

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1229

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1229

DE 28 DE AGOSTO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA -
PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.392/2011.

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-12/020.575/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em
face do Auto de Infração nº 092, de 20/07/2012, negando-lhe provimento.

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

Rio de Janeiro, 28 de agosto 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-12/020.575/2011
Data de autuação 05/12/2011
Concessionária CEG
Assunto Auto de Infração – Penalidade de MULTA – Processo
Regulatório E-12/020.392/2011.
Sessão Regulatória 28/08/2012

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.575/2011

Data 05/12/2011 Fls.: 51

Rúbrica: f

Relatório

Trata-se de Impugnação¹ protocolizada nesta AGENERSA em 03/08/2012, pela Concessionária CEG, em face do Auto de Infração nº 092/2012².

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 092/2012 (...)".

No mérito, afirma 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 requisitos

¹ Fls. 36/42 - noticiada no despacho da SECEX de fls. 43, que encaminha o feito à Procuradoria da AGENERSA, para manifestação.

² Fls. 25 - emitido por esta Autarquia em 20/07/2012 e recebido pela CEG em 27/07/2012.

³ "(...) considerando-se que auto de infração em questão foi recebido (...) no dia 27/07/2012 (sexta-feira), o prazo para oferecimento de defesa iniciou-se em 30/07/2012 (segunda-feira) e terá o seu término em 03/08/2012 (sexta-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 JUTURNAIBA - há expressa previsão contratual, no sentido de que as penalidades serão aplicadas mediante a lavratura do competente auto de infração".

para a lavratura do auto de infração (...)", de cuja análise constata "(...) que o auto de infração nº. 092/2012, 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 (...); 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 ao 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 caso"⁷; 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 092/2012" 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, tornando sem efeito a aludida autuação (...)" (grifos no original).

Às fls. 44/47, a Procuradoria apresenta Parecer⁹, no qual destaca a competência legal desta AGENERSA "(...) de zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições", em decorrência da qual lhe cabe " (...) instaurar Processo Administrativo

u

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 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 Assistente Igor Alves Pegado da Silva e do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

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, 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 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".

No que tange à alegação de descumprimento das formalidades legais na lavratura do Auto de Infração impugnado, depreende, "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; referindo-se à alegação de cerceamento de defesa, afirma que a mesma "(...) 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"; defende que "(...) não merece prosperar a tese de ausência de regulação prévia, onde [a CEG] sustenta que a AGENERSA deve preliminarmente fiscalizar os serviços públicos prestados pelas Concessionárias, como condição à aplicação de penalidades"; no que tange à alegação de exigência de regulação prévia antes de se impor eventual penalização, lembra o Parecerista que "(...) uma das principais funções desta autarquia é 'zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços relativos à esfera de suas atribuições'; ressalta que "(...) a concessionária tem ciência das suas obrigações pois estão sacramentadas no Contrato de Concessão, não merecendo prosperar, portanto, o argumento que esta deve [ser] fiscalizada e só posteriormente penalizada"; afirma que "(...) amparada está a atuação desta AGENERSA no exercício precípua de sua competência regulatória disciplinada pela Lei estadual nº. 4.556/2005"; e conclui que "(...) o Auto de Infração ora impugnado atende

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 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), anexo este que integra o Auto de Infração".

¹³ 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".

aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido e, conseqüentemente 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 087, de 14/08/2012¹⁵, encaminha à CEG cópia de inteiro teor dos presentes autos, comunica a conclusão de sua instrução e assina o prazo de 05 (cinco) dias para a apresentação de razões finais.

Na data de 20/08/2012, a CEG protocoliza nesta Agência a correspondência DIJUR-E-1522/12¹⁶, pela qual reitera "(...) as respostas anteriormente encaminhadas à AGENERSA, bem como a Impugnação interposta em face do Auto de Infração nº. 092/2012" e requer o "(...) julgamento da Impugnação, com o seu devido provimento".

É o Relatório.



Darcília Leite

Conselheira-Relatora

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.575/2011

Data 05/12/2011 Fls.: 54

¹⁴ Fls. 48 – mediante despacho da SECEX.

¹⁵ Fls. 49, recebido pela CEG na mesma data.

¹⁶ Fls. 50.

