vistoria interna (Anexo II, parte 2, 13, A, do instrumento concessivo), em razão do descumprimento ao disposto nas cláusulas primeira, §3º, quarta, caput, e §1º, item 11 e 21 do Contrato de Concessão, com base na Cláusula dez, inciso IV do instrumento concessivo, bem como nos arts. 16, III e 17, VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD Nº 001/2007.

Art.2º. – Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com as Câmaras Técnicas CAENE e CAPET, a lavratura do Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD Nº 001/2007.

Art.3º. – Determinar que a SECEX encaminhe cópia da decisão desta Agência Reguladora ao Sr. José Hélio do Couto.

Art.4º. – Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2011.

José Bismarck Vianna de Souza - Conselheiro-Presidente; Darcília Aparecida da Silva Leite - Conselheira; Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro-Relator; Sérgio Burrowes Raposo Conselheiro.

À fl. 03 consta a cópia da Deliberação supramencionada, publicada no DOERJ em 16/11/2011.

À fl. 11 consta despacho da SECEX encaminhando os autos à CAPET para o cálculo da multa pecuniária e a Câmara Técnica aponta o valor total de R\$ 28.035,98 (vinte e oito mil, trinta e cinco reais e noventa e oito centavos), conforme fls. 12/13.

A Deliberação que aplicou a penalidade e deu origem ao Auto de Infração foi alvo de Recurso interposto pela CEG e resultou na Deliberação AGENERSA Nº 962/2011, que decidiu por conhecer o Recurso interposto pela Concessionária para, no mérito, negar-lhe provimento. (cópia da publicação de 24/02/2012 à fl. 14).

À fl. 15 foi confeccionado Minuta de Auto de Infração, sendo o processo encaminhado a Procuradoria da AGENERSA para verificação quanto a conformidade em relação ao disposto na DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 892/2011, integrada pela DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 962/2011, bem como verificação quanto a existência de demanda judicial e parecer quanto à possibilidade de aplicação da penalidade.

Em prosseguimento, a Procuradoria informa não constar em seu banco de dados demanda judicial para o administrativo em questão, como também a inexistência de pendência na seara recursal administrativa. Conclui que a Minuta de Auto de Infração atende as exigências da legislação em vigor, recomendando acrescentar ao item 10.2.² o Art. 16, III e Art. 17, VI, ambos da Instrução Normativa CD 001/2007. Por fim, aconselha o regular prosseguimento do feito.

À fl. 20 consta o Auto de Infração nº 027/2012 lavrado, assinado e entregue ao Autuado (CEG) na data de 17/04/2012 com a adição recomendada pela Procuradoria.

De fls. 23 a 32 tem-se cópias do relatório do processo regulatório E-12/020.450/2010, do voto nele proferido, das publicações das Deliberações 892/11 e 962/11, bem como a apuração do valor da multa realizado pela CAPET.

Às fls. 33/39 a Concessionária apresenta IMPUGNAÇÃO ao Auto de Infração nº 027/2012 e suscita os seguintes argumentos:

² "Enquadramento da (s) conduta (s) descrita (s) no item 10.1, tipificando o (s) fato (s) como infração (ões) às disposições". *[assinatura]*

I) Em preliminar, sustenta a tempestividade de sua impugnação, bem como a ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão.

Afirma que dispõe do prazo de 05 (cinco) dias úteis para o oferecimento de Impugnação e, com o término do prazo em 25/04/2012, a peça é tempestiva.

Aduz, em síntese, que em razão do § 2º, cláusula dez, do Contrato de Concessão, "(...) a aplicação de penalidades em face da Concessionária somente é possível por meio de processo administrativo, regularmente instaurado no âmbito dessa Agência Reguladora" e "em via de consequência, 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."

Sustenta que não obstante a previsão da lavratura do Auto de Infração no Decreto 38.618/2005, o legislador quis referir-se 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."

II) Do descumprimento das formalidades legais

Alega que o Auto de Infração deverá ser considerado nulo, na medida em que não foram cumpridas as formalidades legais exigidas para sua lavratura e que "(...) o auto de infração nº. 027/2012, não preenche os requisitos necessários e imprescindíveis para que possa ser considerado válido."

Afirma que no campo 10 do AI não consta de forma pormenorizada a motivação que ensejou a aplicação de penalidade de multa, o que dificulta o amplo direito de defesa.

Esclarece que se os julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário, assim como as decisões administrativas dos Tribunais, devem ser fundamentados, deverão ser igualmente motivados os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes.

[assinatura]



Pede a nulidade do AI por inexistência de motivação, uma vez que a falta de informações e formalidades fere a legislação vigente e cerceia o contraditório e ampla defesa.

III) Da exigência de regulação prévia à imposição de eventual penalização

Esclarece que a Agência Reguladora, antes de aplicar a penalidade, deve regular e fiscalizar e, no caso em tela, isso não ocorreu, sendo a Concessionária punida "(...) pelo suposto descumprimento às suas próprias Normas Técnicas, o que não tem força de lei, cabendo a Agência Reguladora aplicar penalidade se houvesse descumprimento ao contrato de concessão, o que não houve."

Afirma, em síntese, que "(...) o conceito de sanção possui uma maior amplitude, englobando notadamente medidas corretivas e intervencionistas, ou seja, atos que diretamente atendam a natureza finalística da regulação" e seria mais salutar "(...) a determinação de outras medidas que, por si só, pudessem ensejar a materialização do interesse público."

Assevera que a Cláusula 14, IV, do Contrato de Concessão, ratifica a necessidade de regulação prévia do tema e conclui "(...) 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 conseqüentemente, provocaria um clarividente prejuízo para os usuários do serviço público concedido."

III) Conclusão

Requer o acolhimento da matéria elencada preliminarmente para considerar nulo o Auto de Infração e, no mérito, pugna pela sua improcedência, porque ausentes os fundamentos que justificam sua lavratura.

Em parecer conclusivo (fls. 41/45), a Procuradoria se manifesta a respeito da Impugnação.

Em síntese, expõe que a Concessionária CEG ofereceu, tempestivamente, Impugnação em face do Auto de Infração e, no que tange à ausência de sua previsão no Contrato de Concessão, afirma 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" e "tal comunicação se dá através dos instrumentos: auto de infração e/ou notificação."

Ainda no que se refere à preliminar levantada, o jurídico registra a existência da instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007 e lembra, destacando trecho do voto da Ilmª. Conselheira Darcília Leite nos autos do processo E-12/020.059/2007, que ainda que a AGENERSA não possuisse tal regulamento de fiscalização e 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 (...)".

Quanto ao descumprimento das formalidades legais, a Procuradoria verifica que a defesa trazida pela Concessionária "(...) é desprovida de amparo jurídico, pois os documentos mencionados no anexo do Auto de Infração, tais como Relatório/Voto/Deliberação e Memória de Cálculo são considerados pela legislação como parte integrante do ato administrativo, traduzindo, pois, o conceito de motivação na forma do § 1º, art. 48 da Lei nº. 5.427/2009."

No que se refere à exigência de regulação prévia antes de se impor eventual penalização, sustenta que a AGENERSA tem a função de zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições, não merecendo prosperar o argumento de que o Regulador deve preliminarmente fiscalizar os serviços prestados pela Concessionária, "(...) como condição à aplicação de penalidades."

Por fim, observando que a atuação da AGENERSA está amparada na competência regulatória disciplinada na Lei estadual nº. 4556/2005, conclui que "o Auto de Infração impugnado atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido e, conseqüentemente improvida a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG".

Em razões finais, a Concessionária reitera as respostas anteriormente encaminhadas à AGENERSA, ratifica a Impugnação oferecida em face do Auto de Infração nº 027/2012, requerendo a sua nulidade.

É o relatório.

RBF
Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator



Processo nº:	E-12/020.539/2011
Autuação:	16/11/2011
Concessionária:	CEG
Assunto:	Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E - 12/020.450/2010
Sessão Regulatória:	26 de Julho de 2012

VOTO

Trata-se de analisar Impugnação tempestivamente apresentada pela Ceg ao Auto de Infração nº 027/2012, através do qual a AGENERSA realiza a cobrança da multa imposta na Deliberação nº. 892/2011¹, originária do processo E.12/020.450/2010.

