

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1190

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1190

DE 26 DE JULHO DE 2012.

Concessionária CEG - Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E-12/020.259/2011.

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-12/020.578/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº. 048, de 02/05/2012, 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-12/020.578/2011
Data de autuação 05/12/2011
Concessionária CEG
Assunto Auto de Infração – Penalidade de MULTA – Processo
Regulatório – E-12/020.259/2011.
Sessão Regulatória 26/07/2012

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.578/2011

Data 05/12/2011 Fls.: 65

Relatório

Rúbrica: J

Trata-se de Impugnação¹ protocolizada nesta AGENERSA em 16/05/2012, pela Concessionária CEG, em face do Auto de Infração nº 048/2012².

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 048/2012 (...)".

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

U

¹ Fls. 40/45 - noticiada no despacho da SECEX de fls. 46, que encaminha o feito à Procuradoria da AGENERSA, para manifestação.

² Fls. 24 - emitido por esta Autarquia em 02/05/2012 e recebido pela CEG em 09/05/2012.

³ "(...) considerando-se que auto de infração em questão foi recebido (...) no dia 09/05/2012, o prazo para oferecimento de defesa iniciou-se em 10/05/2012 e terá o seu término em 16/12/2011[16/05/2012]".

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. 048/2012, não preenche os requisitos necessários e imprescindíveis para que possa ser considerado válido"; frisa que "(...) no campo 10 (...), não consta de forma pomenorizada 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 (...)"; aborda a exigência de regulação prévia à imposição de eventual penalidade, afirmando 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"; alega ter sido "(...) 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 do contrato de concessão, o que não houve"; defende que "(...) em termos de Regulação, vale a máxima 'regular primeiro, fiscalizar depois, e penalizar por fim', e isto, tão-somente se for o caso⁷"; 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 setorial⁸"; 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, tomando sem efeito a aludida autuação (...)" (grifos no original).

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.578/2011

Data 05/12/2011 Fls.: 66

Às fls. 47/53, a Procuradoria apresenta Parecer⁹, no qual destaca a competência legal desta AGENERSA "(...) para zelar pelo fiel cumprimento da legislação de concessões no Estado do Rio de Janeiro, bem como dos respectivos contratos de

⁶ Esclarece que "(...) a motivação apenas faz referência ao processo E-12/020.259/2011, que, na realidade, não serve como justificativa, para demonstrar a validade do presente Auto de Infração"; 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 Assinala que "Caso assim não se entenda, a penalidade não tem qualquer fundamento, pois não houve no caso, nenhum procedimento prévio imposto, (...), no sentido de estabelecer critérios para aplicação de penalidades".

⁸ Assinala que "(...) o conceito de sanção possui uma maior amplitude, englobando notadamente as medidas corretivas e intervencionistas, ou seja, atos que diretamente atendam a natureza finalística da regulação", que "(...) seria medida mais salutar, bem como atenderia melhor a natureza do direito regulatório, a determinação de outras medidas que, por si só, pudessem ensejar a materialização do interesse público"; 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".

⁹ De lavra do Analista de Regulação Marcus Simonini Ferreira, com o "de acordo" do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de sua atuação", em decorrência da qual lhe cabe "(...) instaurar Processo Administrativo específico, por intermédio do qual fique definitivamente apurada a configuração da infração, o que se dá 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, à Agenersa compete notificar a Concessionária da penalidade aplicada pelo Conselho Diretor (...)"; que "Tal comunicação se dá através dos instrumentos: Auto de Infração e/ou Notificação"¹⁰; registra "(...) a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007 (...)"; ilumina trecho do Voto por mim proferido nos autos do Processo nº E-12/020.059/2007¹¹ 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".

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.578/2011

Data 05/12/2011 Fls: 67

Rúbrica: +

No que tange à alegação de descumprimento das formalidades legais na lavratura do Auto de Infração impugnado, depreender, "Da análise do citado instrumento, (...) que o mesmo contempla todos os elementos considerados inexistentes pela Concessionária"¹²; 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"¹³; lembra que "O objeto deste processo (...) é a materialização da aplicação da multa pecuniária decorrente do auto de infração nº. 048/2012, resultante do processo E-12/020.578/2011, no qual houve todo um procedimento investigatório que resultou na apuração de infração cometida pela Delegatária, lhe tendo sido assegurada a ampla defesa ao longo de todo o processo"; afirma que "A fundamentação e motivação, (...) estão presentes na elaboração do AI"; cita as doutrinas de Rafael Bielsa¹⁴, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵ e

u

¹⁰ "(...) 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".

