

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1231

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1231 DE 28 DE AGOSTO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA -
PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.250/2011.

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-12/020.630/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º. Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG ao
Auto de Infração nº. 073/2012, 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, 28 de agosto de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza

Conselheiro - Presidente

Darcília Aparecida da Silva Leite

Conselheira

Luigi Eduardo Troisi

Conselheiro

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro - Relator

Processo nº: E-12/020.630/2011
Autuação: 23/12/2011
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de Infração - Penalidade de MULTA
- Processo Regulatório E -
12/020.250/2011
Sessão Regulatória: 28 de agosto de 2012

RELATÓRIO

Cuida-se de processo instaurado com o assunto "Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E - 12/020.250/2011", tendo como justificativa o art. 2º da Deliberação AGENERSA nº 944/11.¹

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 944 DE 20 DE DEZEMBRO DE 2011.
CONCESSIONÁRIA CEG – EXECUÇÃO DE SERVIÇO DE INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS E FORNECIMENTO DE GÁS. APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL — OCORRÊNCIA Nº50.9770.

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-12/020.250/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Determinar à CEG que cumpra o item I, do §1º, da Cláusula Quarta do Contrato de Concessão, ou seja, atender ao pedido de fornecimento ao consumidor, desde que satisfeitas as condições de rentabilidade de acordo com as taxas previstas no §9º, da Cláusula Sétima, de modo a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato; Caso se faça necessária a participação direta do consumidor no investimento necessário para atender ao próprio pedido de fornecimento, tal participação ficará limitada a 90% (noventa por cento) do total do investimento, visando sempre atingir as condições de rentabilidade, cumprindo os prazos contratuais.

Art. 2º - Aplicar à CEG a penalidade de multa prevista na Cláusula Dez, inciso III, do Contrato de Concessão c/c art. 17, inciso I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº001/2007, por deixar de observar o disposto no item I, do §1º, da Cláusula Quarta, no percentual de 0,001% (um milésimo por cento) correspondente aos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, utilizando-se o primeiro dia útil seguinte ao mês da solicitação (junho/2009) por falta de informação específica quanto ao dia.

Art. 3º - 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. 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; Darcilia Aparecida da Silva Leite - Conselheira;
Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro ; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro-Relator; Sérgio Burrowes
Raposo - Conselheiro

À fl. 03 consta a cópia da Deliberação supramencionada, publicada no DOERJ em 30/12/2011.

Em 27/02/2012 a SECEX encaminha os autos à CAPET para o cálculo da multa pecuniária e a Câmara Técnica aponta o valor total de R\$ 28.254,10 (vinte e oito mil, duzentos e cinquenta e quatro reais e dez centavos), conforme fls. 05/06.

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 944, 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 recursal.

De fls. 19 a 26, tem-se cópias do relatório e voto referentes ao Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação nº 944/11, resultando, na Sessão Regulatória de 24/05/2012, na Deliberação AGENERSA Nº 1093/2012, que decidiu por conhecer o Recurso interposto pela Concessionária para, no mérito, negar-lhe provimento (cópia da publicação de 25/06/2012 à fl. 28).

À fl. 31 consta o despacho da Procuradoria² aconselhando o regular prosseguimento do feito e, à fl. 33, o Auto de Infração nº 073/2012 lavrado, assinado e entregue ao Autuado (CEG) na data de 04/07/2012.

Em 11/07/2012 a Concessionária oferece IMPUGNAÇÃO (fls. 48 a 51) ao Auto de Infração nº 073/2012 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.

Afirma que dispõe de 05 (cinco) dias úteis para o oferecimento de Impugnação e, por ter recebido o Auto de Infração em 04/07/2012 e encerrar seu prazo de defesa em 11/07/2012, "(...) é indiscutível a tempestividade da presente impugnação."

² De 27/06/2012.

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."

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 neste sentido no Contrato de Concessão, tal como ocorre com outras Concessionárias de Serviço Público deste Estado."

Sustenta que não obstante a previsão da lavratura do Auto de Infração no Decreto 38.618/2005, o legislador quis referir-se a "(...) outras Concessionárias cujos marcos regulatórios prevêm tal situação, já que, inexistente no Contrato de Concessão da CEG, qualquer norma estabelecendo que a aplicação de penalidades far-se-á por meio da lavratura do auto de infração."

