

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1196

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1196

DE 26 DE JULHO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - Auto de

Infração - Penalidade de MULTA-Processo Regulatório E -12/020.548/2011.

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 n°. E-12/020.629/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1°. Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG ao Auto de Infração n°. 061/2012, negando-lhe provimento e mantendo-o íntegro para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

Art. 2°. 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- 12/020.629/2011

Autuação: 23/12/2011

Concessionária: CEG

Assunto: Auto de Infração - Penalidade de MULTA
- Processo Regulatório E -
12/020.548/2011

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 - 12/020.548/2011", tendo como justificativa o art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 943/11.¹

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 943 DE 20 DE DEZEMBRO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG - RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE E-020/11. VISTORIA REALIZADA NO DIA 22/11/2011. VERIFICAÇÃO DA QUALIDADE DAS OBRAS.

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-12/020.548/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º. Aplicar à concessionária CEG a penalidade de multa, com base na Cláusula Dez, inciso IV, do Contrato de Concessão, combinado com o art. 16, inciso VIII, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº001/2007, por deixar de realizar adequadamente as obras que se propôs, listadas no Relatório de Fiscalização E-020/11, necessárias ao serviço concedido, de modo a assegurar os requisitos da prestação dos serviços aludidos no §3º da Cláusula Primeira do Contrato de Concessão, desobedecendo os princípios da eficiência, regularidade, continuidade, segurança, e qualidade, no percentual de 0,005% (cinco milésimos por cento) correspondente aos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, sendo esta em 22/11/2011 (data de lavratura do Termo de Notificação 017/2011).

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 nº001/2007.

Art. 3º. Determinar que os autos sejam encaminhados à CAENE para prosseguir com a fiscalização.

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

Rio de Janeiro, 20 de dezembro 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. 14 consta a cópia da Deliberação supramencionada, publicada no DOERJ em 30/12/2011.

Em 23/12/2011 a SECEX encaminha os autos à CAPET para o cálculo da multa pecuniária e a Câmara Técnica aponta o valor total de R\$ 149.055,89 (cento e quarenta e nove mil, cinquenta e cinco reais e oitenta e nove centavos), conforme fls. 05/06.

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 1060/2011, que decidiu por conhecer o Recurso interposto pela Concessionária para, no mérito, negar-lhe provimento (cópia da publicação de 07/05/2012 à fl. 43).

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 943, bem como verificação quanto a existência de demanda judicial e parecer quanto à possibilidade de aplicação da penalidade.

Em 20/04/2012, a Procuradoria informou não constar em seu banco de dados demanda judicial para o administrativo em questão e concluiu que a Minuta de Auto de Infração atende as exigências da legislação em vigor. No entanto, ressaltou, à época, que a Agência estava impedida de lavrar o Auto de Infração, porque havia pendência no julgamento do recurso.

À fl. 21 consta o Auto de Infração nº 061/2012 lavrado, assinado e entregue ao Autuado (CEG) na data de 24/05/2012.

De fls. 22 a 43, tem-se cópias do relatório do processo regulatório E-12/020.548/2011, do voto nele proferido, relatório e voto da Conselheira relatora do Recurso, cópias das publicações das Deliberações 943/11, 1060/12, e apuração do valor da multa realizado pela CAPET.

Em 31/05/2012 a Concessionária oferece IMPUGNAÇÃO (fls. 44 a 49) ao Auto de Infração nº 061/2012 e suscita os seguintes argumentos:

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

[assinatura]



Afirma que dispõe do prazo de 05 (cinco) dias úteis para o oferecimento de Impugnação e, por ter recebido o Auto de Infração em 24/05/2012 e apresentada sua peça em 31/05/2012, esta se faz 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 prevêem 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. 061/2012, 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 da Concessionária.

Esclarece que "(...) a motivação apenas faz referência ao processo E - 12/020.548/2011, que, na realidade, não serve como justificativa, para demonstrar a validade do presente Auto de Infração" e 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.

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 isso não ocorreu.

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, ainda, "(...) 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."

IV) 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. 51/55), 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 em "(...) 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 Ilm^a. Conselheira Darcília Leite nos autos do processo E-12/020.059/2007, que ainda que a AGENERSA não possuísse 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, o jurídico verifica que as informações contidas no item 10 do AI são divididas em subitens e o subitem 10.2 apresenta o artigo da Deliberação que determinou a aplicação da penalidade, assim como o subitem 10.2.1 apresenta a tipificação da penalidade aplicada. Quanto aos valores discriminados que perfazem a penalidade pecuniária, extrai "(...) 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."

Aduz que, com base no princípio processual da Instrumentalidade das formas (arts. 154 e 244 do CPC), segundo o qual "os atos processuais solenes são considerados válidos ainda que praticados por forma diversa da prescrita em lei, desde que alcancem sua finalidade essencial", o citado instrumento cumpriu a finalidade, "(...) 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."

Afirma que os supostos vícios suscitados pela Concessionária, quando comparados com a finalidade essencial do Auto de Infração, não têm o condão de ensejar a declaração de nulidade do mencionado instrumento, sob pena de 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."

Ressalta 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."

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 para só posteriormente penalizá-la.

Mg.



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 061/2012, requerendo a sua nulidade.

É o relatório.

Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator



Processo nº: E-12/020.629/2011

Autuação: 23/12/2011

Concessionária: CEG

Assunto: Auto de Infração - Penalidade de
MULTA - Processo Regulatório E -
12/020.548/2011

Sessão Regulatória: 26 de Julho de 2012

VOTO

Trata-se de analisar Impugnação tempestivamente apresentada pela Ceg ao Auto de Infração nº 061/2012, através do qual a AGENERSA realiza a cobrança da multa imposta na Deliberação nº. 943/2011¹, originária do processo E 12/020.548/2011.

Em análise aos argumentos apresentados pela Concessionária, tenho a afirmar, em princípio, que à CEG foi garantido amplo direito de defesa no processo E-12/020.548/2011, 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 1060/2011.

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 prevêem 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-12/020.548/2011, cujo teor é de pleno conhecimento da Concessionária, que nele se manifestou, consta a motivação que a CEG alega inexistir.

Vale ressaltar, ainda, o parecer da Procuradoria no presente feito, que rechaça a alegação de cerceamento do direito de defesa, porque 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."*

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.

Com efeito, o presente processo se presta à cobrança da penalidade aplicada pela Deliberação nº 943/2011, 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-12/020.548/2011, no qual foi concedido à Concessionária, repita-se, o amplo direito de defesa.

pd

Diante do exposto, proponho ao Conselho Diretor:

Art. 1º. Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG ao Auto de Infração nº. 061/2012, negando-lhe provimento e mantendo-o íntegro para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

Assim voto.

[assinatura]
Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1196

CONCESSIONÁRIA CEG - Auto de
Infração - Penalidade de MULTA -
Processo Regulatório E-12/020.548/2011.

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 E- 12/020.629/2011, por unanimidade.

DELIBERA:

Art. 1º. Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG ao
Auto de Infração nº. 061/2012, 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
José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro Presidente

Darcília Aparecida da Silva Leite
Darcília Aparecida da Silva Leite
Conselheira

Moacyr Almeida Fonseca
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro

Luigi Eduardo Troisi
Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca
Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator