

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 385

DE 26 DE MAIO DE 2009.

CONCESSIONÁRIA CEG RIO — AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE — DELIBERAÇÃO
AGENERSA Nº. 291/08 — REGULATÓRIO E-04/079.379/2001 .

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, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/020.313/2008, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Defesa Prévia apresentada pela Concessionária CEG RIO, porque tempestiva, em face do Auto de Infração nº. 037/08, de 13/11/2008, para no mérito negar-lhe provimento.

Art. 2º - Declarar por autotutela, a nulidade do Auto de Infração 037/08, de 13/11/2008.

Art. 3º - Determinar à Secretaria Executiva a expedição de novo Auto de Infração, em conjunto com a Câmara Técnica de Energia, com a correta memória de cálculo da penalidade de multa em questão, devendo para tanto ser utilizado, onde cabível, o IGP-M.

Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2009.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro Presidente
ANA LÚCIA SANGUÊDO BOYNARD MENDONÇA
Conselheira
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira
SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro
(Relator)



DATA: 15/09/2008.

AGENERSA Proc. E-12/020.313/2008.

Fls: 53

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Processo nº.: E-12/020.313/2008
Autuação: 15/09/2008
Concessionária: CEG RIO
Assunto: Auto de Infração – Penalidade – Deliberação Agenera nº. 291/08 – Regulatório E-04/079.379/2001.
Relato: 26 de junho de 2009

VOTO

Trata-se de processo regulatório iniciado pela requisição REQ SECEX nº. 76/08, de 15/09/08, para a aplicação de multa à CEG RIO, em função da Deliberação AGENERSA nº. 291/08, de 28/08/08, em decorrência de infração anterior da qual a Concessionária recorreu tempestivamente.

Em 03/10/08, o presente processo é encaminhado à CAPET para que se calcule o valor da multa a ser aplicada nos termos do disposto no Art. 2º da Deliberação AGENERSA nº. 291/08.

Como consta do processo, a CAPET teceu as seguintes considerações, reproduzidas em parte:

1ª. (...) Foram utilizados o IGP-M, o mesmo referencial para a atualização das tarifas anuais da Concessionária, ainda que em título de comparação, e a taxa SELIC, (grifo nosso) conforme determinado pelo Parecer 01/2004-ASJUR/DMS, que é o valor a ser considerado.

2ª. Os valores totais apurados por esta CAPET são R\$ 168.138,24 (cento e sessenta e oito mil, cento e trinta e oito reais e vinte e quatro centavos), pela SELIC, e R\$ 169.971,36 (cento e sessenta e nove mil, novecentos e setenta e um reais e trinta e seis centavos), pelo IGPM.

Instada a opinar, nossa Procuradoria, ressalta que "(...) a minuta de Auto de Infração (...) atende às determinações da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007. Neste sentido, recomenda-se o (...) prosseguimento dos autos em apreço."

A CEG RIO, em 26/11/08, protocolizou nesta AGENERSA sua Defesa Prévia, a qual descrevo resumidamente a seguir:



DATA: 19/09/2008.

AGENERSA Proc. E-12/020.313/2008.

Fls: 53

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Alega a Concessionária, preliminarmente, nulidade do Auto de Infração nº. 037/08, no qual (...) o respeitável Conselho Diretor dessa AGENERSA, aplicou penalidade de multa pecuniária em face desta Concessionária, devido ao descumprimento do estabelecido no artigo 2º, da Deliberação n.º 222, de 25/03/2008 (...), objeto do presente Auto de Infração.

Posteriormente, foi instaurado o processo regulatório n.º E-12/020.313/2008, com o escopo específico de materializar a cobrança da penalidade de multa pecuniária, através do citado Auto de Infração.

No entendimento da Concessionária, a mesma assevera que: (...) o atual procedimento utilizado por essa Agência (...) enseja (...) burocracia desnecessária (...) e totalmente divorciada da sistemática consignada no Princípio da Economia Processual.

Em face do exposto (...) a Concessionária requer o acolhimento da presente preliminar (...) de nulidade do Auto de Infração nº. 037/2008, na forma da fundamentação acima.

Prossegue a Concessionária alegando que (...) Constatase que a edição da Instrução Normativa AGENERSA/ICD nº. 001/2007, norma a qual se baseia o Auto de Infração nº. 037/2008, implica em nítida violação aos preceitos do Contrato de Concessão e aos princípios que regem o Direito Administrativo.

Nesse diapasão, verifica-se que tanto a Instrução Normativa AGENERSA/ICD nº. 001/2007, quanto o presente Auto de Infração, não observaram o vertente dispositivo contratual, na medida em que cerceiam a tese defensiva desta Concessionária, tão-somente quanto à forma do Auto de Infração, senão vejamos:

- "10.4. Prazo para Impugnação:
Após o recebimento do Auto de Infração, conceder-se-á um **prazo de 05 (cinco) dias úteis** para a apresentação de eventual Impugnação, **relativa à forma do Auto de Infração.**" (Grifos no original)
- "Art. 10 O Auto de Infração (AI) deverá conter:
V. o dispositivo legal, regulamentar ou contratual infringido e a tipificação da penalidade aplicada, segundo os termos desta Instrução Normativa, concedendo **prazo de 05 (cinco) dias úteis** para apresentação de eventual impugnação, **relativa à forma do Auto de Infração.**" (Grifos no original)

Assinala que o prolapado Auto de Infração descumpriu as formalidades legais e que (...) na remota hipótese de não acolhimento da preliminar acima suscitada, tem-se que deverá ser considerado **nulo** o presente Auto de Infração, na medida em que, o ilustre Gerente da Câmara de Energia e a Secretária Executiva dessa AGENERSA,



AGENERSA Proc. E-12/020.313/2008.

Fls: 54
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

não cumpriram com as formalidades legais exigidas para a lavratura do Auto de Infração. (Grifos no original).

No tocante à Insubstância da penalidade de multa a Concessionária alega que: (...) Por meio do Art. 2º da Deliberação AGENERSA nº. 291/08, o (...) Conselho Diretor (...) aplicou penalidade de multa pecuniária em face desta Concessionária, sob a pecha de descumprimento do prazo fixado no Art. 1º da Deliberação AGENERSA nº. 222/08, para apresentação do diagnóstico completo e pormenorizado das perdas (...)

Em diversas oportunidades esta Concessionária já havia proferido seu entendimento, no sentido de que a meta contratual já havia sido atendida, quando da apresentação do estudo realizado pelo Centro Tecnológico da Universidade Federal Fluminense em 22 de setembro de 2000, denominado "Consultoria Técnico-Científica - Verificação e Certificação do Processo de Avaliação de Perdas nos Sistemas de Distribuição de Gás nas companhias CEG e CEG RIO". Assim, a meta contratual a que trata o Contrato de Concessão da CEG RIO, já havia sido cumprida por esta Concessionária há quase sete anos.

Portanto, uma vez que foram trazidos novos fatos aos autos do processo regulatório E-04/079.379/2001, (...) requer esta Concessionária (...) a revogação da penalidade aplicada pelo artigo 2º da Deliberação AGENERSA nº. 291/08 e (...) julgando-se improcedente o Auto de Infração n.º 037/2008.

A Concessionária diante dos argumentos apresentados, no que tange os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, assevera que baseado nos (...) fatos acima demonstrados, (...) não houve efeitos ensejadores de tal penalidade. Assim, não há de se cogitar em penalizar esta Concessionária, (...) por meio do Auto de Infração n.º. 037/08., como também (...) deve o órgão julgador pautar-se pela razoabilidade e proporcionalidade. Sendo assim é (...) indispensável que (...) o valor fixado a título de multa pecuniária, constante do Auto de Infração n.º. 037/2008, seja reduzido.

(...) Dessa forma, impugna esta Concessionária os cálculos realizados pela CAPET, no que concerne à atualização monetária dos valores constantes ao faturamento dos 12 (doze) últimos meses anteriores à ocorrência da infração, até a data em que foi proferida a Deliberação nº. 291/08.

Para calcular o valor da multa aplicada pela Deliberação AGENERSA nº. 291/08, a CAPET procedeu à atualização monetária dos valores referentes ao faturamento desta Concessionária, ante o descumprimento do prazo fixado no Art. 2º da Deliberação AGENERSA nº. 222/08.

Sendo assim, impugna esta Concessionária o cálculo da atualização monetária realizada pela CAPET, entendendo que o valor supostamente devido a título de multa é o montante de R\$ 157.490,33 (cento e cinquenta e sete mil, quatrocentos e

AGENERSA

Proc. E-12/020.313/2008

Fis: 55



AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

noventa reais e trinta e três centavos), referente aos valores históricos calculados, e não o quantum de R\$ 168.138,24 (cento e sessenta e oito mil, cento e trinta e oito reais e vinte e quatro centavos).

Após sua longa Defesa Prévia a Concessionária conclui que: "Face ao exposto (...) confia esta Concessionária no acolhimento das matérias elencadas (...) anulando-se o Auto de Infração (...) e (...) que sejam tornadas insubsistentes as alegações descritas no Auto de Infração, julgando-se improcedente o mesmo, (...)

Em 30/01/09, nossa Procuradoria oferece seu parecer, transcrito a seguir em parte:

"Perquirindo a fase processual em que se encontra o feito, verifica-se que a Concessionária CEG RIO ofereceu, tempestivamente, **Defesa Prévia** em face do **Auto de Infração** lavrado em função de decisão proferida pelo Conselho Diretor, consolidada na Deliberação AGENERSA nº. 291, de 28/08 2008.

Em relação à alegação de nulidade do Auto de Infração quanto à Ausência de previsão no Contrato de Concessão à Procuradoria assinala que: "Primacialmente (...) esta AGENERSA (...) 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 atribuições**¹." (Grifos no original).

"Em decorrência desta competência legal, a esta Autarquia compete 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."

Apesar dos argumentos apresentados pela Concessionária, "não é razoável imaginar que, (...) esta Agência Reguladora não dispusesse de instrumentos para efetivar a aplicação das sanções previstas no Contrato de Concessão" (...)

"Nessa linha de raciocínio, (...) a determinação de lavratura de Auto de Infração possui a natureza de medida idônea e apta à aplicabilidade de infrações administrativas, (...) razão pela qual carecem de embasamento legal as alegações trazidas pela Concessionária."

Quanto à pretensão da Concessionária de nulidade do Auto de Infração sob a alegação de descumprimento às formalidades legais, à Procuradoria assinala que: "Em síntese, (...) o Auto de Infração (...) não preenche os requisitos necessários de validade (...) e aponta que nos campos 10 e 10.3.1 do citado instrumento não constam a motivação de penalidade de multa e os valores dessa penalidade discriminados em principal e atualização monetária."

"Por outro lado, (...) "os atos processuais solenes são considerados válidos ainda que praticados por forma diversa da prescrita em lei, desde que alcancem sua finalidade

¹ 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.



AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

essencial." Logo (...) não merecem prosperar as alegações trazidas pela Concessionária CEG RIO, pois (...) o citado instrumento cumpriu a finalidade essencial, (...) a de notificar a Concessionária quanto à aplicação de penalidade.

"Dessa forma, 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 citado instrumento, sob pena de clara ofensa ao princípio da proporcionalidade."

Quando o assunto trata do valor da multa constante do Auto de Infração Impugnado "Em que pesem as alegações da Concessionária, é oportuno iluminar a existência do Parecer nº. 01/2004 – ASEP-RJ/ASJUR da lavra do Dr. Davi Marques da Silva, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, que aborda (...) o critério temporal de imposição de atualização monetária. Em sua manifestação, conclui pautado na cautelosa fundamentação do assunto que, "(...) inexistindo critério legal ou contratual expresso, deve-se computar a título de faturamento somente os valores históricos, incidindo correção monetária sobre os montantes apurados a partir do fechamento do período de 12 (doze) meses (base de cálculo) corrigindo-se mensalmente a partir daquela data."

"Contudo, da leitura das fls. 11/13 de processo verifica-se que o valor lançado no Auto de Infração nº. 037/08, a título de penalidade pecuniária foi apurado pela CAPET sob o viés da taxa SELIC, o que não guarda amparo no Instrumento Concessivo."

"Dessa forma, o valor devido a título de penalidade pecuniária deve ser apurado pelo (...) IGPM. Outrossim, a atualização monetária deve se dar sobre os montantes apurados a partir do fechamento do período de doze meses, razão pela qual, neste aspecto, carece de amparo a tese trazida pela Concessionária."

Logo, "(...) em homenagem ao princípio da legalidade estrita, onde se impõe observância cogente da Administração ao sistema normativo, esta Procuradoria **sugere elaboração de novo Auto de Infração**, considerando como valor devido, a título de penalidade pecuniária, aquele apurado através do IGPM." (Grifos nossos).

Diante do exposto, sugiro ao Conselho Diretor:

1. conhecer a impugnação apresentada por iniciativa da Concessionária em face do Auto de Infração 37/08, negando-lhe provimento.
2. por autotutela, declarar a nulidade do Auto de Infração 37/08.
3. determinar à Secretaria Executiva a expedição de novo Auto de Infração, em conjunto com a Câmara Técnica de Energia, com a correta memória de cálculo da penalidade de multa em questão, devendo para tanto ser utilizado, onde cabível, o IGPM.


Assim voto
Sérgio Raposo
Conselheiro Relator.



**AGENERSA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 325

DE 26 DE MAIO DE 2009.

**CONCESSIONÁRIA CEG RIO – AUTO DE
INFRAÇÃO – PENALIDADE – DELIBERAÇÃO
AGENERSA Nº. 291/08 – REGULATÓRIO E-
04/079.379/2001.**

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, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/020.313/2008, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Defesa Prévia apresentada pela Concessionária CEG RIO, porque tempestiva, em face do Auto de Infração nº. 037/08, de 13/11/2008, para no mérito negar-lhe provimento.

Art. 2º - Declarar por autotutela, a nulidade do Auto de Infração 037/08, de 13/11/2008.

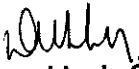
Art. 3º . Determinar à Secretaria Executiva a expedição de novo Auto de Infração, em conjunto com a Câmara Técnica de Energia, com a correta memória de cálculo da penalidade de multa em questão, devendo para tanto ser utilizado, onde cabível, o IGPM.

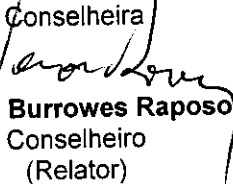
Art. 4º . - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2009.


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro Presidente

Ana Lucia Sanguedo Boynard Mendonça
Conselheira


Darcília Aparecida da Silva Leite
Conselheira


Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro
(Relator)

AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 15/05/2009
Proc. E-12/020.313/2008
FISI: 579/0