¹¹ "(...) ainda que essa AGENERSA não possuísse 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' (...)".

¹² 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 (...)"; que "(...) o subitem 10.2.1 apresenta a tipificação da penalidade aplicada" e que "(...) quanto à penalidade de multa, extrai-se que a mesma foi detalhada através de documentação anexa ao AI (item 19), o que se verifica quando da ciência do Autuado em relação ao conteúdo do respectivo Auto de Infração".

¹³ Sustenta que "(...) os supostos vícios suscitados pela ora Impugnante, 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 primacial de formação do ato administrativo".

¹⁴ "Por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato (motivos-pressupostos) e de direito (motivos determinantes da Lei)" (Compendio de Derecho Público, Buenos Aires, 1952, II/27) (grifos como no original).

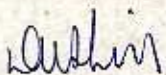
¹⁵ "A motivação, em regra, não exige formas específicas, podendo ser ou não concomitante com o ato, além de ser feita, muitas vezes, por órgão diverso daquele que proferiu a decisão. Frequentemente, a motivação consta de pareceres, informações, laudos, relatórios feitos por outros órgãos, sendo apenas indicados como fundamento da decisão. Neste caso, eles constituem a motivação do ato, dele sendo parte integrante" (Direito Administrativo, pg 83, 14ª ed., Editora Atlas) (grifos no original).

José dos Santos Carvalho Filho¹⁶, a Lei Federal nº. 9.784/1999¹⁷ e o Decreto Estadual nº. 31.896/2002¹⁸ e concluí que "(...) o Auto de Infração ora impugnado atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido, com a rejeição [de] todas as Preliminares apresentadas e, conseqüentemente no Mérito, impõe-se a rejeição da Defesa apresentada pela Concessionária CEG"

A seguir, o feito é remetido a este Gabinete¹⁹, cuja Assessoria, através do Ofício AGENERSA/ASSESS/DL nº 059, de 11/06/2012²⁰, 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 25/06/2012, a CEG protocoliza nesta Agência a correspondência DIJUR-E-1141/12²¹, pela qual "(...) reitera todo o anteriormente aduzido no curso do presente processo, bem como pugna pela anulação da penalidade aplicada mediante o auto de infração nº. 048/2012, haja vista a suscitada improcedência do mesmo"; repisa "(...) seu entendimento no sentido de que não pode a AGENERSA aplicar penalidades a CEG com base nas normas técnicas elaboradas pela própria Concessionária, sendo estas normas decorrentes de absoluta ausência de regulação deste ente regulador" e requer que "(...) sejam tomadas insubsistentes as alegações descritas no auto de infração 048/2012, julgando-se nulo o mesmo, eis que ausentes os elementos motivadores que justificam sua lavratura, em arrepio ao princípio da motivação dos atos administrativos, tomando sem efeito a aludida autuação".

É o Relatório.



Darcília Leite
Conselheira-Relatora

¹⁶ "(...) sem a expressa menção da norma legal não se pode aodadamente acusar de ilegal ato que não tenha formalmente suas razões, até porque estas poderão estar registradas em assentamento administrativo diverso do ato, acessível a qualquer interessado (...)" (Manual de Direito Administrativo, pg 83, 6ª ed., Editora Lumen Juris) (grifos como no original).

¹⁷ "(...) o art. 50 do referido ordenamento jurídico, em seu § 1º, determina que a motivação pode consistir em 'declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato' (grifos como no original).

¹⁸ "Estatui em seu art. 60, § 1º, que 'a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos anteriores, pareceres, informações, decisões ou propostas que, neste caso, serão parte integrante do ato'" (grifos como no original).

¹⁹ Fls. 64 – mediante despacho da SECEX.

²⁰ Cópia às fls. 55, recebido pela CEG na mesma data.

²¹ Fls. 56/57.

Rúbrica: f

L. Vid

1 - AUTO DE INFRAÇÃO n.º 048/2012		2 - LOCAL, DATA E HORÁRIO: AGENERSA, RIO DE JANEIRO, 02/05/2012, 10:47	
3 - CONCESSIONÁRIA AUTUADA COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO - CEG		4 - CNPJ 33.938.119/0001-89	
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 928, de 30 de novembro de 2011, publicada no Diário Oficial de 13/12/2011, integrada pela Deliberação nº 1.035 de 29 de março de 2012, publicada no Diário Oficial de 18/04/2012.		9 - PROCESSO Processo Administrativo nº E-12/020.578/2011 (autuado para acompanhamento de aplicação de penalidade) Processo Regulatório nº E-12/020.259/2011	

10 - RELATO E ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO

10.1 - Relato da Conduta:
Processo Regulatório nº E-12/020.259/2012 - Instaurado mediante o REQ AGENERSA/SECEX nº 159, tendo em vista o OUVID nº 31/2011, através da qual a Ouvidoria desta Autarquia traz à evidência as ocorrências autuadas sob os números 521.300 e 521.425, registradas naquele órgão há mais de 30 (trinta) dias, sem resposta por parte da Concessionária. Não sendo atribuída penalidade à Concessionária, com referência à ocorrência nº 521.300, mas apenas quanto à ocorrência 521.425.

