

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1219

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1219

DE 28 DE AGOSTO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - ACIDENTE COM VÍTIMA DE QUEIMADURAS, OBRA REALIZADA PELA
CONCESSIONÁRIA NO IMÓVEL SITUADO A RUA SANTANA DE IPANEMA.

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-33/100.445/2004, por
unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º. Considerar cumprido o art. 1º da Deliberação nº. 066/2006.

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

Rio de Janeiro, 28 de agosto 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 n.º : E-12/020.631/2011
Data de autuação: 23/12/2011
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de Infração - Penalidade de Multa - Processo Regulatório
E-12/020.317/2009.
Sessão Regulatória: 28/08/2012

RELATÓRIO

Trata-se de impugnação apresentada pela Concessionária CEG ao Auto de Infração n.º 042/2012, de 17 de abril de 2012. (*anexo*)

Inicialmente, sustentou a Concessionária pela tempestividade da peça de defesa, tendo em vista que o AI foi recebido pela mesma em 25/04/2012, sendo seu *dies ad quem* na data de 06/04/2012.

Em sede preliminar, alegou suposta ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, sob os seguintes argumentos:

" (...)

Ora, se fosse intenção do Poder Concedente que as penalidades aplicadas em face desta Concessionária, se dessem através da lavratura do auto de infração, sem dúvida alguma haveria expressa disposição neste sentido no Contrato de Concessão, tal como ocorre com outras Concessionárias de Serviço Público deste Estado.

Não obstante a previsão, pelo Decreto n.º 36.618, 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 RIO, qualquer norma estabelecendo que a aplicação de penalidades far-se-á por meio da lavratura do auto de infração.

(...)"

No mérito, alegou suposto descumprimento das formalidades legais, aduzindo:

"(...)"

Frise-se que, no campo 10 do auto de infração ora impugnado, não consta de forma pormenorizada a motivação que ensejou a aplicação de penalidade de multa em face desta Concessionária, o que, indubitavelmente, dificulta o amplo direito de defesa desta Concessionária.

Cumpre esclarecer 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.

(...)"

Ainda no mérito, pontuou a exigência de regulação prévia à imposição de eventual penalização, vejamos:

"(...)"

No caso em tela, 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.

A Concessionária foi punida pelo suposto descumprimento à 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.

(...)

Sobreleva notar 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.

Portanto, 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.

(...) "

Por fim, concluiu a Concessionária requerendo o recebimento da impugnação com efeito suspensivo, bem como o acolhimento da preliminar suscitada para considerar nulo o auto de infração.

Realçou, ainda, em suas conclusões, *ipsis verbis*:

"Na remota hipótese de rejeição da preliminar ora suscitada, no mérito, sejam tornadas insubsistentes as alegações descritas no auto de infração, julgando-se improcedente o mesmo, eis que ausentes

glo

*os fundamentos que justificam sua lavratura,
tornando sem efeito a aludida autuação (...)"*

Em 08/05/2012, a Procuradoria desta AGENERSA, ao se pronunciar, opinou pela tempestividade da referida impugnação, bem como enfatizou a carência de embasamento legal quanto a alegação da ausência de previsão no Contrato de Concessão, o que obstaría a lavratura do AI.

Ato contínuo, afirmou terem sido observadas as exigências formais previamente estabelecidas para a lavratura do Auto de Infração, além do amparo de sua autuação conforme disposição da Lei estadual n.º 4.556/05.

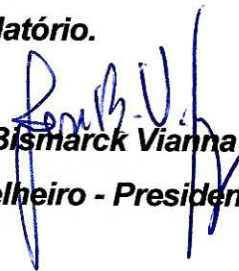
Por fim, concluiu que o Auto de Infração atendeu seus requisitos legais, devendo o mesmo ser mantido, com o consequente improvimento da impugnação.

Às fls. 41, consta despacho da Secretaria Executiva remetendo os autos a meu gabinete para ciência e manifestação.

Por intermédio de minha assessoria, a Concessionária foi instada¹ a apresentar suas manifestações.

Através da correspondência DIJUR - E - 903/12, ao se pronunciar, a CEG reiterou os argumentos defendidos na peça de Impugnação.

É o relatório.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro - Presidente - Relator

¹ AGENERSA/CODIR/JB nº059/2012.

