

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1234

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1234

DE 28 DE AGOSTO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA -
PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.505/2011.

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-12/020.131/2012, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º. Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG ao
Auto de Infração nº. 074/2012, 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

Darcilia Aparecida da Silva Leite

Conselheira

Luigi Eduardo Troisi

Conselheiro

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro - Relator

Processo nº: E- 12/020.131/2012
Autuação: 24/02/2012
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de Infração - Penalidade de MULTA
- Processo Regulatório E -
12/020.505/2011
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 - 12/020.505/2011", tendo como justificativa o art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 976/12.¹

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 976 DE 03 DE FEVEREIRO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG – VERIFICAÇÃO DA QUALIDADE DOS SERVIÇOS DE REPARO NA PAVIMENTAÇÃO DAS VIAS E PASSEIOS PÚBLICOS POR PARTE DA CEG.

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-12/020.505/2011, 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 nº001/2007, por deixar de realizar adequadamente as obras que se propôs, 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 a primeira em 30/11/2011 (data de lavratura do Termo de Notificação 020/2011);

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. Determinar que a SECEX encaminhe cópia da decisão desta Agência Reguladora ao Ministério Público Estadual e Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro.

Art. 5º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 03 de fevereiro de 2012.

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. 03 consta a cópia da Deliberação supramencionada, publicada no DOERJ em 24/02/2012.

A Deliberação que aplicou a penalidade foi alvo de Recurso interposto pela CEG, resultando na Deliberação AGENERSA Nº 1089/2012, que decidiu por conhecer o Recurso interposto pela Concessionária e, no mérito, deu-lhe parcial provimento, para reduzir a multa imposta no art. 1º ao patamar de 0,002% (dois milésimos) por cento do faturamento da CEG nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração (cópia da publicação de 25/06/2012 à fl. 44)²

Apontado o valor total³ de R\$ 59.700,50 (cinquenta e nove mil, setecentos reais e cinquenta centavos) pela CAPET, o processo é encaminhado a Procuradoria da AGENERSA para análise da Minuta de Auto de Infração, verificação quanto a conformidade em relação ao disposto na DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 976/2012, bem como verificação quanto a existência de demanda judicial e parecer quanto à possibilidade de aplicação da penalidade.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1089

DE 24 DE MAIO DE 2012*

CONCESSIONÁRIA CEG - VERIFICAÇÃO DA QUALIDADE DOS SERVIÇOS DE REPARO NA PAVIMENTAÇÃO DAS VIAS E PASSEIOS PÚBLICOS POR PARTE DA CEG - RECURSO À DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 976/12.

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-12/020.505/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG, em face da Deliberação nº 976/12, porquanto tempestivo, para, no mérito, dar-lhe parcial provimento, no sentido de reduzir a multa imposta no artigo 1º, para 0,002% (dois milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração.

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

Rio de Janeiro, 24 de maio de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza - Conselheiro -Presidente; Darcilia Aparecida da Silva Leite - Conselheira; Luigi Eduardo Troisi - Conselheiro; Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro - Relator; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro

³ Correspondente à soma de R\$ 59.327, 64, referente ao montante nominal da infração, com o valor de R\$ 372, 86, relativo à atualização monetária.

Em 27/06/2012, 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.

À fl. 49 consta o Auto de Infração nº 074/2012 lavrado, assinado e entregue ao Autuado (CEG) na data de 04/07/2012.

Em 11/07/2012 a Concessionária oferece IMPUGNAÇÃO (fls. 107 a 113) ao Auto de Infração nº 074/2012 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 do prazo de 05 (cinco) dias úteis para o oferecimento de Impugnação e, por ter recebido o Auto de Infração em 04/07/2012 e apresentada sua peça em 11/07/2012, 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 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. 074/2012, 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 e ressalta que "(...) é vedado à Administração Pública, proceder à confecção de um auto de infração, sem que sejam rigorosamente cumpridos os requisitos cabíveis", sob pena de nulidade do ato.

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."

Citando a cláusula 14, IV, do Contrato de Concessão, corrobora a necessidade de regulação prévia do tema e assevera "(...) 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. 117/120), 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 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 possuisse 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 (...)".

Destaca ser "(...) inegável 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."

Quanto ao descumprimento das formalidades legais, o jurídico verifica que as informações contidas no item 10 do AI são divididas em subitem 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."

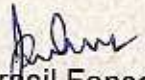
Ressalta que a CEG teve amplo acesso aos autos, "(...) participando de todas as fases processuais e interpondo os recursos previstos regimentalmente, em plena sintonia com as garantias constitucionais aplicáveis ao processo administrativo."

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.

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 e requer seja dado provimento à Impugnação apresentada.

É o relatório.


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator

Processo nº: E- 12/020.131/2012
Autuação: 24/02/2012
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de Infração - Penalidade de MULTA
- Processo Regulatório E -
12/020.505/2011
Sessão Regulatória: 28 de Agosto de 2012

VOTO

Trata-se de decidir Impugnação tempestivamente apresentada pela CEG ao Auto de Infração nº 074/2012, através do qual a AGENERSA realiza a cobrança da multa imposta na Deliberação nº. 976/2012, reformada pela Deliberação nº 1089/12, ambas originárias do processo E 12/020.505/2011.

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 074/2012, 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 nos votos proferidos nos autos do processo E-12/020.505/2011, cujas Deliberações deram origem ao Auto de Infração aqui impugnado, sendo lá oportunizado à Concessionária o amplo direito de defesa;

3) O fundamento da exigência de regulação prévia é descabido, diante da impossibilidade de se reabrir a discussão administrativa de mérito, sendo certo que o Auto de Infração deve ser Impugnado quanto à sua forma.

Diante do exposto, proponho ao Conselho Diretor:

Art. 1º. Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG ao Auto de Infração nº. 074/2012, negando-lhe provimento e mantendo-o íntegro para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

Assim voto.

[assinatura]
Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator

AGENERSA

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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.131/2012

Data 24/02/2012 Fls.: 137

Rubrica: *[assinatura]*



GOVERNO DO
Rio de
Janeiro

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1234

CONCESSIONÁRIA CEG - Auto de
Infração - Penalidade de MULTA -
Processo Regulatório E -12/020.505/2011.

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- 12/020.131/2012, por unanimidade.

DELIBERA:

Art. 1º. Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG ao Auto de Infração nº. 074/2012, 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.

[assinatura]
José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro Presidente

[assinatura]
Darcília Aparecida da Silva Leite
Conselheira

[assinatura]
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro

[assinatura]
Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro

[assinatura]
Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator