

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1235

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1235

DE 28 DE AGOSTO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA -
PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.514/2011.

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-12/020.132/2012, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em
face do Auto de Infração nº 072/2012, por tempestiva, para, no mérito,
negar-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

Luigi Eduardo Troisi

Conselheiro

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro - Relator

Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro

Processo nº.: E-12/020.132/2012
Autuação: 24/02/2012
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de Infração - Penalidade de
Multa - Processo Regulatório
E-12/020.514/2011.
Defesa prévia ao Auto de Infração nº
072/2012.
Sessão Regulatória: 28 de agosto de 2012

RELATÓRIO

O presente Processo Regulatório foi instaurado por meio do REQ AGENERSA/SECEX nº. 77, de 24/02/12, em razão da penalidade de multa aplicada à Concessionária CEG, conforme Deliberação AGENERSA nº 975/12, de 03/02/12¹, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 1.085², de 24/05/12.

Após apresentação de cálculo pela CAPET desta Agência, no montante de R\$30.864,03 (trinta mil, oitocentos e sessenta e quatro reais e três centavos) e parecer da Procuradoria no sentido dar prosseguimento ao presente processo, considerando atender a minuta de Auto de Infração (fls. 37) às exigências da legislação em vigor, foi expedido o Auto de Infração nº 072/2012, de 28/06/12, constante nos autos às fls. 41, devidamente recebido pela Concessionária em 04/07/2012.

1 - DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 975

DE 03 DE FEVEREIRO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG – REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS. OCORRÊNCIA Nº. 524791.

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-12/020.514/2011, por unanimidade,

Art.1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, devido ao descumprimento do disposto nas Cláusulas Primeira, §3º e Quarta, caput e §1º, Itens 4, 5, 9, 11 e 21 do Contrato de Concessão; com base na Cláusula Décima do instrumento concessivo, combinado com o art. 16, IV, e art. 18, I, ambos da Instrução Normativa nº. 01/2007, em razão dos fatos narrados no presente processo, relativos ao atendimento à cliente e por não ter atendido o requerimento da Ouvidoria desta AGENERSA.

DELIBERA:

Art.2º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária e a Câmara Técnica de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art.3º - Determinar que a SECEX encaminhe cópia da decisão desta Agência Reguladora à cliente.

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

2- DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1085

DE 24 DE MAIO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS OCORRÊNCIA Nº. 524791.

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-12/020.514/2011, por unanimidade,

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 975, de 03/02/2012, para no mérito negar-lhe provimento.

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

Conselheiro Moacyr Almeida Fonseca -

Processo E-12/020.132/2012

Página 1 de 5

Em 11/07/12, a Concessionária CEG protocolizou, nesta Agência, impugnação em face do mencionado Auto de Infração, na qual sustenta a tempestividade daquela peça visto que "(...) o auto de infração (...) foi recebido (...) no dia 04/07/2012, o prazo para oferecimento de defesa iniciou-se em 05/07/2012 e terá seu término em 11/07/2012".

Em segunda preliminar, argüi a ausência de previsão do auto de infração no Contrato de Concessão, baseando-se no parágrafo 2º da Clausula Décima³, por considerar que "(...) a aplicação de penalidades em face da Concessionária somente é possível por meio de processo administrativo, regularmente instaurado no âmbito dessa Agência Reguladora".

Acrescenta a Concessionária 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 celebrado com o Poder Concedente, razão pela qual é manifestamente indevida".

Ademais, ressalta a Concessionária que "(...) Não obstante a previsão, pelo Decreto n.º 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", razão pela qual requer "(...) o acolhimento da presente preliminar, com a declaração da nulidade do auto de infração nº 072/2012".

No mérito, afirma a Concessionária o descumprimento das formalidades legais, entendendo que "(...) deverá ser considerado nulo o presente auto de infração, na medida em que, o ilustre Gerente da Câmara de Energia e Secretária Executiva dessa AGENERSA, não cumpriram com as formalidades legais exigidas para a lavratura do auto de infração".

Sustenta que "(...) a Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007, publicada no DOERJ de 21/09/07, estabeleceu os requisitos para a lavratura do auto de infração; (...) o auto de infração n.º 072/2012, não preenche os requisitos necessários e imprescindíveis para que possa ser considerado válido; (...) observa-se que os ilustres agentes da AGENERSA, responsáveis pela sua lavratura, deixaram de obedecer a alguns requisitos de formalidade", quais sejam "(...) no campo 10 do auto de infração ora impugnado (RELATO E ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO), 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".

Entende a CEG 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". Esclarece que "(...) a motivação apenas faz referência ao processo E-12/020.514/2011, que, na realidade, não serve como justificativa, para demonstrar a validade do presente Auto de Infração".

³ - 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.

Assevera a Concessionária 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".

Afirma "(...) a falta das informações e formalidades acima elencadas, fere a legislação vigente e, via de consequência, cerceia o inalienável direito desta Concessionária ao exercício do contraditório e ampla defesa. (...) Portanto, diante da inexistência de motivação do ato administrativo pela AGENERSA, requer esta Concessionária o acolhimento das presentes alegações, com a declaração da nulidade do auto de infração nº 072/2012".

Por fim, sustenta que "(...) 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 os fundamentos que justificam sua lavratura, tornando sem efeito a aludida autuação, o que confia será deferido, por ser medida de extremo bom senso e Justiça".

Despacho da Secretária-Executiva, em 12/07/2012, encaminhando os autos à Procuradoria.

Às fls. 65/68, a Procuradoria desta Agência ofereceu seu parecer concluindo que: "(...) a Concessionária CEG ofereceu, tempestivamente, Impugnação em face do Auto de Infração lavrado em função de decisão proferida pelo Conselho Diretor, consolidada na Deliberação AGENERSA nº 975/12 integrada pela Deliberação nº 1.085/12".

Quanto às alegações de ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, aponta a Procuradoria que "(...) a Concessionária requer que seja declarada a nulidade do Auto de Infração nº. 072/2012, sustentando não haver amparo legal que o fundamente. (...) Primacialmente, útil se fez destacar que esta AGENERSA, por força de disposição legal, possui, dentre outras, a competência expressa de zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições⁴".

Acrescenta a Procuradoria que "(...) é válido registrar a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº.01/2007 que "Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pela Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro — AGENERSA nas ações de fiscalização das obrigações legais e contratuais das Concessionárias CEG e CEG RIO e na aplicação de penalidades àquelas Concessionárias, quando for o caso" e que "(...) ainda que essa AGENERSA não possuísse o supracitado regulamento de fiscalização e de eventual 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", conforme entendimento firmado pela Ilma. Conselheira Relatora, Darcília Aparecida da Silva Leite, nos autos E-12-020.059/2007".

⁴ - Artigo 4º, inciso I da Lei estadual nº 4556, de 06 de junho de 2005. Cria, estrutura dispõe sobre o funcionamento da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro — AGENERSA, e dá outras providências.

Por fim, conclui que "(...) Nessa linha de raciocínio, é 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, observa a Procuradoria que "(...) Da análise do citado instrumento, depreende-se que o mesmo contempla todos os elementos considerados inexistentes pela Concessionária. Verifica-se 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. Por sua vez, verifica-se que o subitem 10.2.1 apresenta a tipificação da penalidade aplicada. Por fim, 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".

Por outro lado, acrescenta a Procuradoria que "(...) os atos processuais solenes são considerados válidos ainda que praticados por forma diversa da prescrita em lei, desde que alcancem sua finalidade essencial, é válido enfatizar que, não merecem prosperar as alegações trazidas pela Concessionária 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".

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

Ademais "(...) Quanto à alegação de cerceamento de defesa, 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".

Ressalta a Procuradoria que "(...) ao auto de infração foram anexados os relatório/voto/memória de cálculo" e que "(...) amparada está a atuação desta AGENERSA no exercício precípua de sua competência regulatória disciplinada pela Lei estadual nº 4.556/2005".

Ao final, conclui a Procuradoria que "(...) o Auto de Infração impugnado atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido e, consequentemente improvida a impugnação apresentada pela Concessionária CEG".

Em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, foi expedido ofício AGENERSA/MF nº. 95/12 em 19/07/12, para a Concessionária apresentar suas considerações finais.

Em resposta ao ofício AGENERSA/MF nº. 95/12, de 19/07/12, a Concessionária apresentou, em 30/07/12, suas razões finais (DIJUR-E-1381/12), ratificando todas as considerações apresentadas na Defesa Prévia do Auto de Infração e confiando em seu acolhimento.

É o relatório.



Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator

Processo nº.: E-12/020.132/2012
Autuação: 24/02/2012
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de Infração - Penalidade de
Multa - Processo Regulatório
E-12/020.514/2011.
Sessão Regulatória: 28 de agosto de 2012

VOTO

Trata-se de analisar a Impugnação apresentada pela CEG em face do Auto de Infração nº 072/2012, por meio do qual esta Agência aplicou a penalidade de multa à Concessionária, no percentual de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, conforme Deliberação AGENERSA nº 975/12, de 03/02/12¹, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 1.085², de 24/05/12.

[Assinatura]

1 - DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 975

DE 03 DE FEVEREIRO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG – REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS. OCORRÊNCIA Nº. 524791.

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-12/020.514/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, devido ao descumprimento do disposto nas Cláusulas Primeira, 3ª e Quarta, caput e §1º, Itens 4, 5, 9, 11 e 21 do Contrato de Concessão; com base na Cláusula Décima do instrumento concessivo, combinado com o art. 16, IV, e art. 18, I, ambos da Instrução Normativa nº. 01/2007, em razão dos fatos narrados no presente processo, relativos ao atendimento à cliente e por não ter atendido o requerimento da Ouvidoria desta AGENERSA.