10.2 - Enquadramento da(s) conduta(s) descrita(s) no item 10.1, tipificando o(s) fato(s) como infração(ões) às disposições:
Descumprimento ao disposto na Cláusula Quarta e Cláusula Primeira, §3º do Contrato de Concessão, bem como art. 6º, inciso X do Código de Defesa do Consumidor.

10.2.1 - Descumprimento da(s) seguinte(s) Cláusula(s) do Contrato de Concessão:
Cláusula Quarta e Cláusula Primeira, §3º do Contrato de Concessão.

10.3 - Natureza da penalidade: 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 e no art. 17, inciso VI da Instrução Normativa AGENERSA nº 01, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados no presente processo.

10.3.1 - Valor da(s) multa(s):

Valor	R\$ 29.889,92 (vinte e nove mil, oitocentos e oitenta e nove reais e noventa e dois centavos)
Atualização Monetária	R\$ 395,38 (trezentos e noventa e cinco reais e trinta e oito centavos)
Total	R\$ 30.285,30 (trinta mil, duzentos e oitenta e cinco reais e trinta centavos)

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 6898-5 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)

11 - NOME DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO Fábio Cortes do Nascimento Jorge Luiz Gomes Calfo Cynthia Pitz P. Pinheiro	12 - Cargo Gerente de Câmara Gerente de Câmara Secretária Executiva	13 - MATRÍCULA 154-5 210-5 237-8
14 - REPRESENTANTE DA CONCESSIONÁRIA <u>Flávia da Silva Fernandes</u>	15 - CARGO <u>Advogada</u>	16 - RG <u>120840-0AB/RJ</u>

17 - ASSINATURA DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO AGENERSA, RIO DE JANEIRO, Cynthia Pitz P. Pinheiro Secretária Executiva Fábio Cortes do Nascimento Gerente de Câmara Assinatura do Agente de Fiscalização	18 - ASSINATURA DO AUTUADO Data: <u>09/05/2012</u> Declaro e reconheço a veracidade das informações de infração. <u>Flávia da Silva Fernandes</u> Advogada Assinatura do <u>0AB/RJ nº 120840</u>
---	---

19 - OBSERVAÇÕES
Anexo: Relatório/Auto de Cálculo; Deliberação AGENERSA nº 928, de 30 de novembro de 2011, publicada no Diário Oficial de 13/12/2011, integrada pela Deliberação nº 1.035 de 29 de março de 2012, publicada no Diário Oficial de 18/04/2012.

Processo nº. E-12/020.578/2011
Data de Autuação 05/12/2011
Concessionária CEG
Assunto Auto de Infração - Penalidade de MULTA – Processo
Regulatório E-12/020.259/2011.
Sessão Regulatória 26/07/2012

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.578/2011

Data 05/12/2011 Fls.: 70

Voto

Rúbricas: ✓

Trata-se de analisar a Impugnação apresentada tempestivamente¹ pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 048/2012², por meio do qual esta Agência realiza a cobrança da multa imposta pela Deliberação AGENERSA nº. 928, de 30/11/2011, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 1.035, de 29/03/2012, editadas nos autos do processo regulatório E-12/020.259/2011, em decorrência dos fatos narrados na Ocorrência nº. 521.425.

Revela-se fundamental consignar que esta Autarquia garantiu à CEG, em todas as etapas do processo nº E-12/020.259/2011, 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 09/05/2012; 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 16/05/2012.

² Fls. 24.

³ 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.

Rúbrica: 

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"*⁵ 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"*.

A CEG 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 descumprida⁶.

Diferentemente do que argumenta a Impugnante, da simples leitura do documento ora atacado, verifica-se que o Campo 10.1 – Relato da Conduta – aponta 

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 Grifos como no original.

⁶ "10.1 – Relato da Conduta: Processo Regulatório nº E-12/020.259/2011 – Instaurado mediante o REQ AGENERSA/SECEX nº. 159, tendo em vista a CI OUID nº. 31/2011, através da qual a Ouvidoria desta Autarquia traz à evidência as ocorrências autuadas sob os números 521.300 e 521.425, registradas naquele órgão há mais de 30 (trinta) dias, sem resposta por parte da Concessionária. Não sendo atribuída penalidade a Concessionária, com referência à ocorrência nº. 521.300, mas apenas quanto à ocorrência 521.425.

10.2 - Enquadramento da(s) conduta(s) descrita(s) no item 10.1, tipificando o(s) fato(s) como infração(ões) às disposições: Descumprimento ao disposto na Cláusula Quarta e Cláusula Primeira, § 3º do Contrato de Concessão, bem como art. 6º, inciso X do Código de Defesa do Consumidor.

10.2.1 - Descumprimento da(s) seguinte(s) Cláusula(s) do Contrato de Concessão:

Cláusula Quarta e Cláusula Primeira, § 3º do Contrato de Concessão

10.3 – Natureza da penalidade: 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 e no art. 17, inciso VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados no presente processo.

Rubrica: *f*
que foi o "Processo Regulatório E-12/020.259/2011 - Instaurado mediante o REQ AGENERSA/SECEX nº. 159, tendo em vista a CI OUVID nº. 31/2011, através da qual a Ouvidoria desta Autarquia traz à evidência as ocorrências autuadas sob os números 521.300 e 521.425, registradas naquele órgão há mais de 30 (trinta) dias, sem resposta por parte da Concessionária"; indicando, no item 10.2.1 – Descumprimento da(s) seguinte(s) Cláusula(s) do Contrato de Concessão: "Cláusula Quarta e Primeira, § 3º do Contrato de Concessão", razão pela qual o presente argumento não merece ser acolhido.

Ademais, a motivação à qual se refere a Concessionária encontra-se disposta no Voto que proferi nos autos do já mencionado regulatório nº. E-12/020.259/2011 e que originou a Deliberação AGENERSA nº. 928, de 30/11/2011 - integralmente mantida por ocasião da análise do Recurso interposto pela CEG, nos termos do Voto de Relatoria do Conselheiro Moacyr Almeida Fonseca, na Sessão Regulatória realizada em 29/03/2012, que por sua vez originou a Deliberação AGENERSA nº. 1035/2012 -, cujas peças são de pleno conhecimento da Concessionária, tendo esta Agência, conforme anteriormente afirmado, lhe garantido 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 Infração⁷, 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 utiliza-se 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.

O próximo ponto atacado pela Concessionária se traduz na afirmação de 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", o que desrespeitaria a necessidade de regulação prévia antes de se penalizar. Alega, ainda, que a Concessionária "(...) foi punida pelo suposto descumprimento às suas próprias Normas Técnicas, o que não tem força de lei, cabendo a Agência Reguladora aplicar a penalidade se houvesse descumprimento ao contrato de concessão, o que não houve".

⁷ Pois como anteriormente afirmado, a fundamentação para a penalização é o Voto.

Rúbrica: f

Não há motivo para se concordar com esta assertiva, já que o procedimento adotado por esta Agência encontra-se devidamente regulamentado⁸, verificando-se resguardado o direito da Concessionária ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.

De fato, é inafastável a necessidade do devido processo legal para a caracterização de uma irregularidade e aplicação da correspondente penalidade, o que foi rigorosamente obedecido no processo nº. E-12/020.259/2011, tendo a Concessionária, naqueles autos, lançado defesa de seus interesses, restando a questão exaustivamente discutida.

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, procedimento incompatível com o presente processo.

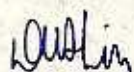
Mais uma vez lembramos à Impugnante que o procedimento em tela se presta, tão-somente, à cobrança da penalidade aplicada naqueles autos, sendo o Auto de Infração o meio para tal.

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, 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 048, de 02/05/2012, negando-lhe provimento.

É o Voto.



Darcilia Leite
Conselheira-Relatora

⁸ Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007.

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE
INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA -
PROCESSO REGULATÓRIO E-
12/020.259/2011.

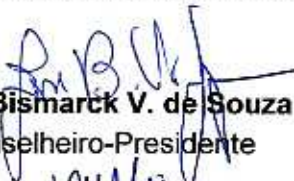
O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/020.578/2011, por unanimidade,

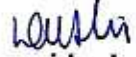
DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 048, de 02/05/2012, negando-lhe provimento.

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

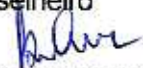
Rio de Janeiro, 26 de julho de 2012.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Relatora


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.578/2011

Data 05/12/2011 Fls.: 74

Rúbrica: ✓