AUTO DE INFRAÇÃO N.º 042/2012

1 - AUTO DE INFRAÇÃO nº. 042/2012		2 - LOCAL, DATA E HORÁRIO: AGENERSA, RIO DE JANEIRO, 17/04/2012 15:03													
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 - Bairro São Cristóvão	7 - MUNICÍPIO/UF Rio de Janeiro/RJ													
8 - Nº. da Deliberação / Data de Publicação Deliberação AGENERSA nº 949, de 20 de dezembro de 2011, publicada no Diário Oficial de 30/12/2011.		9 - PROCESSO Processo Administrativo nº. <u>E-12/020.631/2011</u> (autuado para acompanhamento de aplicação de penalidade) Processo Regulatório nº. <u>E-12/020.317/2009</u>													
10 - RELATO E ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO 10.1 - Relato da Conduta: Processo Regulatório nº. <u>E-12/020.317/2009</u>. Em vistoria realizada no dia 22/09/09, em obras de Emergência e Manutenção de Redes na Rua Marechal Floriano, nº 79 ao 235- Centro, na Rua Joaquim Palhares, Bairro do Estácio, na Rua Felício dos Santos, no Bairro de Santa Teresa, no Município do Rio de Janeiro, os itens abaixo enumerados se encontram em desconformidade, conforme Relatório de Fiscalização CAENE P-0010/09. Foram verificadas principalmente as condições de acabamento e segurança das obras, nos aspectos de durabilidade, identificação, sinalização, proteção para os pedestres, e Prevenção de acidentes viários. A sinalização para o desvio de tráfego deficiente, sem cavaletes, cones, sem iluminação, apenas com pedaços de baldes vermelhos, sem lâmpadas internas ou fiações, em alguns poucos pontos das obras, alguns funcionários sem equipamentos de proteção, A identificação da obras, neste caso, uma placa identifica apenas seus responsáveis diretos, não contendo informações necessárias do órgão regulador. 10.2 - Enquadramento da(s) conduta(s) descrita(s) no item 10.1, tipificando o(s) fato(s) como infração(ões) às disposições: Descumprimento das NT-215 —BRA, NT-813-BRA e NT-131-BRA: Manual de Sinalização de trânsito da CET-RIO; Padrões Básicos de Sinalização de Obras da CET-RIO; Normas para execução de Obras, Reparos e Serviços em vias públicas — O-COR - Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro; Manual Especificações Sinalização — Gerência de Relações Externas - CEG; Manual de Segurança para Obras de Construção e Manutenção de Redes e Ramais - CEG, bem como art. 16, VIII da Instrução Normativa CD nº 001/2007 e a Cláusula Quarta, §1º, item 6 do Contrato de Concessão. 10.2.1 — Descumprimento da(s) seguinte(s) Cláusula(s) do Contrato de Concessão: Cláusula Primeira, § 3º e Cláusula Quarta, §1º, item 6 do Contrato de Concessão. 10.3 - Natureza da penalidade: Penalidade de multa, no valor de 0,001% (um milésimo por cento), do montante do seu faturamento dos últimos 12 (doze) meses, com base na Cláusula Décima, do Contrato de Concessão e no art. 16, VIII, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, de 04/09/07. 10.3.1 — Valor da multa (acrescido atualização monetária): R\$ 27.585,88 (vinte e sete mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e oitenta e oito centavos). <table border="1"> <tr> <td>Valor</td> <td>R\$</td> <td>23.478,05</td> </tr> <tr> <td>Juros Moratórios</td> <td>R\$</td> <td></td> </tr> <tr> <td>Atualização Monetária</td> <td>R\$</td> <td>4.107,83</td> </tr> <tr> <td>Total</td> <td>R\$</td> <td>27.585,88</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. 40.431/06 (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)				Valor	R\$	23.478,05	Juros Moratórios	R\$		Atualização Monetária	R\$	4.107,83	Total	R\$	27.585,88
Valor	R\$	23.478,05													
Juros Moratórios	R\$														
Atualização Monetária	R\$	4.107,83													
Total	R\$	27.585,88													
11 - NOMES DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO Cíntia Pitz P. Pinheiro Fábio Cortes do Nascimento Jorge Luiz Gomes Calfo		12 - Cargo Secretária Executiva Gerente de Câmara Gerente de Câmara	13 - MATRÍCULA 210-5 154-5 147-9												
14 - Representante da Concessionária		15 - Cargo	16 - RG												
17 - ASSINATURA DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO Cíntia Pitz P. Pinheiro Secretária Executiva Fábio Cortes do Nascimento Gerente de Câmara Jorge Luiz Gomes Calfo Gerente de Câmara Assinatura do Agente de Fiscalização		18 - ASSINATURA DO AUTUADO Data, ____/____/____ Declaro estar ciente do conteúdo do presente Auto de Infração. Assinatura do Autuado													
19 - OBSERVAÇÕES Anexo: Memória de Cálculo, Deliberação AGENERSA nº 949, de 20 de dezembro de 2011, publicada no Diário Oficial de 30/12/2011. Relatório de Fiscalização CAENE P-0010/09															

Processo nº. : E-12/020.631/2011
Data de autuação: 23/12/2011
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de Infração - Penalidade de Multa - Processo Regulatório
E-12/020.317/2009.
Sessão Regulatória: 28/08/2012

VOTO

Cinge-se a análise de impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração - AI nº. 042/2012 (*vide fls. 56*).

Registro, inicialmente, a tempestividade da presente defesa, tendo em vista sua apresentação em tempo hábil, conforme disposição expressa da Instrução Normativa CODIR n.º 001/2007.

Em caráter preliminar, não posso prover a impugnação em análise, *vide* razões abaixo.

Como primeiro argumento, a Concessionária alega suposta ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, e por isso, no seu entendimento, ensejaria óbice à aplicação da penalidade.

Neste diapasão, destaco pronunciamento da Concessionária, que assim se manifestou:

"(...) Ora, se fosse intenção do Poder Concedente que as penalidades aplicadas em face desta Concessionária, se dessem através da lavratura de auto de infração, sem dúvida alguma haveria expressa disposição neste sentido no Contrato de Concessão, tal como ocorre com outras Concessionárias de Serviço Público deste Estado."

Desta feita, entendo que para aplicação de uma penalidade quando da fiscalização contratual, basta uma imposição legal, não sendo a ausência de previsão no Instrumento Concessivo causa obstativa.

Nunca é tarde relembrar que, como principal mandamento nuclear do sistema administrativo, o princípio da legalidade subsume a imposição legal frente a atuação administrativa, devendo a Administração Pública somente atuar de acordo com os ditames legais.

Logo, fazendo uma análise entre a legalidade dos atos administrativos e a atuação da AGENERSA, trago a disposição do inciso IV, previsto no artigo 4º, da Lei n.º 4.556/05, *ipsis verbis*:

"Art. 4º - Compete à AGENERSA, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:

*IV - **fiscalizar**, diretamente ou mediante delegação, os aspectos técnico, econômico, contábil e financeiro, sempre nos limites estabelecidos em normas legais, regulamentares ou pactuais, os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, **aplicando diretamente as sanções cabíveis**;" (Grifei)*

Cabe asseverar que a atribuição para aplicação das sanções impostas é de competência da Secretaria Executiva, consoante inciso XX, artigo 23, Decreto n.º 38.618/2005:

"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."

Sendo assim, em que pese qualquer ausência de previsão no instrumento concessivo a respeito do Auto de Infração, a atuação da AGENERSA encontra guarida no princípio da legalidade, sobrepondo qualquer omissão contratual.

Ainda em preliminar, quanto ao requerimento de efeito suspensivo, **indefiro** o mesmo por não terem sido demonstrados, pela Concessionária, os preenchimentos dos requisitos autorizadores para sua concessão.

Visto o conteúdo preliminar, passo à análise meritória da presente impugnação:

I - Da Ausência de Descumprimento das Formalidades Legais

A impugnação é o instrumento idôneo que possui o escopo de contestar os requisitos formais do Auto de Infração, ou seja, apontar a existência de vícios inerentes ao revestimento exterior do ato administrativo.

O argumento que a Concessionária traz não é suficiente para ensejar a nulidade do presente Auto, pois, tendo em vista a existência de um processo principal, onde foi discutido toda questão *fático-probatória* do mérito, sua referência, através da Deliberação originada do mesmo, supre qualquer vício alegado, pois, o mesmo consubstancia motivação para imputação da penalidade.

Nesse diapasão, trago manifestação da Procuradoria, *verbis*:

"(...)

Como se nota, a defesa trazida pela Concessionária CEG 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.

(...) " (Grifei)

Portanto, não prospera a alegação da Concessionária.

II - Da Necessidade de Exigência de Regulação Prévia à Imposição de Eventual Penalização

Nesse ponto, ao analisar os argumentos da Concessionária, constato seu intuito de revolver matéria diversa do que se impõe ao instrumento da Impugnação.

Sendo assim, por não se tratar de questão direcionada ao aspecto formal do Auto de Infração, invoco o Enunciado n.º 2, da Instrução Normativa CODIR n.º 009 - 2010, vejamos:

"A impugnação ao Auto de Infração decorrente da decisão do Conselho-Diretor não é sucedâneo recursal e, portanto, deve se restringir aos aspectos formais do Auto de Infração."

Desta feita, não conheço o argumento esposado.

III - Da Sugestão ao Conselho Diretor

Pelo exposto, torna-se possível extrair - dos argumentos apresentados - que não merece prosperar os argumentos da Concessionária, e, por isso, sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 042, de 17/04/2012, negando-lhe provimento.

É como voto.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro - Presidente - Relator

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1218

DE 28 DE AGOSTO DE 2012.

**Concessionária CEG - Auto de Infração -
Penalidade de MULTA - Processo Regulatório
E-12/020.317/2009.**

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, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E - 12/020.631/2011, por unanimidade,

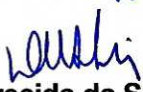
DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 042, de 17/04/2012, negando-lhe provimento.

Art. 2º - A presente Deliberação entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 28 de Agosto de 2012.


José Bismarck Vianha de Souza
Conselheiro - Presidente - Relator


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro