

Processo nº. E-12/020.159/2012
Data de autuação 15/03/2012
Concessionária CEG
Assunto Auto de Infração – Penalidade de MULTA – Processo
Regulatório E-33/100.070/SEPLANIG/2006.
Sessão Regulatória 28/08/2012

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.159/2012

Data 15/03/2012 Fls.: 58

Rúbrica: 

Relatório

Trata-se de Impugnação¹ protocolizada nesta AGENERSA em 03/08/2012, pela Concessionária CEG, em face do Auto de Infração nº 093/2012².

Inicialmente, a CEG aborda a tempestividade da apresentação da citada peça³; preliminarmente, aponta 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 neste 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 093/2012 (...)" 

¹ Fls. 47/50 - noticiada no despacho da SECEX de fls. 51, que encaminha o feito à Procuradoria da AGENERSA, para manifestação.
² Fls. 27 - 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".

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"

No mérito, 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 do 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"⁶; 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 setorial⁷"; 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" 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 (...)"

Às fls. 52/54, encontra-se Parecer da Procuradoria⁸, no qual é destacada 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 específico, por intermédio do qual fique definitivamente apurada a configuração da infração, o que se fará através da regular lavratura 'formalização' de Auto de Infração"; assinalado 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"⁹; registrada "(...) a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007 (...)"; iluminado trecho do Voto por mim proferido nos autos do Processo nº. E- u

⁶ 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".

⁷ 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".

⁸ De lavra do Dr. Igor Alves P da Silva e do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

⁹ "(...) 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".

12/020.059/2007¹⁰; observado 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 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'; ilumina que "(...) a concessionária tem ciência das suas obrigações pois estão sacramentadas no Contrato de Concessão, não merecendo prosperar, portanto, o argumento que esta deve fiscalizada e só posteriormente penalizada", afirma que "(...) amparada está a atuação desta AGENERSA no exercício precípua de sua competência regulatória disciplinada pela Lei estadual n.º 4.556/2005", por fim, observa 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".

A seguir, o feito é remetido a este Gabinete¹¹, cuja Assessoria, através do Ofício AGENERSA/ASSESS/DL n.º 087, de 14/08/2012¹², 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-1537/12¹³, pela qual reitera "(...) seus apontamentos elencados no competente instrumento de Impugnação" e, "(...) na hipótese de rejeição suscitada na r. Impugnação, espera que seja julgado improcedente o Auto de Infração n.º. 093/2012, haja vista a latente ausência de fundamento de sua lavratura".

É o Relatório.



Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

¹⁰ "(...) 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' (...)".

¹¹ Fls. 55 – mediante despacho da SECEX.

¹² Fls. 56, recebido na Concessionária na mesma data.

¹³ Fls. 57.

2ª via

1 - AUTO DE INFRAÇÃO nº. 093/2012		2 - LOCAL, DATA E HORÁRIO: AGENERSA, RIO DE JANEIRO, 26/07/2012 15:28	
3 - CONCESSIONÁRIA AUTUADA COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO - CEG		4 - CNPJ 01.695.370/0001-53	
5 - ENDEREÇO Av. Pedro I, nº 581	6 - BAIRRO São Cristóvão	7 - MUNICÍPIO/UF Rio de Janeiro/RJ	
8 - Nº. DA DELIBERAÇÃO / DATA DE PUBLICAÇÃO Deliberação AGENERSA nº 994, art. 1º, de 29 de fevereiro de 2009, publicada no Diário Oficial de 15/03/2012 integrada pela Deliberação AGENERSA nº 1.121, de 19 de junho de 2012, publicada no Diário Oficial de 16/07/2012		9 - PROCESSO Processo Administrativo nº E-12/020.159/2012 (autuado para cumprimento de aplicação de penalidade) Processo Regulatório nº E-13/200.070/PLANV/2008	

10 - RELATO E ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO

10.1 - Relato da Conduta:
Processo Regulatório nº E-13/200.070/PLANV/2008 - Processo instaurado por requerimento da CAENI, em vista da Ocorrência nº 47.127, de 10/11/2008, na qual é relatada a seguinte situação: a síndica de seu prédio para que a tubulação de gás de um outro apartamento passasse por dentro do seu imóvel. Desta feita, foi requerida análise técnica, a fim de que a concessionária apontasse um novo projeto de instalação de gás, bem como que fosse verificada a regularidade das instalações já existentes, quais sejam as referentes ao apartamento 803, que já havia sido iniciada e aguardava apenas autorização judicial para conclusão - bem assim aquela utilizada para abastecimento do apartamento 201, todos do edifício nº 28, da Rua Barão de Mesquita, Tijuca, Rio de Janeiro.
Desconformidades encontradas pela CAENI que caracterizam inobservância ao Regulamento de Instalações Prediais, tais como "interferência entre tubo de gás e outros instalações", "instalação das tubulações por dentro dos vãos das escadas".

10.2 - Enquadramento da(s) conduta(s) descrita(s) no item 10.1, especificando a(s) infração(s) às disposições:
Descumprimento à Clausula Décima, bem como à Clausula Quarta, § 1º, item 11 do Contrato de Concessão e no art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001, de 04/05/2007.

10.2.1 - Descumprimento da(s) seguinte(s) Clausula(s) do Contrato de Concessão:
Descumprimento à Clausula Décima, bem como à Clausula Quarta, § 1º, item 11 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 Clausula Décima do Contrato de Concessão e no art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001, de 04/05/2007.

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

Valor	R\$ 13.555,26 (treze mil, quinhentos e cinquenta e cinco reais e vinte e seis centavos)
Atualização Monetária	R\$ 5.141,11 (cinco mil, cento e trinta e um reais e onze centavos)
Total	R\$ 18.696,37 (dezoito mil, seiscentos e noventa e seis reais e trinta e sete 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.
1º parágrafo nº 10.6/2008, alterado pelo Decreto nº 4.041/2006, art. 23, inciso III - parágrafo único, 2º Regulamento Interno, art. 21, inciso III, a Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, art. 21, inciso IV e parágrafo único, art. 11 e no 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 4898-5 e conta corrente 170-8 em nome (R) - AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.
Instrução Normativa CD nº 001/2007, artigo 20, inciso V, 1º parágrafo nº 10.6/2008, seção 8, artigo 4º, inciso II.

11 - NOMES DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO Ronal dos Santos Gomes Fábio Cortes do Nascimento Jorge Luiz Gomes Carlo	12 - Cargo Chefe de Gabinete Gerente de Câmara Gerente de Câmara	13 - MATRÍCULA 308-7 154-5 210-5
14 - REPRESENTANTE DA CONCESSIONÁRIA Flávia da Silva Fernandes	15 - CARGO Advogada	16 - RG 1.720.640-0AB/RT

17 - ASSINATURA DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO
AGENERSA, RIO DE JANEIRO.
Ronal dos Santos Gomes
Chefe de Gabinete
Respondendo pela SECEX
Portaria nº 196/2011
Fábio Cortes do Nascimento
Gerente de Câmara
Jorge Luiz Gomes Carlo
Assinatura do Agente de Fiscalização

18 - ASSINATURA DO AUTUADO
Data: 26/07/2012
Flávia da Silva Fernandes
Advogada
Assinatura do Autuado
OAB-RJ nº 120840

19 - OBSERVAÇÕES
Anexo: Relatório/Voto/ Deliberação AGENERSA nº 994, art. 1º, de 29 de fevereiro de 2009, publicada no Diário Oficial de 15/03/2012 integrada pela Deliberação AGENERSA nº 1.121, de 19 de junho de 2012, publicada no Diário Oficial de 16/07/2012

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.159/2012

Data 15/03/2012 Fls.: 61

Rúbrica: +



Processo nº. E-12/020.159/2012
Data de Autuação 15/03/2012
Concessionária CEG
Assunto Auto de Infração - Penalidade de MULTA – Processo
Regulatório E-33/100.070/SEPLANIG/2006.
Sessão Regulatória 28/08/2012.

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.159/2012

Data 15/03/2012 Fls.: 62

Rúbrica: 

Voto

Trata-se de analisar a Impugnação apresentada tempestivamente¹ pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 093/2012², por meio do qual esta Agência realiza a cobrança da multa imposta pela Deliberação AGENERSA nº. 994, de 29/02/2012, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 1121, de 19/06/2012, ambas editadas nos autos do processo regulatório E-33/100.0070/SEPLANIG/2006.

Revela-se fundamental consignar que esta Autarquia garantiu à CEG, em todas as etapas do processo nº E-33/100.0070/SEPLANIG/2006, 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.



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. 27.

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.

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.

Adentrando ao mérito, 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 regulamentado⁵, verificando-se resguardado o direito da Concessionária ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.

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-33/100.0070/SEPLANIG/2006, 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

³ "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.

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 Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007.

u

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.159/2012

Data: 15/03/2012 Pág.: 63

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.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 093, de 20/07/2012, negando-lhe provimento.

É o Voto.



Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.159/2012

Data 15/03/2012 Fm: 64

AGENERSA

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1238



DE 28 DE AGOSTO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO -
PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO
REGULATÓRIO E-33/100.070/SEPLANIG/2006.

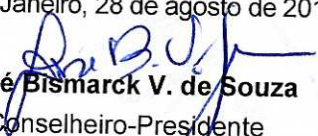
O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/020.159/2012, por unanimidade,

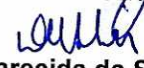
DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 093, de 20/07/2012, negando-lhe provimento.

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

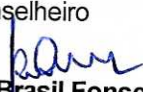
Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2012.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Relatora


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.159/2012

Data 15/03/2012 Fls. 65

Rúbrica: +

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1238

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1238

DE 28 DE AGOSTO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO
REGULATÓRIO E-33/100.070/SEPLANIG/2006.

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-12/020.159/2012, por
unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de
Infração nº. 093, 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