

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 490

DE 22 DE DEZEMBRO DE 2009.

CONCESSIONÁRIA CEG RIO. PENALIDADE DE MULTA APLICADA POR
DELIBERAÇÃO – COBRANÇA – PROCESSO E-33/100.062/2003.

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 nºE -33/100.260/2004, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º – Conhecer a Impugnação apresentada por iniciativa da CEG RIO em face do Auto de Infração nº006/2007, de 29/08/2007, para no mérito negar-lhe provimento.

Art. 2º – Conhecer a Impugnação apresentada por iniciativa da CEG RIO em face do Auto de Infração nº008/2007, de 29/08/2007, para no mérito dar-lhe provimento, anulando o respectivo instrumento punitivo.

Art. 3º – Determinar que a lavratura de novo Auto de Infração, em substituição ao Auto de Infração nº008/2007 – que deverá ser acompanhado da respectiva memória de cálculo da multa aplicada, a ser lavrado pela Secretaria Executiva em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária em face da CEG RIO, para cobrança da multa imposta pela Deliberação ASEP-RJ/CD nº 377, de 22 de dezembro de 2003 – fica condicionada ao desenrolar da ação judicial nº 2004.001.055453-8.

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

Rio de Janeiro, 22 de dezembro de 2009.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO

Conselheiro-Presidente

DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE

Conselheira-Relatora

MOACYR ALMEIDA FONSECA

Conselheiro

SÉRGIO BURROWES RAPOSO

Conselheiro



AGENERSA

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



Processo nº. E-33/100.260/2004.
 Data de Autuação 28 de maio de 2004.
 Concessionária CEG RIO.
 Assunto Penalidade de multa aplicada por deliberação – Cobrança - Processo E-33/100.062/2003.
 Sessão Regulatória 22 de dezembro de 2009. **Serviço Pública Estadual**

Processo nº. E-33/100.260/2004

Data 28/10/04 Fls.: 356

Voto

Rúbrica:

Trata-se de analisar as Impugnações apresentadas pela Concessionária CEG RIO em face dos Autos de Infração nºs. 006/2007¹ e 008/2007², por meio dos quais esta Agência aplica as penalidades de advertência e multa, respectivamente, impostas pelas Deliberações AGENERSA nº. 006³ de 20/12/2005 e ASEP-RJ/CD nº. 377⁴ de 22/12/2003, também respectivamente, sendo a primeira em decorrência de descumprimento de determinação⁵ desta Agência Reguladora, especialmente quanto à observância de prazo para entrega de documentos, e a segunda em razão do descumprimento⁶ à Cláusula Primeira, §3º; Cláusula Quarta, *caput* e §1º, item 21 e Anexo II, Parte 1, subitem 2.1, do Contrato de Concessão.

Inicialmente, cumpre registrar a tempestividade das referidas Impugnações, eis que (i) os Autos de Infração foram recebidos por representante da Concessionária em 03/09/2007; (ii) foi concedido, na forma dos instrumentos punitivos em pauta, prazo de 05 (cinco) dias úteis para apresentações de eventuais defesas e; (iii) as peças de defesa foram protocoladas em 11/09/07, valendo iluminar o feriado nacional de 07/09/2007.

Revela-se fundamental, na ocasião, consignar que esta Autarquia garantiu à Concessionária, em todas as fases do processo regulatório nº. E-

¹ Fls. 65.

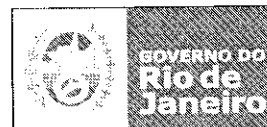
² Fls. 66.

³ Fls. 27.

⁴ Fls. 03.

⁵ "Aplicar a penalidade de advertência à Concessionária CEG RIO, fundamentada na Cláusula DEZ, inciso IV, do Contrato de Concessão, por descumprir determinação do Ente Regulador, de prazo de entrega de documentos, conforme disposto no artigo segundo da Deliberação ASEP-RJ/CD Nº. 377/03, mantido na íntegra pelas Deliberações ASEP-RJ/CD Nº. 398/04 E ASEP-RJ/CD Nº. 431/04."

⁶ "Aplicar multa à Concessionária no valor de 0,01% do montante do seu faturamento dos últimos 12 (doze) meses anteriores à ocorrência da infração, com base no prescrito na Cláusula Dez – Penalidades, item (ii), multa, INCISO IV – "descumprir norma legal ou regulamentar, determinação da ASEP-RJ ou qualquer disposição ou cláusula deste contrato", pelo não cumprimento das Cláusulas seguintes: CLÁUSULAS PRIMEIRA, §3º; CLÁUSULA QUARTA, *caput* e §1º, ITEM 21 e, ANEXO II, Parte 1, subitem 2.1 do Contrato de Concessão."



33/100.062/2003, o direito à ampla defesa e ao contraditório, o que, aliás, foi reconhecido pela própria CEG RIO em ambas as peças de Impugnação, ao declarar que *"Toda a matéria constante do presente auto de infração, integrante do processo E-33/100.260/2004, foi exaustivamente discutida nos Autos do processo regulatório n.º. E-33/100.062/2003"*⁷. Assim, não é possível, na presente fase, apreciar alegações meritórias, porquanto, além do encerramento das instâncias administrativas de análise do mérito, verifica-se, ainda, a existência de processo regulatório específico a respeito do tema.

Primeiramente, passo a analisar a Impugnação interposta em face do Auto de Infração n.º. 006/2007, que aplicou a penalidade de advertência.

Na referida peça de Impugnação, a Concessionária sustenta, a princípio, a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de ausência de previsão do apontado instrumento jurídico 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, diante da apontada lacuna contratual, compete à Agência Reguladora adotar o rito procedimental que julgar conveniente.

Ademais, conforme afirmado na Impugnação em análise, o Decreto Estadual n.º. 38.618/2005 regulamentou a questão, no inciso XX e parágrafo único do art. 23⁸.

Assim, 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 restritiva. Isto porque, como é de conhecimento geral, a regra jurídica é aplicável a todos os seus

⁷ Sem grifos no original.

⁸ "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."



destinatários e eventuais exceções devem ser expressamente previstas no texto legal, o que não ocorreu na vertente hipótese.

Cabe destacar, ainda, que a lavratura de Auto de Infração constitui uma garantia a mais para o administrado, à medida que objetiva formalizar a aplicação da penalidade.

Em seguida, a Defendente requer novamente a declaração de nulidade do Auto de Infração, apontando suposto descumprimento às formalidades legais, afirmando que "(...) *inexiste no âmbito dessa AGENERSA qualquer norma que defina os requisitos para lavratura do auto de infração*".

É oportuno registrar, a princípio, a publicação no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, em 21/09/2007, 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*", com prazo de 30 (trinta) dias após a data da publicação para sua entrada em vigor, conforme seu art. 28^o.

De fato, a Defesa ora analisada foi protocolizada neste Órgão Regulador em data anterior à divulgação do regulamento de fiscalização e eventual aplicação de penalidades às Concessionárias. Contudo, 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.

Pretendendo reforçar sua tese de defesa, a Concessionária cita Resoluções provenientes da Secretaria de Estado de Fazenda e da Secretaria de Estado de Economia e Finanças. (i)

⁹ "Art. 28. Esta Instrução Normativa entrará em vigor 30 (trinta) dias após sua publicação no Diário Oficial, revogadas as disposições em contrário."

AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA ELÉTRICA
E GÁS

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-33/100.260/2004

Data 25/05/04 Fls.: 359

Rúbrica: Ø



Como é de conhecimento geral, a cada órgão componente da estrutura da Administração Pública compete elaborar suas normas de organização, cuja aplicabilidade é restrita ao seu âmbito interno.

Ilumina a CEG RIO, ainda, os requisitos do auto de infração relacionados no Decreto Federal nº 70.235, de 06/03/1972, a fim de configurar a nulidade dos instrumentos punitivos ora questionados.

Ocorre que a norma em referência, que *“Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências”*, limita sua aplicabilidade aos órgãos componentes da União, na forma do seu art. 1º, estipulando que *“Este Decreto rege o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União e o de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal”*. Logo, verifica-se que a regra jurídica em pauta não é extensível à esfera estadual.

Em continuidade, aponta a Concessionária a ausência da indicação da inscrição estadual da Concessionária e do CEP do seu endereço comercial.

Da análise do mencionado ^{LL} Auto de Infração, verifica-se que, de fato, as informações citadas não constam do documento.

Não vislumbro na hipótese vício formal capaz de tornar o ato nulo, pois, ao contrário do que afirma a Defendente, a ausência da menção à inscrição estadual e ao CEP do endereço comercial da Concessionária não cerceou o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, eis que a CEG RIO apresentou tempestivamente as Impugnações, razão pela qual rejeito a preliminar de nulidade dos Autos de Infração por descumprimento às formalidades legais.

Aplica-se, aqui, o Princípio da Instrumentalidade das Formas, previsto nos artigos 154 e 244 do Código de Processo Civil, que privilegia o atingimento da finalidade essencial do ato à estrita observância de sua forma prescrita em lei, temperando, dessa maneira, a rigidez do Princípio da Legalidade.



“Pelo princípio da Instrumentalidade das Formas, o defeito de forma só deve acarretar a anulação do ato processual impossível de ser aproveitado (art. 250 do CPC) e que cause prejuízo a defesa dos interesses da parte ou sacrifique os fins de justiça do processo (...).”

Para encerrar o tema, vale ressaltar que a Concessionária não demonstrou prejuízo decorrente da ausência das informações apontadas que justifique a declaração de nulidade almejada.

O próximo ponto impugnado pela CEG RIO se traduz na afirmação de que, “(...) a instauração do processo E-33/100.260/2004 e a consequente lavratura do auto de infração n.º. 006/2007, violam o Princípio da Economia Processual, na medida em que, já existe processo administrativo instaurado para apurar o mérito versado nos presentes autos, e que inclusive, já ensejou a aplicação da penalidade de multa pecuniária em face desta Empresa”¹⁰.

Uma vez mais, melhor sorte não assiste à Concessionária. Em que pese a absoluta incompetência da Concessionária para questionar os procedimentos internos da Agência Reguladora, é válido observar que, diferentemente do afirmado na sua Impugnação, os objetos dos dois processos não se confundem, uma vez que, enquanto o Processo Regulatório n.º. E-33/100.062/2003 cuida de acidente em Cabo Frio, na rede de média-pressão, atingindo a jusante da Estação de Regulagem, o presente feito objetiva a efetiva aplicação das penalidades de advertência e multa, não ferindo, portanto, o princípio da economia processual, bem assim não configurando a alegada litispendência dos feitos.

Da mesma maneira, não há de se falar em *bis in idem*, mormente porque, apenas no presente processo, a aplicação da penalidade de advertência foi materializada. Ao contrário do que entende a Defendente, o processo regulatório que decidiu o mérito, tão-somente apreciou a sua responsabilidade pela ocorrência, sem, portanto, efetivar a aplicação das sanções lá deliberadas.

Prosseguindo na leitura da peça de defesa, verifica-se que a CEG RIO objetiva reabrir a discussão de mérito quanto ao assunto tratado no

¹⁰ Fls. 76.

AGENERSA

Agência Reguladora de Energia
e de Gás do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-33/100.260/2004

Data 28/05/04 Fis.: 365

Rúbrica: S



responsabilidade pela ocorrência, sem, portanto, efetivar a aplicação das sanções lá deliberadas.

Prosseguindo na leitura da peça de defesa, verifica-se que a CEG RIO objetiva reabrir a discussão de mérito quanto ao assunto tratado no Processo Regulatório n.º. E-33/100.062/2003, ao inserir na sua Impugnação o Item “Do Tempestivo Cumprimento da Obrigação Constante do Art. 2º Da Deliberação ASEP-RJ/CD N.º. 377/03.”.

Ocorre que o assunto foi devidamente debatido nos autos do Processo Regulatório n.º. E-33/100.062/2003, não cabendo a reabertura da discussão no âmbito do presente processo, que foi instaurado para a efetiva aplicação das penalidades impostas à Concessionária, com estrita observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Como já dito, a própria CEG RIO afirma, na referida Impugnação, que “*Toda a matéria constante do presente auto de infração (...) foi exaustivamente discutida nos autos do processo regulatório n.º. E-33/100.062/2003*”.

Nada mais havendo com relação à Impugnação ao Auto de Infração n.º. 006/2007, passo à apreciação das razões de Impugnação ao Auto de Infração n.º. 008/2007, não sem antes manifestar meu entendimento de que a existência de decisão judicial referente à cobrança da multa objeto do Auto, não impede a apreciação da matéria por esta Agência Reguladora, mas, tão-somente, a exigibilidade da penalidade.

De início, a Concessionária argui, em sede preliminar, a nulidade do referido Auto de Infração, eis que sua lavratura seria “*absolutamente incabível*”, em razão da existência de decisão liminar judicial.

De fato, existe impeditivo à cobrança da multa em comento, conforme decisão¹¹ publicada em 14/06/2004 nos autos do Processo n.º. 2004.001.055453-8, em trâmite na 1ª Vara de Fazenda Pública do Rio de Janeiro.

¹¹ “Defiro a antecipação de tutela para determinar que a ré se abstenha, por ora, de cobrar o valor impugnado, bem como de inscrever o débito na dívida ativa, devendo a autora juntar aos presentes, no prazo máximo de 05 dias, a contar da intimação da presente, a referida fiança bancária.i.(r)”



Considerando que o mencionado Auto de Infração foi recebido pela Concessionária em 03/09/2007, quando já produzia efeito a decisão judicial que concedeu a liminar, forçoso reconhecer a nulidade daquele instrumento punitivo.

Contudo, entendo que caso deixe de existir impeditivo à cobrança da referida multa imposta pela Deliberação ASEP-RJ/CD Nº. 377, de 22/12/2003, tão logo deve ser lavrado novo Auto de Infração em face da Concessionária CEG RIO.

Atos contínuos, sustenta a Defendente a nulidade do citado Auto de Infração por ausência de previsão no Contrato de Concessão, bem como por descumprimento às formalidades legais.

Tais teses, entretanto, foram enfrentadas quando examinei a Impugnação ao Auto de Infração nº. 006/2007, razão pela qual reitero os termos lá esposados, e considero apreciadas tais questões.

Em seguida, reclama a nulidade do auto de infração por ausência de memória de cálculo da multa aplicada.

O Contrato de Concessão, no §1º de sua Cláusula Décima, abaixo colacionado, fixa com clareza o percentual limite das multas imputáveis à CEG RIO:

“CLÁUSULA DEZ - PENALIDADES

(...)

§1º - A penalidade de multa será aplicada pela ASEP-RJ, não podendo exceder a 0,1% (um décimo por cento) do montante do faturamento da CONCESSIONARIA nos últimos 12 (doze) meses anteriores à ocorrência da infração.”

Com o fito de especificar a multa imposta à Concessionária, foi fixado em deliberação o percentual de 0,01% (um centésimo por cento) do montante do faturamento da Concessionária nos últimos 12 (doze) meses anteriores à ocorrência da infração, motivo pelo qual se depreende que os parâmetros do cálculo são de pleno conhecimento da CEG RIO.

u



Ademais, é oportuno frisar que a memória de cálculo¹² elaborada pela Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária é parte integrante do presente processo e que, como é igualmente de pleno conhecimento da Concessionária, seu acesso aos autos para vista e obtenção de cópias é permitido em qualquer fase da tramitação processual no âmbito da AGENERSA.

Contudo, na Reunião Interna do Conselho Diretor deste Órgão Regulador realizada em 02/10/2007, foi solicitada à Secretaria Executiva a adoção de medidas visando à orientação para preenchimento dos documentos anexos à Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, inclusive a "(...) obrigação de anexar a memória de cálculo para encaminhar à concessionária"¹³.

Assim, objetivando aprimorar os instrumentos punitivos em debate, é oportuno incluir a questionada memória de cálculo no corpo dos novos Autos de Infração.

No que se refere à alegação de violação ao princípio da economia processual, uma vez mais considero apreciada a questão, pelos mesmos fundamentos anteriormente esposados, na análise da primeira Impugnação apreciada.

A CEG RIO requer, ainda, a declaração de nulidade do Auto de Infração, por suposta falta de critério para fixação da penalidade, eis que esta Agência Reguladora, "(...) até o presente momento, não editou qualquer norma, com o objetivo de regulamentar a aplicação de penalidades em face de seus entes regulados".

Em primeiro lugar, vale lembrar que o Contrato de Concessão, no §1º de sua Cláusula Décima, já transcrito, fixa com clareza o percentual limite das multas imputáveis à CEG RIO.

Repita-se, ademais, que, visando especificar a multa imposta à CEG RIO, o Conselho-Diretor fixou em deliberação o percentual de 0,01% (um

¹² Fls. 19/20.

¹³ Conforme Item 06 da Ata da 17ª Reunião Interna do Conselho Diretor da AGENERSA.

AGENERSA

Agência Reguladora
de Energia e Serviços do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-33/100.260/2004

Data 28/05/04 Fls.: 261

Rúbrica: 



centésimo por cento) do montante do faturamento da Concessionária nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, donde é possível concluir que os critérios são de pleno conhecimento da Concessionária.

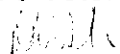
Em segundo lugar, não é razoável imaginar que, até a edição da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007, esta Agência Reguladora não dispusesse de instrumentos para efetivar a aplicação das sanções previstas no Contrato de Concessão.

No mais, e a exemplo do que fez na Impugnação ao Auto de Infração n.º 006/97, a Concessionária novamente suscita questões de mérito, sendo certo que o assunto foi oportunamente apreciado nos autos do respectivo Processo Regulatório, sendo, portanto, matéria estranha ao presente processo.

Por todo o exposto, recomendo ao Conselho-Diretor:

- Conhecer a Impugnação apresentada por iniciativa da CEG RIO em face do Auto de Infração n.º 006/2007, de 29/08/2007, para no mérito negar-lhe provimento;
- Conhecer a Impugnação apresentada por iniciativa da CEG RIO em face do Auto de Infração n.º 008/2007, de 29/08/2007, para no mérito dar-lhe provimento, anulando o respectivo instrumento punitivo;
- Determinar que a lavratura de novo Auto de Infração, em substituição ao Auto de Infração n.º 008/2007, de 29/08/2007 – que deverá ser acompanhado da respectiva memória de cálculo da multa aplicada, a ser lavrado pela Secretaria Executiva em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária em face da Concessionária CEG RIO, para cobrança da multa imposta pela Deliberação ASEP-RJ/CD n.º 377, de 22 de dezembro de 2003 – fica condicionada ao desenrolar da ação judicial n.º 2004.001.055453-8.

É o Voto.



Darcilia Leite

Conselheira Relatora