II) Do descumprimento das formalidades legais

Alega que o Auto de Infração deverá ser considerado nulo, na medida em que não foram cumpridas as formalidades legais exigidas para sua lavratura e que "(...) o auto de infração nº. 073/2012, 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 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) 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. 53/56), a Procuradoria se manifesta a respeito da Impugnação.

Em síntese, expõe que a Concessionária CEG ofereceu, tempestivamente, Impugnação em face do Auto de Infração e, no que tange à ausência de sua previsão no Contrato de Concessão, afirma que *"(...) ainda que não exista cláusula contratual que preveja a lavratura de Auto de Infração, a esta AGENERSA incumbe 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 os artigos utilizados para a aplicação da penalidade, assim como o subitem 10.2.1 apresenta o dispositivo do Contrato de Concessão violado. Quanto aos valores discriminados que perfazem a penalidade pecuniária, extrai *"(...) que os mesmos foram detalhados através de documentação 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.

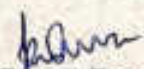
Observa³ "(...) que o Auto de Infração impugnado se coaduna com a finalidade pública de realização do interesse coletivo, elemento primacial de formação do ato administrativo."

Ressalta, quanto à alegação de cerceamento de defesa, 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."

Com base no exposto, conclui que "o Auto de Infração impugnado atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido e, por conseguinte a impugnação apresentada pela Concessionária CEG deve ser rejeitada".

Em razões finais, a Concessionária reitera as respostas anteriormente encaminhadas à AGENERSA, ratifica a defesa oferecida em face do Auto de Infração nº 073/2012, requerendo "(...) o julgamento da Impugnação, com seu devido provimento."

É o relatório.


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator

³ Destacando Hely Lopes Meirelles, em "Direito administrativo brasileiro", 32ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p.152.

Processo nº:	E-12/020.630/2011
Autuação:	23/12/2011
Concessionária:	CEG
Assunto:	Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E - 12/020.250/2011
Sessão Regulatória:	28 de Agosto de 2012

VOTO

Trata-se de decidir Impugnação tempestivamente apresentada pela CEG ao Auto de Infração nº 073/2012, através do qual a AGENERSA realiza a cobrança da multa imposta na Deliberação nº. 944/2012, originária do processo E 12/020.250/2011.

Diante dos já conhecidos e idênticos argumentos exibidos pela Concessionária com a finalidade de anular os Autos de Infração lavrados por esta Autarquia e tornar procedentes as Impugnações contra eles apresentadas, faço uso do Regimento Interno da AGENERSA para afastá-los, reportando-me, sem transcrevê-las, às razões de decidir exaustivamente expostas nos autos dos processos E-12/020.083/2011, E-12/020.539/2011, E-12/020.579/2011 e E-12/020.629/2011, porquanto pertinentes ao presente caso concreto, especialmente porque:

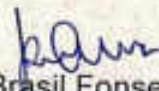
1) O art. 23, XX, do Decreto Estadual nº 38.618/2005 regulamentou a atribuição da AGENERSA em expedir Auto de Infração para a execução das penalidades impostas por Deliberação;

2) É indiscutível a validade do Auto de Infração nº 073/2012, uma vez que, como dito alhures, não se mostra razoável que o inteiro teor da fundamentação fosse transcrito no Auto de Infração, instrumento apenas materializador da penalidade imputada em processo específico. Ademais, a motivação consta no voto proferido nos autos do processo E-12/020.250/2011, cuja Deliberação deu origem ao Auto de Infração aqui impugnado, sendo lá oportunizado à Concessionária o amplo direito de defesa.

Diante do exposto, proponho ao Conselho Diretor:

Art. 1º. Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG ao Auto de Infração nº. 073/2012, negando-lhe provimento e mantendo-o íntegro para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

Assim voto.


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1233

CONCESSIONÁRIA CEG - Auto de
Infração - Penalidade de MULTA -
Processo Regulatório E-12/020.250/2011.

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- 12/020.630/2011, por unanimidade.

DELIBERA:

Art. 1º. Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG ao Auto de Infração nº. 073/2012, 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, 28 de Agosto 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