Em análise aos argumentos apresentados pela Concessionária, tenho a afirmar, em princípio, que à CEG foi garantido amplo direito de defesa no processo E-12/020.450/2010, sendo certo que, nesse feito, todas as exposições meritorias foram apreciadas e, esgotadas as instâncias administrativas, aplicada a sanção cobrada através do Auto de Infração ora impugnado.

A sustentação, em preliminar, sobre a ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, não prospera, diante da sua regulamentação pelo art. 23, XX, do Decreto Estadual nº. 38.618/2005², salientando-se que não cabe ao intérprete restringir o que a lei não restringiu, motivo pelo qual inconsistente é a alegação da Concessionária de que o Decreto, ao prever a lavratura do Auto de Infração, quis referir-se a "(...) outras

¹ Integrada pela Deliberação AGENERSA nº 962/2011.

² "DECRETO N.º 38.618 DE 08 DE DEZEMBRO DE 2005

Regulamenta e fixa a estrutura administrativa, atribuições e normas de funcionamento da AGENERSA conforme a caput do artigo 1º da Lei Estadual nº 4.556, de 06 de junho de 2005.

(...)

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."

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."

No mérito, diante dos fundamentos apresentados pela CEG, destaco que o Auto de Infração é válido.

A pretensão de sua nulidade por ausência de motivação é destituída de razoabilidade.

Nesse sentido, cito trecho do voto proferido nos autos do processo E-12/020.083/2011, de relatoria da Ilm^a. Conselheira Darcília Leite:

"(...) não é razoável pretender que o inteiro teor da fundamentação para a aplicação da penalidade imposta fosse transcrito no atacado Auto de Infração, instrumento que materializa a penalidade imputada em processo específico (...)"

Além disso, é importante ressaltar que no Auto impugnado se encontram o relato e enquadramento da infração, e tanto no voto original como no que analisou o Recurso, ambos proferidos nos autos do processo E-12/020.450/2010, cujo teor é de pleno conhecimento da Concessionária, que nele se manifestou, consta a motivação que a CEG alega inexistir.

Concluindo pela existência da motivação é o parecer da Procuradoria, que destaco:

"(...) os documentos mencionados no anexo do Auto de Infração, tais como Relatório/Voto/Deliberação e Memória de Cálculo são considerados pela legislação como parte integrante do ato administrativo, traduzindo, pois, o conceito de motivação na forma do § 1º, art. 48 da Lei nº 5.427/2009."

Dessa forma, não há descumprimento das formalidades legais, uma vez que o Auto de Infração preenche, sim, os requisitos necessários e imprescindíveis para que possa ser considerado válido, evidenciando-se que os princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa foram corretamente observados por esta Agência Reguladora.

Por derradeiro, o argumento da exigência de regulação prévia antes de se impor eventual penalização apresenta-se frágil e deve ser afastado, mormente em razão da impossibilidade de se reabrir a discussão administrativa.

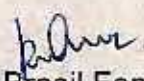
[Assinatura]

Com efeito, o presente processo se presta à cobrança da penalidade aplicada pela Deliberação nº 892/2011, podendo apenas ser impugnado quanto à sua forma, restando, pois, esgotada a apreciação das questões de mérito, já discutidas e encerradas nos autos do processo nº E-12/020.450/2010, no qual foi concedido à Concessionária, repita-se, o amplo direito de defesa.

Diante do exposto, proponho ao Conselho Diretor:

Art. 1º. Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG ao Auto de Infração nº. 027/2012, negando-lhe provimento e mantendo-o íntegro para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

Assim voto.


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1189

CONCESSIONÁRIA CEG - Auto de
Infração - Penalidade de MULTA -
Processo Regulatório E -
12/020.450/2010

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 E-12/020.539/2011, por unanimidade.

DELIBERA:

Art. 1º. Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG ao Auto de Infração nº. 027/2012, negando-lhe provimento e mantendo-o íntegro para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

Art. 2º. Esta Deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de julho de 2012.

[assinatura]
José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro Presidente

[assinatura]
Darcília Aparecida da Silva Leite
Conselheira

[assinatura]
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro

[assinatura]
Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro

[assinatura]
Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator