



Processo nº.: E-12/020/217/2010
Data de Autuação: 10/06/2010
Concessionária: CEG-RIO
Assunto: Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E-12/020.377/2009.
Sessão Regulatória: 29 de Setembro de 2015

RELATÓRIO

Trata-se do processo instaurado com o contexto "Auto de Infração-Penalidade de MULTA-Processo Regulatório E-12/020.377/2009", em razão do art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 580/2010¹, tendo por objetivo a execução da penalidade pecuniária de 0,01% (um centésimo por cento), em razão dos fatos apurados no presente processo quanto à prestação de serviço ao Usuário.

A fl. 04 consta a cópia da Deliberação supramencionada, publicada no DOERJ em 10/06/2010.

Pela CAPET² foi apontado o valor total da multa em R\$ 170.578,72 (cento e setenta mil, quinhentos e setenta e oito reais e setenta e dois centavos), tendo a SECEX³ encaminhado o processo à

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 580

DE 31 DE MAIO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG RIO – OCORRENCIA 500334 – ORIENTAÇÕES QUANTO A PROCEDÊNCIA.

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-12/020.377/2009, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar a penalidade de multa à CEG RIO, no montante de 0,01% (um centésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima, no item 6 do §1º da Cláusula Quarta, e no §3º da Cláusula Primeira, todas do Contrato de Concessão, c/c art. 16, inciso VIII, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão dos fatos apurados no presente processo quanto à prestação de serviço ao Usuário.

Art. 2º - Aplicar a penalidade de advertência à CEG RIO, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão c/c art. 16, inciso I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão da demora no atendimento às indagações desta AGENERSA.

Art. 3º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, a lavratura dos correspondentes Autos de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007.

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

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO Conselheiro - Presidente, DARCIJA APARECIDA DA SILVA LEITE Conselheira-Relatora, MOACYR ALMEIDA FONSECA Conselheiro, SERGIO B. RAPOSO Conselheiro.

² Fls. 14 e 15.

³ Fls. 18



Procuradoria da AGENERSA para análise da Minuta de Auto de Infração e, em síntese, parecer quanto à possibilidade de aplicação da penalidade.

Às fls. 18 v a Procuradoria "(...) não consta no arquivo deste órgão informações a respeito de existência de demanda judicial correlata (...) devendo constar o valor atualizado da multa no demonstrativo do item 10.3.1."

Constando, às fls. 20, o Auto de Infração nº 025/2010 lavrado e assinado, bem como entregue à Concessionária na data de 24/08/2010.

Em 30/08/2010 a Concessionária protocoliza a IMPUGNAÇÃO⁴ ao Auto de Infração nº 025/2010 e suscita os seguintes argumentos:

Preliminarmente, sustenta a tempestividade de sua Impugnação, afirmando que dispõe do prazo de 05 (cinco) dias úteis⁵ para o oferecimento de Impugnação e, bem como a ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão.

Alega, em síntese, que em razão do disposto na Cláusula Décima, §2^o, 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 "(...) 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"⁶; 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 preveem 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

⁴ Fls. 23 à 29.

⁵ "(...) considerando-se que o auto de infração em questão foi recebido (...) no dia 24/08/2010, o prazo para oferecimento de defesa iniciou-se em 25/08/2010 (...). Logo, (...) na data de 31/08/2010, indiscutível é, portanto, a tempestividade da presente impugnação nesta data."

⁶ "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).

⁷ Afirma que "Ao contrário, em outros Contratos de Concessão, que estão sob a fiscalização desta AGENERSA, como no caso das concessionárias PROLAGOS e AGUAS DE JUTURNALIBA, há expressa previsão contratual, no sentido de que as penalidades serão aplicadas mediante a lavratura do componente auto de infração"



acolhimento da presente preliminar, com a declaração da nulidade do auto de infração nº 025/2010 (...)"

No mérito, afirma a CEG-RIO que houve Nulidade do Auto de Infração em virtude da ocorrência de erro material que afeta sua forma; entende que "(...) *Em princípio, cumpre asseverar que o Auto de Infração ora impugnado apresenta erro material insanável, haja vista que o número que lhe foi atribuído, qual seja 025/2010, o mesmo que foi atribuído a outro Auto de Infração, lavrado na mesma data, mas referente à Concessionária CEG e a outro processo regulatório.*

O vício em questão mostra-se gerador de grave dano, haja vista a impossibilidade de existirem dois Autos de Infração com a mesma numeração, o que dificulta a defesa da Concessionária, bem como o conhecimento adequado do ponto a ser impugnado, trazendo verdadeira confusão aos processos regulatórios.

(...)

Isto posto, requer a CEG RIO, seja anulado o auto de infração ora impugnado.

DA NULIDADE (...) ANTE O DESCUMPRIMENTO DAS FORMALIDADES LEGAIS.

(...) *cumpre frisar a inexistência de requisitos fundamentadores (...), os quais vêm consignado na Instrução Normativa AGENERSA CE nº 001/2007 (...), e cuja ausência macula de vício o ato administrativo (...).*

Da análise dos mencionados requisitos, verifica-se que o auto de infração nº 025/2010 não preenche os requisitos necessários à configuração de sua validade.

O disposto no artigo 10 da Instrução Normativa AGENERSA CD nº 001/2007 é claro ao estabelecer os elementos que o auto de infração deveria conter, dentre os quais, o local e a hora de sua lavratura, o que não se observa in casu.

(...)

(...) *tem-se por evidente que a inexatidão e incoerência das informações e formalidades acima elencadas, fere a legislação vigente e, via de consequência, cerceia o inalienável direito desta Concessionária ao contraditório e a defesa, na forma do artigo 5º, LV da Carta Magna.*



DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO (...) PREJULGAMENTO DA MATERIA IMPUGNADA EM RECURDO PENDENTE DE JULGAMENTO.

Por meio do art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 580/2010, o respeitável Conselho Diretor dessa Agência Reguladora, aplicou a penalidade de multa (...) em face desta Concessionária (...)

(...) a Deliberação em questão foi impugnada através da interposição de Recurso (...) onde é pleiteada a anulação da penalidade imposta pela Deliberação AGENERSA acima citada, não tendo sido, ainda julgado em definitivo (...).

Assim não poderia a Agência Reguladora iniciar os atos formalizadores da cobrança de qualquer penalidade, uma vez que estando pendente o julgamento do mérito da questão (...).

(...) merece ficar registrado a absoluta impropriedade de se ter o julgamento da presente impugnação antes do julgamento do Recurso no processo principal, sob pena de inversão de fases, ocasionando verdadeiro tumulto processual.

DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

(...)

Com relação aos fatos (...), não houve efeito ensejadores de tal penalidade. Assim não há que se cogitar em penalizar esta Concessionária, atribuindo-lhe tal sanção, muito menos materializar a sua cobrança, por meio do auto de infração (...).

Não obstante ainda que se pudesse, apenas para efeito de argumentação, pretender penalizar esta Concessionária, é cediço, que na fixação da penalidade, deve o órgão julgador conduzir-se pela razoabilidade e proporcionalidade para a fixação da condenação, o que não ocorreu no que se refere tanto à penalidade aplicada, quanto ao seu quantum.

(...)

Assim, diante dos argumentos aqui apresentados, indispensável que seja acolhida integralmente a presente impugnação, para que, seja revogada a multa aplicada.

DA EXIGÊNCIA DE REGULAÇÃO PRÉVIA ANTES DE SE IMPOR EVENTUAL PENALIZAÇÃO.



(...)

(...) em termos de Regulação, vale a máxima 'regular primeiro, fiscalizar depois, e penalizar por fim', e isto, tão somente se for o caso.

(...) não houve no caso, nenhum procedimento prévio imposto, seja pela Agência Reguladora, seja pelo marco regulatório, no sentido de estabelecer critérios para aplicação de penalidade.

(...)

(...) frisamos 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 setorial.

(...)

(...) 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.

(...) a aplicação indiscriminada de certas sanções pelo Órgão Regulador, pode, além de gerar uma instabilidade jurídica, coloca em xeque a atividade da entidade regulada, o que conseqüentemente, provocaria um clarividente prejuízo para os usuários do serviço público concedido.

(...)

CONCLUSÃO

(...), esta Concessionária requer no mérito, que seja tornada insubsistente as alegações descritas no auto de infração, julgando-se nulo o mesmo, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua lavratura (...)."

No Parecer nº 514/2010 - EVB - Procuradoria, a Procuradoria⁸, em síntese, certifica a tempestividade da Impugnação em face do Auto de Infração e, no que tange à ausência de previsão do AI no Contrato de Concessão, afirma que a AGENERSA possui "(...) 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 atribuições"⁹, em decorrência da qual lhe cabe "(...) instaurar Processo

⁸ De lavra do Dr. Edson Vaz Borges com "de acordo" do Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

⁹ 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.



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"¹⁰; em contrapartida "(...) é válido registrar a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 01/2007"¹¹; iluminado trecho do Voto da Ilma. Conselheira Relatora, Darcília Aparecida da Silva Leite, nos autos do Processo n.º. E-12/020.059/2007¹²; lembrando ainda, "(...) o Decreto n.º. 38.618, de 8 de Dezembro de 2005, prevê a hipótese de lavratura de Auto de Infração pela secretária executiva da Agência Reguladora."

Quanto ao descumprimento das formalidades legais e a Ocorrência de erro material, observa a Procuradoria que "(...) Diz a Concessionária CEG-RIO que o AI impugnado apresenta erro material insanável, pois o n.º que lhe foi atribuído é o mesmo do outro AI, referente à Concessionária CEG. Acontece que o AI em comento refere-se à Concessionária CEG-RIO, conforme a própria Concessionária CEG-RIO faz referência.

Acréscenta-se que o documento de fls. 30, corrobora o acima referenciado, atribuindo-se ao fato, erro material de digitação, como de fato ocorreu, não caracterizando erro insanável.

De outro giro, constata-se que a Concessionária tem conhecimento de que houve erro material, tendo o AI consistência para gerar seus efeitos."

Acréscenta 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."

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 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 às essas Concessionárias, quando for o caso".

¹² "(...) ainda que a 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' (...)".



Afirma 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.

Observa¹³ "(...) que o Auto de Infração impugnado se coaduna com a finalidade pública de realização do interesse coletivo, elemento primacial de formação do ato administrativo", ressaltando que o objeto do presente processo "(...) é a materialização da aplicação da multa pecuniária (...)" e (...) *houve todo um procedimento de convencimento da infração cometida pela Delegatária, com ampla defesa utilizada por ela.*"

A Procuradoria arrisca, ainda, doutrinas acerca da motivação dos atos administrativos, registra que a fundamentação e motivação "(...) estão presentes na elaboração do AI", citando, em suma, o art. 60, § 1º, do Decreto Estadual 31.896 para transcrever o que nele consta, "*a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos anteriores, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.*"

Com base no exposto, o jurídico *"recomenda a rejeição da preliminar apresentada, mantendo-se, no mérito as alegações transcritas no AI, entende-se que o Auto de infração impugnado atende aos requisitos legais, e, em razão disso deve ser mantido."*

As fls. 42 à 46, constam relatório resumido do presente processo.

Em despacho a SECEX de fls. 49/50, a Assessoria da Conselheira Darcília Aparecida da Silva Leite, solicitada a devolução dos autos a relatoria da Conselheira, tendo em vista o seu pedido de licença e os autos terem sido redistribuídos para o Conselheiro Jose Carlos dos Santos Araujo "(...) na Reunião Interna do Conselho Diretor de 12/08/2010, cuja ata segue em anexo, restou determinada a REDISTRIBUIÇÃO do processo E-12/020.377/2009 para a relatoria do Conselheiro Presidente Jose Carlos dos Santos Araujo, haja vista o pedido de licença formulado à época pela Conselheira Darcília.

Conseqüentemente, a relatoria dos processos relativos aos dois autos de infração em questão foi direcionada ao Conselheiro Presidente Jose Carlos dos Santos Araujo, em observância à Instrução Normativa CODIR 001/2007, que dispõe, em seu art. 11, Parágrafo único, o seguinte: 'a Impugnação será encaminhada ao Conselheiro - Relator do processo correspondente e será apreciada pelo Conselho Diretor da AGENERSA em Sessão Regulatória.'

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes, em "Direito administrativo brasileiro, 32ª edição, São Paulo, Malheiros editores, 2006, p. 152.



SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12/020/217/2010
Data: 10/06/2010
Fis.: 130
Rubrica: 52.44382774

Todavia, a Conselheira Darcília retornou de sua licença, o que implica no retorno desses processos redistribuídos à sua relatoria.

Dessa forma, conclui-se que o Processo E-12/020.377/2009¹⁴ deve retornar ao Gabinete da Conselheira Darcília Aparecida da Silva Leite, bem como os processos E-12/020.217/2010 e E-12/020.218/2010, que, repise-se, são os procedimentos relativos aos autos de infração que cuidam das penalidades aplicadas à Concessionária."

As fls. 53 constam a ata de aprovação de devolução à Relatoria da Conselheira Darcília Aparecida da Silva Leite.

Constam as fls. 55 a 69, CI AGENERSA Nº 05/PROC. referente ao Mandado de Citação " *De ordem do Procurador Geral dessa agência reguladora, encaminho em anexo Mandado de Citação e Intimação, recebido por essa procuradoria em 25.01.2011, que deferiu a antecipação de tutela para suspender os efeitos da decisão proferida no Processo Regulatório nº E-12/020.377/2009 e, mediante caução por meio de carta de fiança bancária, suspender a exigibilidade da multa imposta e encargos moratórios, até ulterior decisão."*

À fl. 71, consta despacho encaminhado o processo a Procuradoria para acompanhamento da ação judicial nº 0365859-33.2010.8.19.0001, até seu trânsito em julgado " *Considerando que a decisão proferida (...) que deferiu a tutela pleiteada pela CEG RIO, por seus próprios efeitos, já suspende a executóriedade da multa disposta na Deliberação AGENERSA/CD nº 580/2010, solicito que cópia da referida decisão concessiva dos efeitos da tutela seja juntada aos Processos Regulatórios nº E-12/020.217/2010 e E-12/020.218/2010, eis que a cobrança das penalidades ali dispostas já se encontra suspensa, por força de ordem judicial em vigor."*

As fls. 73, consta despacho da Procuradoria para a SECEX, encaminhando os autos devido ao termino do mandato da Conselheira Darcília Aparecida da Silva Leite.

As fls. 74, consta despacho da Secretaria Executiva encaminhando " *os autos do presente processo, tendo em vista a redistribuição a relatoria do Conselheiro Sílvio Carlos Ferreira (...)."*

Autos encaminhado a Procuradoria para continuação da instrução.

Constam as fls. 76 a 100 do presente processo a tramitação judicial.

¹⁴ que já teve o recurso (...) julgado, gerando a Deliberação AGENERSA nº 646/2010 (...), que por sua vez negou provimento ao recurso.



Após o julgamento do recurso de apelação e manutenção da sentença com a improcedência do pedido exordial, a procuradoria emite eu parecer " *Trata-se de processo administrativo que tem por objetivo a aplicação da multa prevista no Art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 580, de 31 de maio de 2010*¹⁵.

Em suma, a concessionária CEG RIO recebeu o Auto de Infração nº 025/2010 no dia 25 de agosto de 2010, e conseqüentemente, apresentou a sua defesa às fls. 23/29.

Em prosseguimento, no processo judicial nº 0365859-33.2010.8.19.0001, o juiz da 14ª Vara de Fazenda Pública deferiu a antecipação de tutela para suspender os efeitos da multa.

(...), devido a antecipação dos efeitos da tutela o presente administrativo ficou em acompanhamento nesta Assessoria Jurídica até o momento em que houvesse viabilidade de prosseguimento do feito, ou seja, o instante em que o CODIR pudesse apreciar a defesa apresentada pela concessionária.

(...) com o julgamento do recurso de apelação e a manutenção da sentença com a improcedência do pedido da peça exordial, a deliberação vergastada não encontra-se suspensa, visto que a sistemática dos recursos extraordinários não prevê efeito suspensivo automático.

(...)

Em análise aos autos, verifico que o presente administrativo permaneceu sobrestado em virtude da antecipação dos efeitos da tutela que suspendeu a exigibilidade da multa, todavia me parece que não há óbices ao prosseguimento do feito, visto que a concessionária somente pode fazer uso de recursos que não possuem efeito suspensivo, logo nada impede o prosseguimento da cobrança da penalidade de multa.

(...), observo que a instrução processual foi interrompida no momento do julgamento da impugnação apresentada pela concessionária. Ressalta-se, que esta assessoria jurídica já apresentou suas considerações, razão pela qual reitera seus termos e pugna pela manutenção do auto de infração nº 025/2010(...)."

¹⁵ Art. 1º Aplicar a penalidade de multa à CEG RIO, no montante de 0,01% (um centésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima, no item B do §1º da Cláusula Quarta, e no §3º da Cláusula Primeira, todas do Contrato de Concessão, c/c art. 16, inciso VIII, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001, de 04/09/2007, em razão dos fatos apurados no presente processo quanto à prestação do serviço ao Usuário.



Através do Ofício AGENERSA/CODIR/SS n.º 31/15, a Concessionária CEG é intimada a apresentar suas considerações finais.

Através da DIJUR-E- 338/15 foi solicitado a dilação de prazo.

Por meio da correspondência DIJUR-E-373/2015, a CEG, solicitando "(...) conforme instada, a CEG RIO passa a expor suas competentes razões. (...), o auto de infração 025/2010, não preencheu todos os requisitos formais para sua lavratura, não cumprindo com o inciso IV do art. 10 da Instrução Normativa CODIR n.º 001/2007, 'descrição do fato ou do ato constitutivo da infração'. A mera menção do fato que ensejou a aplicação da multa em face desta Concessionária, não é uma descrição.

A Procuradoria em sua promoção 029/2014 reiterou o exposto em seu parecer n.º 55/2015, no qual discorreu sobre a validade do ato a despeito da formalidade necessária quando esse alcança a sua finalidade, no entanto, como elucidado em nossa peça de impugnação, a ausência de descrição do fato gerador da infração dificulta o amplo direito de defesa desta Concessionária.

(...)

Outrossim, quanto a existência de dois autos de infração de mesmo número, a Procuradoria afirma que ao constatar-se que a Concessionária tem conhecimento de que houve erro material o AI tem consistência para gerar seus efeitos.

A Concessionária pede vênia para discordar argumentando, tendo em vista o disposto no Parágrafo único do art. 8º da Instrução Normativa CODIR.º 001/2007, 'para cada infração cometida, será lavrado um 'Auto de Infração (AI)', em duas vias'.

Nesse diapasão, o erro material que ensejou a existência de dois Autos de Infração n.º 025/2010, ou seja, na lavratura de um auto de infração para duas supostas infrações cometidas.

Acrescenta-se que a existência dos dois Autos de infração n.º 025/2010, pode acarretar em confusão a qual acabe por violar o exercício do contraditório e ampla defesa por parte desta CEG RIO.

(...), a Concessionária se insurge contra o combatido Auto de Infração, lançando mão do presente, instrumento a fim de reiterar suas razões de impugnação com o intuito de, por todo o aduzido nos autos, pugnar pela nulidade do mesmo."

Solicitada a dar um parecer final a Procuradoria da AGENERSA diz que: "(...) A presente fase processual é sinalizada pela apresentação de defesa da Concessionária CEG RIO, (...), por meio da qual aponta, dentre outros argumentos devidamente analisados no feito, 'a existência de dois Autos de Infração n.º 025/2010 (...)'

Com efeito, em análise aos documentos que informam os autos em epígrafe, esta Procuradoria reitera a promoção de fls. 102/103, ressaltando a ocorrência de mero equívoco material em relação à



numeração do Auto de Infração em referência. Isto porque trata-se de vício de natureza sanável, eis que a sua correção não implica na modificação do fato descrito no aludido Auto de Infração e nem mesmo se cogita de insegurança jurídica quanto à compreensão dos aspectos primordiais ao exercício da ampla defesa e contraditório.

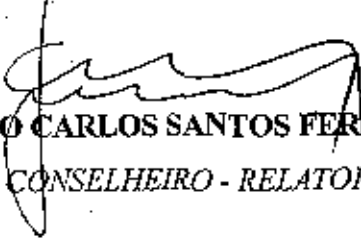
(...), constatado vício sanável no Auto de Infração, a autoridade competente deverá se valer do instituto da convalidação dos atos administrativos e retificar o ato, por meio de despacho saneador, ou ato congênere (decisão) que se registre, inequivocadamente a constatação do vício.

(...) tendo em vista que o vício foi indicado de forma expressa em sede de alegações finais pela delegataria, não há necessidade de reabertura de prazo para alegações finais (...).

(...)

Diante do exposto, esta Procuradoria entende que é passível de convalidação pela Autoridade Julgadora o Auto de Infração em tela, que apresenta vício sanável, mediante decisão exarada pela relatoria do feito (...). Tal providencia deve ser adotada para efeitos de inscrição em Dívida Ativa (...)"

É o relatório,


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
CONSELHEIRO - RELATOR



Processo nº.: E-12/020/217/2010
Data de Autuação: 10/06/2010
Concessionária: CEG-RIO
Assunto: Auto de Infração. Penalidade de MULTA. Processo Regulatório E-12/020.377/2009.
Sessão Regulatória: 29 de Setembro de 2015

VOTO

Trata-se de analisar a impugnação¹ tempestivamente apresentada pela CEG-RIO contra o Auto de Infração nº. 025/2010², através do qual a AGENERSA realiza a cobrança de multa de 0,01% (um centésimo por cento) fixada pelo art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 580/2010³, originária do processo E-12/020.377/2009, penalidade imposta em razão dos fatos apurados no presente processo quanto à prestação de serviço ao Usuário.

Passando à análise dos argumentos apresentados, a Concessionária, preliminarmente, sustenta como repetidamente tem feito em inúmeros processos, a ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, pois entende que enseja óbice à aplicação da penalidade e, por fim, o acolhimento de suas razões para declarar nulo o Auto de Infração nº 025/2010.

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, não cabendo ao intérprete restringir o que a lei não restringiu.

No mérito, alega a Concessionária, em síntese, a nulidade do auto de infração em razão de três circunstâncias, quais sejam, ocorrência de erro material que afeta sua forma, descumprimento das formalidades legais, e em razão da matéria ter sido impugnada em recurso pendente de julgamento.

¹ Fls. 23 a 29 - notícia da no despacho da SECEX de fls. 30, que encaminha o feito à Procuradoria da AGENERSA, para manifestação.

² Fls. 20 - emitido por esta Autarquia em 20/09/2010 e recebido pela CEG em 24/09/2010.

³ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 580 DE 31 DE MAIO DE 2010.
CONCESSIONÁRIA CEG RIO – OCORRÊNCIA 500334 – ORIENTAÇÕES QUANTO A PROCEDENCIA.

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-12/020.377/2009, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar a penalidade de multa à CEG RIO, no montante de 0,01% (um centésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima, no item 6 do §1º da Cláusula Quarta, e no §3º da Cláusula Primeira, todas do Contrato de Concessão, c/c art. 16, inciso VIII, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão dos fatos apurados no presente processo quanto à prestação de serviço ao Usuário.

Art. 2º - Aplicar a penalidade de advertência à CEG RIO, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão c/c art. 18, inciso I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão da demora no atendimento às indagações desta AGENERSA.

Art. 3º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, a lavratura dos correspondentes Autos de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007.

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

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO Conselheiro - Presidente, DARCIJA APARECIDA DA SILVA LEITE Conselheira-Relatora, MOACYR ALMEIDA FONSECA Conselheiro, SERGIO B. RAPOSO Conselheiro.



Em seu parecer de fls. 31/41, a Procuradoria da AGENERSA esclarece que, embora não exista cláusula contratual que preveja a lavratura de auto de infração, compete a esta Agência notificar a Concessionária da penalidade aplicada pelo Conselho Diretor, dever este que está consolidado nas normas que regem a teoria geral do processo, aplicável subsidiariamente ao processo Administrativo, salientando, ainda, que tanto a notificação, quanto o Auto de Infração possuem a mesma natureza jurídica.

A Procuradoria ainda registra a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, 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 aquelas concessionárias, quando for o caso*".

Quanto às alegações da Concessionária referente ao erro material, a Procuradoria relata que: "(...) Diz a Concessionária CEG-RIO que o AI impugnado apresenta erro material insanável, pois o nº que lhe foi atribuído é o mesmo do outro AI, referente à Concessionária CEG. Acontece que o AI em comento refere-se à Concessionária CEG-RIO, conforme a própria Concessionária CEG-RIO faz referência.

Acrescenta-se que o documento de fls. 30, corrobora o acima referenciado, atribuindo-se ao fato, erro material de digitação, como de fato ocorreu, não caracterizando erro insanável.

De outro giro, constata-se que a Concessionária tem conhecimento de que houve erro material, tendo o AI consistência para gerar seus efeitos.

(...), em homenagem ao 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 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.

Com base no exposto, o jurídico "*recomenda a rejeição da preliminar apresentada, mantendo-se, no mérito as alegações transcritas no AI, entende-se que o Auto de infração impugnado atende aos requisitos legais, e, em razão disso deve ser mantido.*"

Afirma ainda a Procuradoria que se trata "*(...) de mero equívoco material em relação à numeração do Auto de Infração em referência. Isto porque trata-se de vício de natureza sanável, eis que*



a sua correção não implica na modificação do fato descrito no aludido Auto de Infração e nem mesmo se cogita de insegurança jurídica quanto à compreensão dos aspectos primordiais ao exercício da ampla defesa e contraditório.

(...), constatado vício sanável no Auto de Infração, a autoridade competente deverá se valer do Instituto da convalidação dos atos administrativos e retificar o ato, por meio de despacho saneador, ou ato congênere (decisão) que se registre, inequivocadamente a constatação do vício.

(...) tendo em vista que o vício foi indicado de forma expressa em sede de alegações finais pela delegataria, não há necessidade de reabertura de prazo para alegações finais (...).

(...)

Diante do exposto, esta Procuradoria entende que é passível de convalidação pela Autoridade Julgadora o Auto de Infração em tela, que apresenta vício sanável, mediante decisão exarada pela relatoria do feito (...). Tal providência deve ser adotada para efeitos de inscrição em Dívida Ativa (...)."

Quanto à alegação da Concessionária com relação ao Recurso pendente de julgamento é devido esclarecer que o Recurso ora citado teve seu julgamento em sessão regulatória de 30/11/2010, originando a Deliberação AGENERSA nº 646/2010⁴, que por sua vez negou provimento ao recurso.

Destaca-se, também, que o presente processo limita-se, tão somente, à aplicação da penalidade imposta em um processo principal já discutido e decidido em Sessão Regulatória por este Colegiado, qual seja, o de nº E-12/020.377/2009, sendo o Auto de Infração o meio plenamente adequado para tal procedimento, razão pela qual o aludido Auto de Infração somente poderia ser questionado quanto à sua forma, assunto este que também já está totalmente pacificado por esta Autarquia. Assim, uma vez que todas as questões de mérito foram discutidas e analisadas de forma devida no processo principal, não é adequado que, aqui, volte-se averiguar questões que já foram completamente instruídas, questionadas e apreciadas por este Órgão Regulador.

Portanto, resta evidente que o presente instrumento impugnado cumpriu sua finalidade essencial, notificando a concessionária quanto à aplicação de penalidade, decorrente do apurado grau de responsabilidade da prestação do serviço público inadequado.

⁴ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 646 DE 30 DE NOVEMBRO DE 2010.
CONCESSIONÁRIA CEG RIO – OCORRÊNCIA 500334 – ORIENTAÇÕES QUANTO A PROCEDÊNCIA. RECURSO À DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 580/10. 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-12/020.377/2009, por unanimidade,
DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária em face da Deliberação 580/10 de 31/05/10, porquanto tempestivo, para no mérito negar provimento, mantendo na íntegra a deliberação recorrida.

Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.
Rio de Janeiro, 20 de novembro de 2010.

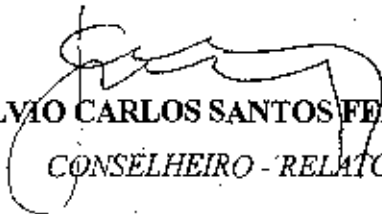
José Carlos dos Santos Araújo Conselheiro Presidente, Darcília Aparecida da Silva Leite Conselheira, Moacyr Almeida Fonseca Conselheiro-Relator, Sérgio Burrowes Raposo Conselheiro.



Pelo exposto, o aludido Auto de Infração atende todos os requisitos legais, razão pela qual sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG-RIO em face do Auto de Infração n.º 025/2010, porque tempestiva, para, no mérito, negar-lhe o provimento.
- Ante as razões suscitadas pela Procuradoria no bojo da Promoção n.º 14/2015- FMMM, opino pela mera retificação do Auto de Infração, no que se refere à inserção pela Secretaria Executiva de sua numeração correta, ocasião em que passará a constar o número 026, aplicando-se, pois, o princípio da autotutela.

É o voto.


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
CONSELHEIRO - RELATOR



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12.020/217/2010
Data: 10/06/2010 138
Rubrica: 40.4438274

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
EMENDA CARMIM
Processo n.º E-12.020.217/2010
Data: 10/06/2010 Fls. _____
Responsável: _____

DELIBERAÇÃO AGENERSA N° 2691

, DE 29 DE SETEMBRO DE 2015.

CONCESSIONÁRIA CEG - RIO - AUTO DE INFRAÇÃO -
PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO REGULATÓRIO
E-12/020/377/2009.

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 n.º E-12/020/217/2010, por unanimidade,

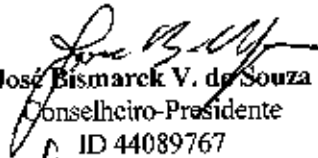
DELIBERA:

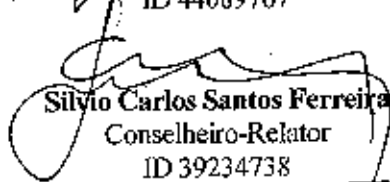
Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG-RIO em face do Auto de Infração n.º 025/2010, porque tempestiva, para, no mérito, negar-lhe o provimento.

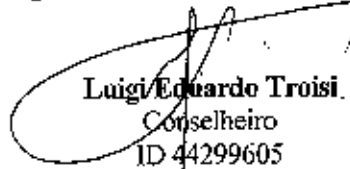
Art. 2º - Ante as razões suscitadas pela Procuradoria no bojo da Promoção n.º 14/2015- FMMM, opino pela mera retificação do Auto de Infração, no que se refere à inserção pela Secretaria Executiva de sua numeração correta, ocasião em que passará a constar o número 026, aplicando-se, pois, o princípio da autotutela.


Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

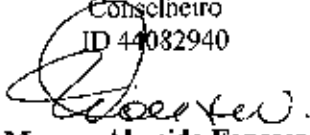
Rio de Janeiro, 29 de Setembro de 2015.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente
ID 44089767


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro-Relator
ID 39234738


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro
ID 44299605


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro
ID 44082940


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro
ID 43568076