2ª via

1 - AUTO DE INFRAÇÃO nº. 092/2012		2 - LOCAL, DATA E HORÁRIO AGENERSA, RIO DE JANEIRO, 20/07/2012 14:40	
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 501, de 30 de novembro de 2011, publicada no Diário Oficial de 08/09/2011 integrada pela Deliberação AGENERSA nº 1.139, de 29 de junho de 2012, publicada no Diário Oficial de 16/07/2012.		9 - PROCESSO Processo Administrativo nº. E-12/020.575/2011 (autuado para acompanhamento de aplicação de penalidade) Processo Regulatório nº. E-12/020.194/2011	

10 - RELATO E ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO

10.1 - Relato da Conduta:

Processo Regulatório nº. E-12/020.392/2011 - Instalação de Gás. Devido ao descumprimento do prazo de 30 (trinta) dias previsto para execução de ramal, conforme previsto no Contrato de Concessão, em seu Anexo II - Requisitos de Qualidade e Segurança dos Serviços, Parte 2 - Serviços aos Usuários/Prazos de Atendimento, item 13 - Prazo de Atendimento aos Usuários, letra "A" - Serviços Obrigatórios. Comprovada e recorrente inobservância às regras contratuais.

10.2 - Enquadramento da(s) conduta(s) descrita(s) no item 10.1, tipificando a(s) infração(ões) às disposições:

Claúsulas Primeira, Quarta, Décima, Anexo II, Parte 1 - item 13 do contrato de concessão e art. 17, I da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007.

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

Claúsulas Primeira, Quarta, Décima, Anexo II, Parte 1 - item 13 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 I da Instrução Normativa AGENERSA nº 01, de 04/09/2007, devido ao descumprimento do prazo de 30 (trinta) dias previsto para execução de ramal, conforme previsto no Contrato de Concessão, em seu Anexo II - Requisitos de Qualidade e Segurança dos Serviços, Parte 2 - Serviços aos Usuários/Prazos de Atendimento, item 13 - Prazo de Atendimento aos Usuários, letra "A" - Serviços Obrigatórios.

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

Valor	R\$ 20.889,97
Atualização Monetária	R\$ 395,38
Total	R\$ 20.285,30 (vinte 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 ERI - 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 41, inciso II)

11 - NOMES DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO Fábio Cortes do Nascimento Jorge Luiz Gomes Calfo Ronan dos Santos Gomes		12 - Cargo Gerente de Câmara Gerente de Câmara Chefe de Gabinete	13 - MATRÍCULA 154-5 210-5 308-7
14 - REPRESENTANTE DA CONCESSIONÁRIA Flávia da Silva Fernandes		15 - CARGO Advogada	16 - RG 120840048/RT
17 - ASSINATURA DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO Fábio Cortes do Nascimento Gerente de Câmara Assinatura do Agente de Fiscalização		18 - ASSINATURA DO AUTUADO Data: 27/07/2012 Flávia da Silva Fernandes Advogada Assinatura do Autuado	

Ronan dos Santos Gomes
Chefe de Gabinete
Matri.: 308-7
Respondendo pela SECEX
Data: 27/07/2012

19 - OBSERVAÇÕES

Anexo: Relatório/Voto/Memória de Cálculo; Deliberação AGENERSA nº 921, de 30 de novembro de 2011, publicada no Diário Oficial de 08/09/2011, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 1.139, de 29 de junho de 2012, publicada no Diário Oficial de 16/07/2012.

OAB-RJ nº 120840

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.575/2011

Data: 05/12/2011 Fm: 55

Processo nº. E-12/020.575/2011
Data de Autuação 05/12/2011
Concessionária CEG
Assunto Auto de Infração - Penalidade de MULTA – Processo
Regulatório E-12/020.392/2011.
Sessão Regulatória 28/08/2012.

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.575/2011

Data 05/12/2011 Fls.: 56

Rúbrica: 

Voto

Trata-se de analisar a Impugnação apresentada tempestivamente¹ pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 092/2012², por meio do qual esta Agência realiza a cobrança da multa imposta pela Deliberação AGENERSA nº. 921, de 30/11/2011, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 1139, de 19/06/2012, ambas editadas nos autos do processo regulatório E-12/020.392/2011.

Revela-se fundamental consignar que esta Autarquia garantiu à CEG, em todas as etapas do processo nº E-12/020.392/2011, 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. 

¹ O Auto de Infração foi recebido por representante da Concessionária em 27/07/2012; 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 03/08/2012.

² Fls. 25.

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 pomenorizada 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"⁵ (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 descumprida⁶, razão pela qual o presente argumento não merece ser acolhido.

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 Fls. 64.

⁶ "10.1 – Relato da Conduta: Processo Regulatório E-12/020.392/2011 - Instalação de Gás. Devido ao descumprimento do prazo de 30 (trinta) dias previsto para execução de ramal, conforme previsto no Contrato de Concessão, em seu Anexo II - Requisitos de Qualidade e Segurança dos Serviços, Parte 2 - Serviços aos Usuários/Prazos de Atendimento, item 13 - Prazo de Atendimento aos Usuários, letra 'A' - Serviços Obrigatórios. Comprovada e recorrente 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: Cláusulas Primeira, Quarta, Décima, Anexo II, Parte 1 - Item 13 do contrato de concessão e art. 17, I da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

10.2.1 - Descumprimento da(s) seguinte(s) Cláusula(s) do Contrato de Concessão: Cláusulas Primeira, Quarta, Décima, Anexo II, Parte 1 - item 13 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 I da Instrução Normativa AGENERSA nº. 01, de 04/09/2007, devido ao descumprimento do prazo de 30 (trinta) dias previsto para execução de ramal, conforme previsto no Contrato de Concessão, em seu Anexo II - Requisitos de Qualidade e Segurança dos Serviços, Parte 2 - Serviços aos Usuários/Prazos de Atendimento, item 13 - Prazo de Atendimento aos Usuários, letra 'A' - Serviços Obrigatórios".

Ademais, a motivação à qual se refere a Concessionária encontra-se disposta no Voto que proferi nos autos do já mencionado regulatório nº. E-12/020.392/2011 e que originou a Deliberação AGENERSA nº. 921, de 30/11/2011 - *integralmente mantida por ocasião da análise do Recurso interposto pela CEG, nos termos do Voto proferido pelo ilustre Conselheiro-Presidente-Relator José Bismarck Vianna de Souza, na Sessão Regulatória realizada em 19/06/2011, que por sua vez originou a Deliberação AGENERSA nº. 1139 -*, 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"*.

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.

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

⁸ Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007.

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-12/020.392/2011, 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.

Por fim, saliente-se que, ao examinar detidamente o Auto de Infração nº. 092/2012, verifiquei que o mesmo, no itens 10.2 - enquadramento das condutas, e 10.2.1 - descumprimento das cláusulas do Contrato de Concessão, contem equívoco - eis que se trata de descumprimento do Anexo 2, Parte 2, Item 13-A, e no citado instrumento de cobrança consta descumprimento do "Anexo 2, Parte 1, Item 13".

Ressalte-se que tal equívoco sequer foi suscitado pela CEG, sendo certo que o mesmo, nos itens 10.1 - Relato da Conduta e 10.3 - Natureza da Penalidade, encontra-se corrigido, conforme se pode observar da simples leitura de seu texto, que aponta expressamente o descumprimento dos prazos previstos no Anexo II, Parte 2, Item 13-A.

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.575/2011

Data 05/12/2011 Pág. 59

Trata-se, portanto, de mero erro material, que não acarretou qualquer prejuízo à defesa da Concessionária que, repise-se, sequer o suscitou. Nesse sentido, é a jurisprudência pátria, *verbis*:

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

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.

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.575/2011

Data: 05/12/2011 Pág.: 60

Rúbrica: +

Demais disso, cabe lembrar que, anexas ao Auto de Infração nº. 092/2012, foram encaminhadas à Concessionária cópias do Relatório, Voto e Deliberação AGENERSA nº. 921, de 30/11/2011, nos quais constam, expressamente, todos os fundamentos para aplicação da penalidade de multa, com a correlata indicação de descumprimento das Cláusulas e prazos dispostos no Contrato de Concessão.

Assim, deve-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, que defendeu-se do mesmo regularmente, cabendo, uma vez mais, alertar os subscritores do referido Auto de Infração quanto à necessidade de observância do correto lançamento de todos os dados na lavratura do mesmo.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 092, de 20/07/2012, negando-lhe provimento.

É o Voto.



Darcilia Leite
Conselheira-Relatora

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.575/2011

Data 05/12/2011 Pág.: 61

Rúbrica: +

AGENERSA

Agência Reguladora
de Energia e Saneamento Básico
do Estado do Rio de Janeiro

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1229



DE 28 DE AGOSTO DE 2012.

**CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO -
PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO
REGULATÓRIO E-12/020.392/2011.**

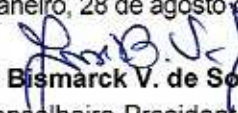
**O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA**, no uso de suas atribuições legais e
regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/020.575/2011, por
unanimidade,

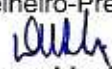
DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de
Infração nº 092, de 20/07/2012, negando-lhe provimento.

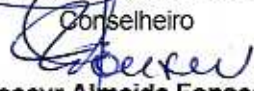
Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

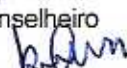
Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2012.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Relatora


Luiz Eduardo Troisi
Conselheiro


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.575/2011

Data: 05/12/2011 Fls.: 62

Rúbrica: +