Art.2º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária e a Câmara Técnica de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art.3º - Determinar que a SECEX encaminhe cópia da decisão desta Agência Reguladora à cliente.

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

2 - DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1085

DE 24 DE MAIO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS OCORRÊNCIA Nº. 524791.

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-12/020.514/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 975, de 03/02/2012, para no mérito negar-lhe provimento.

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

Inicialmente, cabe informar que a impugnação da Concessionária foi apresentada dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, conforme estipulado no item 10.4 do Auto de Infração, pois o instrumento punitivo foi recebido em 04/07/12 e a aquela peça protocolizada em 11/07/12, porquanto tempestiva.

Em sua peça de resistência, a Concessionária argui, em preliminar, a ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, conforme repetidamente o tem feito em diversos processos, e, mais uma vez, alega que o aludido instrumento contratual não dispõe a respeito da lavratura do Auto de Infração para aplicação de eventuais penalidades.

No entanto, em razão da lacuna contratual, compete a este Órgão Regulador adotar o rito procedimental que julgar conveniente, o que foi realizado através da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, de 04/09/2007. Ademais, referida matéria já se encontra pacificada nesta Autarquia através do enunciado nº. 5, qual seja: "As Instruções Normativas são legítimas para estabelecer critérios de penalidades, constituindo regular poder normativo da AGENERSA".

Afirma a Concessionária ter ocorrido o descumprimento das formalidades legais no Auto de Infração, posto que: "(...) no campo 10 do auto de infração ora impugnado (RELATO E ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO), 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". (grifo no original)

Sustenta a Concessionária que "(...) a falta das informações e formalidades, acima elencadas, fere a legislação vigente e, via de consequência, cerceia o inalienável direito desta Concessionária ao exercício do contraditório e ampla defesa", e "(...) diante da inexistência de motivação do ato administrativo pela AGENERSA, requer o acolhimento das alegações, com a declaração da nulidade do auto de infração nº 072/2012."

Entretanto, o aludido Auto de Infração preenche todos os requisitos necessários à sua validade, atendendo às normas administrativas e legais e estando em perfeita sintonia com o estabelecido na Instrução Normativa 001/2007, até porque o documento, no item 10.1 – Relato da Conduta, é claro ao apontar "(...) Ocorrência 524.791 solicitação de verificação de vazamento de gás, resposta pendente por mais de 30 dias e pelo não atendimento ao requerimento da Ouvidoria".

Necessário ressaltar que, nos presentes autos e no processo E- 12/020.514/2011, esta Agência garantiu à Concessionária, em todas as fases do processo, o direito à ampla defesa e ao contraditório, em conformidade com o seu Regimento Interno desta Casa. Desta forma, não merece ser acolhida qualquer alegação nesse sentido nesta fase do processo, até porque já encontra-se encerrada a instância administrativa de análise de mérito.

Destaca-se que o presente processo somente se destina à aplicação da penalidade imposta no processo principal (E- 12/020.514/2011), sendo o Auto de Infração o meio adequado para tal procedimento.

[Assinatura]

Motivo pelo qual, o aludido Auto somente pode ser impugnado quanto à sua forma, posto que todas as questões de mérito foram discutidas no processo principal, não sendo correto que, aqui, volte-se a apreciar questões já amplamente examinadas e respondidas. Por isso, invoco o Enunciado 2, desta Agência, o qual dispõe que "(...) A Impugnação ao Auto de Infração decorrente de decisão do Conselho-Diretor não é sucedâneo recursal e, portanto, deve se restringir aos aspectos formais do Auto de Infração".

Ademais, após uma simples conferência do Auto de Infração lavrado, verifica-se nele constar todos os requisitos determinados no artigo 10, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, qual seja, o local, a data e a hora da lavratura, nome, endereço e o CNPJ da autuada e, por fim, o número do processo e da Deliberação que aplicou a penalidade e a data da publicação.

Pelo exposto, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido, com a rejeição da Preliminar apresentada e, conseqüentemente, no mérito, negar provimento a impugnação apresentada pela Concessionária CEG.

Desta forma, sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 072/2012, por tempestiva, para, no mérito, negar-lhe provimento.

É o voto.


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator

AGENERSA

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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020-132/2012

Data 24/02/12 Fls.: 81

Rubrica: *Rubrica*



DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 235

DE 28 DE AGOSTO DE 2012.

*Concessionária CEG-
Auto de Infração - Penalidade de Multa -
Processo Regulatório E-12/020.514/2011.*

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-12/020.132/2012, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 072/2012, por tempestiva, para, no mérito, negar-lhe provimento.

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

Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2012.

[Signature]
José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente

[Signature]
Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira

[Signature]
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator

[Signature]
Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro

[Signature]
Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro