

Publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro

Parte I – 08 de setembro de 2011

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 824

DE 30 DE AGOSTO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG – PENALIDADE DE
MULTA APLICADA POR DELIBERAÇÃO –
COBRANÇA – PROCESSO E-04/079.421/2000.

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-33/100.24 2/2004, por
unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em
face do Auto de Infração nº064, de 05/11/2009, negando-lhe provimento.

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

Rio de Janeiro, 30 de agosto de 2011.

José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente

Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Relatora

Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro

Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro

Processo n.º **Rúbrica:** E-33/100.242/2004
Data de autuação 28/05/2004
Concessionária CEG
Assunto Penalidade de Multa aplicada por Deliberação –
Cobrança – Processo E-04/079.421/2000
Sessão Regulatória 30/08/2011

Relatório

O presente processo foi instaurado¹ em razão da multa pecuniária aplicada à Concessionária CEG por meio da Deliberação ASEP-RJ/CD N° 341, de 28/10/2003², integrada pela Deliberação ASEP-RJ/CD n.º. 390, de 27/01/2004³.

Em 17/06/2004⁴, a CAPET remete o feito à CAENE solicitando informar "(...) o prazo de ocorrência da respectiva infração (...)", constando, às fls. 09, despacho da CAENE⁵, no qual aponta que "**A data (...) de ocorrência da infração, que gerou a aplicação da multa de que trata a Deliberação ASEP-RJ/CD n° 341/03 (...), é 18 de julho de 2000**"⁶ e que "(...) a Deliberação ASEP-RJ/CD n.º. 390 (...), acolheu Preliminar interposta pela CEG sobre o teor do processo em questão e que este é, ainda, objeto de Ação Anulatória, proposta pela concessionária, em tramitação na esfera judicial" (grifos no original). *u*

¹ Às fls. 02 consta a CI ASEP-RJ/SECEX n° 065, de 25/05/2004, da lavra da então Secretária-Executiva da extinta ASEP-RJ, endereçada a CAPET, solicitando "(...) o levantamento do valor a ser recolhido pela Concessionária CEG".

² DELIBERAÇÃO ASEP-RJ/CD N° 341 DE 28 DE OUTUBRO DE 2003. COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO – CEG.

O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – ASEP-RJ, no uso de suas atribuições legais e regimentais e, tendo em vista o que consta do Processo Regulatório n° E-04/079.421/2000, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar multa à Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro, no valor de 0,02% (dois centésimos por cento) do montante do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à ocorrência da infração, com base no Inciso IV, § 1º da Cláusula Dez do Contrato de Concessão por ter, a Concessionária, descumprido a Cláusula Quarta em seu caput;

Art. 2º - O prazo para a Concessionária recolher o valor da multa fixado no Art. 1º desta Deliberação, será de 30 (trinta) dias contados a partir do dia útil seguinte à sua publicação no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro;

Art. 3º - A presente deliberação entra em vigor na data de sua publicação.
Rio de Janeiro, 28 de outubro de 2003.

João Paulo Dutra de Andrade – Conselheiro-Presidente; Francisco José Reis – Conselheiro; João Carlos da Silveira Loureiro – Conselheiro; João Carlos dos Santos Araújo – Conselheiro.

³ DELIBERAÇÃO ASEP-RJ/CD N° 390 DE 27 DE JANEIRO DE 2004. COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO – CEG. EXPLOSÃO SEGUIDA DE INCÊNDIO EM CAIXA DA LIGHT DE BAIXA TENSÃO, NA AVENIDA RUI BARBOSA, EM FRENTE AO N° 500 – FLAMENGO.

O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – ASEP-RJ, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório n° E-04/079.421/2000, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Acolher a Preliminar sustentada pela Concessionária, com fundamento no princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal), para que lhe seja concedido o prazo de 07 (sete) dias, contados da publicação desta Deliberação, para se manifestar sobre os Pareceres da Câmara Técnica de Energia – CAENE (fls. 78-80) e da Assessoria Jurídica (fls. 86-89);

Art. 2º - A presente Deliberação entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 2004.

João Paulo Dutra de Andrade – Conselheiro-Presidente; Francisco José Reis – Conselheiro; João Carlos da Silveira Loureiro – Conselheiro; José Carlos dos Santos Araújo – Conselheiro.

⁴ Fls.08.

⁵ Por meio do qual devolve o feito à CAPET, em 21/06/2004.

⁶ "(...) conforme consta da correspondência GAIR-E 051/00, de 19/07/2000, às fls. 002 do Processo E-04/079.412/2000, e confirmado pelo 'Informe de Acidente' enviado pela CEG, às fls. 004 do mesmo processo"

Em 05/08/2004, por solicitação, a CAPET encaminha⁷ o processo à SECEX.

Às fls. 11/13, consta cópia da CI ASJUR/CLM n.º. 122/2004⁸, por meio da qual a Chefe da Assessoria Jurídica à época informa à SECEX a relação de Ações Anulatórias interpostas pelas Concessionárias CEG e CEG RIO em face da ASEP-RJ, nas quais obtiveram tutela judicial determinando que a Agência Reguladora se abstivesse de cobrar as multas impostas e de inscrever os débitos em dívida ativa.

Na data de 20/09/2004, a SECEX envia⁹ o feito à Assessoria Jurídica da ASEP-RJ e solicita que o mesmo seja restituído "(...) tão logo esteja encerrado o processo judicial para os demais procedimentos administrativos".

Em 05/10/2005, tendo em vista a instalação do Conselho-Diretor da AGENERSA, os autos são remetidos à SECEX¹⁰, que os devolve à Procuradoria em 05/01/2006, requerendo "(...) informar sobre a situação atual da Ação Anulatória", o que é providenciado conforme despacho¹¹ no qual a citada Procuradoria apresenta à SECEX andamento judicial extraído do sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e informa que foi negado provimento ao recurso de Agravo de Instrumento interposto pela extinta ASEP-RJ¹²; aduz que "(...) há impedimento legal ao levantamento do valor da multa fixada pelo Art. 1º da Deliberação n.º. 341/2003"; destaca que "(...) ficam mantidos até o presente momento os efeitos da liminar concedida pelo juízo a quo em sede de Ação Anulatória, o que por ora, impossibilita a cobrança da penalidade, objeto, pois, do processo administrativo em epígrafe"; bem assim a "(...) necessidade constante de acompanhamento da evolução processual do referido processo em epígrafe"; tendo a Secretaria-Executiva novamente devolvido o feito ao Órgão Jurídico em 19/10/2006¹³ e à CAPET em 06/02/2007¹⁴.

Pela CI CAPET 027/07¹⁵, o então Gerente da citada Câmara Técnica remete o feito à SECEX informando que o valor atualizado da multa imposta à CEG é de R\$ 96.793,27 (noventa e seis mil setecentos e noventa e três reais e vinte e sete centavos).

u

⁷ Mediante o despacho de fls. 10.

⁸ De 15/07/2004, acostada aos autos através do despacho de fls. 14, de lavra do Sr. Mastroiane Bento Dias, que encaminha o feito à SECEX em 05/08/2004.

⁹ Mediante o despacho de fls. 15.

¹⁰ Mediante despacho de lavra do Chefe da Assessoria Jurídica, Sr. Marcus Simoninni Ferreira, fls. 16.

¹¹ De lavra do Dr. Edson Vaz Borges, em 10/01/2006 – fls. 18.

¹² Autuado sob o n.º. 2004.002.04457.

¹³ Mediante o despacho de fls. 21-A.

¹⁴ Fls. 22.

¹⁵ De 07/02/2007 - fls. 23/24.

Instada a se manifestar¹⁶, a Procuradoria da AGENERSA, referindo-se à Ação Anulatória, informa¹⁷ que "(...) ainda não foi apreciado o mérito da presente ação" e que "(...) há óbice à cobrança de multa pecuniária imposta administrativamente, uma vez que a Concessionária CEG se encontra, por ora, amparada por liminar".

Constam às fls. 35/37, sucessivamente, andamento processual extraído do sítio do PRODERTJ¹⁸, cópia de "Relação de Processos Judiciais e seus respectivos Administrativos" e minuta de auto de infração referente à penalidade imposta na Deliberação ASEP-RJ/CD n.º. 341, de 28/10/2003.

Na data de 08/04/2008, a SECEX encaminha o processo à Procuradoria da AGENERSA¹⁹, que o devolve àquela secretaria em 25/09/2009.

Em 30/09/2009, a SECEX acosta aos autos²⁰ cópia do despacho da Procuradoria referente ao Processo Regulatório n.º. E-04/079.421/2000²¹ e encaminha o feito aquele Órgão Jurídico²², solicitando manifestação.

Por meio do Parecer de fls. 44²³, a Procuradoria desta Autarquia "(...) reitera os termos da cópia do parecer jurídico acostado às fls. 39/41, ressaltando que não há óbice jurídico ao cumprimento da Deliberação ASEP-RJ n.º. 341/2003, pois recentemente foi julgado improcedente o mérito da Ação Anulatória n.º. 2003.001.146530-4, ajuizada, pela (...) CEG em face da extinta ASEP-RJ, com o objetivo especial de afastar os efeitos da citada deliberação (declaração de nulidade)"; resalta que "(...) apesar de não ter operado o trânsito em julgado da presente ação, não há, por ora, óbice jurídico que impeça a AGENERSA de exigir o cumprimento do inteiro teor da Deliberação ASEP-RJ n.º. 341/2003 (...)" e sugere o "(...) prosseguimento dos autos em epígrafe".

Na data de 09/10/2009, a SECEX apresenta Minuta de Auto de Infração²⁴ e envia o feito à Procuradoria, que se manifesta às fls. 46/55²⁵, afirmando que "(...) o auto de

¹⁶ Tendo em vista o despacho de lavra do Diretor de Departamento, Sr. João Carlos Azevedo da Conceição, às fls. 25.

¹⁷ Despacho da lavra da Assistente, Flavine Meghy Metne, com o "de acordo" do então Procurador Geral, Dr. Ricardo Luiz Sichel, fls. 26.

¹⁸ www.proderj.rj.gov.br

¹⁹ Mediante o despacho de fls. 38, pelo qual solicita o acompanhamento da ação judicial n.º. 200.001.146530-4.

²⁰ Através do Termo de Juntada de Documentos de fls. 42.

²¹ Fls. 39/41 destes autos - sobre a ação judicial (2003.001.146530-4) interposta pela CEG em face da Deliberação ASEP-RJ/CD n.º. 341/2003, informando que "apesar de não ter operado o trânsito em julgado da presente ação, não há, por ora, óbice jurídico que impeça a AGENERSA de exigir o cumprimento do inteiro teor da Deliberação ASEP-RJ n.º. 341/2003 (...)",

²² Por meio do despacho de fls. 43.

²³ De lavra da Assistente Flavine M. Metne, em 06/10/2009, com o "de acordo" do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

²⁴ Fls. 45.

²⁵ Em 13/10/2009, da lavra do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

infração deve ser retificado em conformidade com a análise supra²⁶, a fim de que atenda às formalidades previstas na Instrução Normativa CODIR/AGENERSA n.º 001/2007 e não padeça de vícios que possam vir a acarretar a sua nulidade” e que “Em se tratando da situação processual, conforme verificado no curso da Ação Anulatória n.º 2003.001.146530-4 (...) não há óbice judicial à cobrança da multa, tal como afirma o parecer desta Procuradoria, constante nas Fls. 44, e ratifica o andamento processual que segue, em anexo”.

Às fls. 56, encontra-se o Auto de Infração n.º 064/2009ⁱ, emitido por esta Autarquia em 05/11/2009 e recebido pela Concessionária em 11/11/2009²⁷.

A CEG protocoliza nesta Agência, em 18/11/2009, Impugnação²⁸ ao citado Auto de Infração, ressaltando, preliminarmente, sua “(...) tempestividade”; a seguir, cita o parágrafo 2º da Cláusula Décima do Contrato de Concessão²⁹ para concluir 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 indevida³⁰”; assinala que “(...) não obstante o Decreto n.º 38.618, (...) de 2005, venha a prever a 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 (...)” e requer “(...) o acolhimento da presente preliminar, com a declaração de nulidade do auto de infração n.º 064/2009, pela absoluta ausência de disposição contratual que o fundamente”.

Ainda em sede preliminar, defende que “(...) a penalidade formalizada no citado auto de infração não poderá ser exigida, tendo em vista a flagrante impossibilidade de sua cobrança (...)”; lembra que “(...) foi interposta ação judicial por parte da Concessionária visando à anulação da penalidade pecuniária imposta através da Deliberação ASEP-RJ/CD n.º 341/03, autuada sob o n.º. 200.001.146530-4, em andamento perante a 10ª Vara de Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro”; ressalta que “(...) o mencionado processo judicial ainda está em andamento, e não possui qualquer decisão transitada em julgado, tendo sido deferida tutela antecipada, suspendendo a cobrança da multa”; sustenta que “(...) a cobrança da multa e/ou a inscrição em Dívida Ativa, na esfera administrativa, pode gerar lesão grave ou de difícil reparação a esta Concessionária, o que torna indispensável atribuir a presente Impugnação efeito

²⁶ Aponta que “O auto de infração não se encontra em conformidade com os padrões determinados pelos Artigos 10 e 11 da Instrução Normativa CODIR/AGENERSA n.º 001/2007. No que tange ao Tópico 8 referente à DATA DA PUBLICAÇÃO, observa-se um equívoco, já que a Deliberação ASEP/RJ-CD n.º 341 de 03 de outubro de 2003 foi publicada em 03 de NOVEMBRO de 2003 (03/11/2003) e não em 03/09/2003 conforme consta no item em análise. O auto de infração peca, ainda, ao omitir o descumprimento do caput da Cláusula Quarta do Contrato de Concessão pela Concessionária, que deveria constar expressamente no item 10.2.1”.

²⁷ Acostado aos Autos através do Termo de Juntada de Documentos de fls. 59.

²⁸ Acostada aos autos através do Termo de Juntada de Documentos de fls. 67.

²⁹ “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”.

³⁰ Afirma a Concessionária que “(...) se a intenção do Poder Concedente fosse a de que as penalidades aplicadas em face desta Concessionária seriam mediante a lavratura de auto de infração, haveria expressa disposição no Contrato de Concessão, como ocorre com outras Concessionárias de Serviço Público deste Estado”.

suspensivo, (...); elabora uma analogia com o artigo 475-O, inciso II do CPC³¹ e considera que "(...) não há que se cogitar em penalizar esta Concessionária, sem que exista uma decisão definitiva, muito menos materializar a cobrança, por meio do auto de infração n.º 64/2009, fato pelo qual pugna esta Concessionária pela decretação de nulidade do referido auto, bem como que esta Impugnação seja recebida com efeito suspensivo".

No mérito, pretende a nulidade do prolapado Auto de Infração por suposto descumprimento das formalidades legais; defende que "(...) a penalidade imposta à Concessionária ocorreu antes da Instrução Normativa 001/2007 (...) quando não existia critério objetivo para a aplicação de sanção"; ressalta que "(...) as penalidades impostas à Concessionária (...) antes da Instrução Normativa n.º 001/2007, se baseavam na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, que por sua vez, não trazia de forma objetiva a maneira que deveria ser analisada a conduta da CEG para o enquadramento da penalidade"; que "(...) a motivação do ato que aplicava a penalidade era condição essencial, posto que o critério para aplicação da sanção era totalmente subjetivo"; que "(...) no caso em tela a aplicação da penalidade de multa à Concessionária foi sem qualquer justificativa, o que por si só já tornaria o mencionado ato inválido"; aponta a exigência de regulação prévia antes de se penalizar; argumenta que "(...) quando da aplicação da penalidade objeto do auto de infração ora impugnado, não houve regulação ou fiscalização prévias sobre as práticas realizadas pela Recorrente"; 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 setorial³²" e pugna pela "revogação da penalidade aplicada pelo artigo 1º da Deliberação AGENERSA n.º 341/03, (...), julgando-se improcedente o auto de infração n.º 064/2009".

Em 23/11/2009, a SECEX remete o feito ao meu Gabinete, que o envia³³ à Procuradoria desta Autarquia, constando, às fls. 68/78, parecer da lavra da Dra. Flavine M. M. Mendes³⁴, no qual afirma que "Analisando o andamento processual da Ação Judicial Anulatória de n.º 2003.001.146530-4, depreende-se que, apesar de terem sido julgados improcedentes os pedidos contidos na petição inicial e, revogada a tutela antecipada anteriormente concedida, em sede de Apelação oferecida pela (...) CEG (...) foi publicada em 04/11/2009 decisão que recebeu o citado recurso no duplo efeito (suspensivo e devolutivo)"; que

³¹ "O levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos".

³² Considera que "No que tange à essência do direito regulatório, o conceito de sanção possui uma maior amplitude, englobando notadamente medidas corretivas e intervencionistas, ou seja, atos que diretamente atendam a natureza finalística da regulação"; que "(...) a aplicação indiscriminada de certas sanções pelo Órgão Regulador, além de gerar uma instabilidade jurídica, pode colocar em xeque a atividade da entidade regulada, o que consequentemente, provocaria um clarividente prejuízo para os usuários do serviço público concedido".

³³ Mediante o despacho de minha assessoria, às fls. 67, verso.

³⁴ Com o "de acordo" do Procurador Geral, Dr. Luis Marcelo M. Nascimento.

"(...) através desses efeitos, ~~suspende-se~~ a eficácia da sentença até a sua decisão e devolve a matéria para ser julgada no Tribunal"; que "(...) sabendo-se que a (...) decisão que concedeu duplo efeito no Recurso de Apelação foi publicada em 04/11/2009 e o Auto de Infração foi recebido pela Concessionária CEG em 11/11/2009, salta aos olhos que o presente ato administrativo deve ser declarado nulo, pois desde 04/11/2009 persiste impedimento legal à cobrança da penalidade pecuniária imposta nos autos em epígrafe" e, "(...) com base no princípio da autotutela, (...), esta Procuradoria sugere não conhecer a Defesa Prévia apresentada pela (...) CEG, bem como anular o Auto de Infração nº. 64/2009 e suspender, por ora, o procedimento de cobrança até a restauração de eficácia da sentença, que julgou improcedentes os pedidos formulados pela (...) CEG".

Na data de 22/12/2009, a assessoria deste Gabinete encaminha³⁵ o feito à SECEX e à CAENE, solicitando informações³⁶ que são prestadas pela Assessoria da SECEX, às fls. 80, em despacho preliminar³⁷, no qual informa que *"(...) não foi dada ciência da decisão publicada no dia 04/11/2009, assim, houve a expedição do Auto de Infração 64/09"*; afirma que *"(...) a demora na expedição deu-se pelo grande volume de processo e expedição de documentos"*³⁸.

Em 04/01/2010, a SECEX devolve o feito ao meu Gabinete, com o despacho de fls. 81, por meio do qual aponta os motivos que geraram *"(...) a delonga no trâmite deste administrativo (...)"*³⁹.

u

³⁵ Mediante o despacho de fls. 79.

³⁶ "(...) o motivo pelo qual o presente processo foi recebido, nesta SECEX, em 14.10.2009 (fls. 55), com parecer jurídico e, o Auto de Infração nº. 64/2009, somente ter sido lavrado em 05.11.2009 e recebido pela Concessionária em 11.11.2009".

³⁷ Em 23/12/2009, de lavra do Assessor João Carlos A. da Conceição, em atenção ao despacho da Secretária-Executiva às fls. 79, v.

³⁸ Exemplifica que *"(...) no período de 14/10/2009 a 05/11/2009 foram confeccionados por esta Assessoria 170 documentos"*.

³⁹ "(...) 1. Esta Secretaria Executiva foi demasiadamente ocupada pelas inúmeras atribuições preliminares à realização de duas grandes Audiências Públicas além de dar prosseguimento às atribuições regimentais habituais nos meses de outubro e novembro de 2009, conforme registrado abaixo:

Alguns procedimentos realizados exclusivamente pelo Gabinete/SECEX entre os dias 14.10 e 11.11.2009	
Processos autuados	13
Processos que tramitam no Gabinete da SECEX	103
Ofícios recebidos de outros Órgãos	26
Correspondências Internas expedidas	60
Ofícios expedidos	35
Ofícios convites expedidos	17
Reunião Interna CODIR	2
Sessão regulatória	1
Matérias encaminhadas para publicação no Diário Oficial do ERJ	27
Reuniões externas	2

2. O Gabinete desta SECEX conta com apenas dois servidores (Assistentes) para desenvolver todas as atividades regimentalmente atribuídas e outras decorrentes das atividades gerais da AGENERSA. (...) por aproximadamente 10 dias no mês de outubro de 2009, um dos meus Assistentes necessitou se ausentar desta Agência por motivos particulares, dias estes preliminares a 11ª Sessão regulatória de 2009, o que consideravelmente complicou o trâmite das atividades deste Gabinete" 3. E por último, a proximidade do encerramento do exercício orçamentário e financeiro do exercício de 2009 acarretou em inúmeros novos procedimentos de Governo para fechamento contábil das Entidades Públicas, onde muitos que dependiam de acompanhamento e controle deste Setor Executivo." Conclui, apontando que "Diante do exposto e considerando a falha na expedição do auto de infração deste processo sem a devida atualização do trâmite judicial, em especial da Ação Anulatória de nº. 2003.001.146530-4, rogo a compreensão e solicito vênias ao ato praticado, registrando que apesar da falha cometida esta Secretária Executiva vem procurando desempenhar todas as atividades atribuídas a este Gabinete com dedicação e respeito à Administração Pública, observando fielmente os princípios legais conduzidos pelo Conselho Diretor desta Entidade".

A seguir, o presente processo é encaminhado à Procuradoria desta Autarquia⁴⁰, que o remete ao Gabinete do Conselheiro Sérgio Burrowes Raposo⁴¹, cuja assessoria o devolve àquela SECEX em 05/10/2010, tendo em vista a redistribuição para esta Relatoria, ocorrida na 20ª Reunião Interna, realizada na mesma data⁴².

Na data de 08/10/2010, o feito é enviado à Procuradoria desta AGENERSA⁴³, que apresenta despacho⁴⁴ informando que "(...) já houve decisão em primeira instância favorável a AGENERSA e confirmada em sede recursal"; afirmando que "Apesar da decisão judicial não ter transitado em julgado, (...) os recursos Extraordinário e Especial não tem efeito suspensivo, portanto, a AGENERSA pode cobrar a multa aplicada (...) nos autos do processo E-04/079.412/2000" e remetendo os autos a este Gabinete, que os devolve àquela Procuradoria⁴⁵, para análise e pronunciamento.

Às fls. 106/114, a Procuradoria apresenta Parecer⁴⁶ no qual relata o posicionamento anterior⁴⁷; aponta que "(...) prevalece desde 2008 o entendimento no Superior Tribunal de Justiça, STJ, de que a revogação da antecipação de tutela na sentença de improcedência produz efeito desde logo, sendo irrelevante o duplo efeito atribuído à apelação"; ilumina jurisprudência do STJ⁴⁸ e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁴⁹

⁴⁰ Por despacho da assessoria de meu Gabinete, em 06/01/2010 (fls. 81, verso).

⁴¹ Conforme redistribuição ocorrida na Reunião Interna realizada em 13/07/2010.

⁴² Sendo o feito enviado para este Gabinete em 07/10/2010, pela SECEX, por meio do despacho de fls. 85.

⁴³ Por meio do despacho de minha assessoria, às fls. 85, *in fine*.

⁴⁴ De lavra do Estagiário Igor Alves da Silva (PGE-RJ) e do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento, em 19/07/2011, fls. 86, acrescido de andamento judicial extraído do sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, fls. 87/105.

⁴⁵ Em 25/07/2011, fls. 105, verso.

⁴⁶ Em 29/07/2011, de lavra da Assessora, Flavine Meghy Metne Mendes, com o "de acordo" do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

⁴⁷ "(...) no dia 14 de dezembro de 2009, a Procuradoria da AGENERSA, com base no andamento judicial extraído do sítio www.tj.rj.gov.br e em análise à Impugnação oferecida pela Concessionária CEG, emitiu entendimento no sentido de que o duplo efeito concedido em sede de apelação à sentença de improcedência, que revogou os efeitos da tutela antecipada, impediria por ora a cobrança da penalidade pecuniária, inviabilizando assim o recebimento do Auto de Infração pela concessionária, razão pela qual sugeriu não conhecer a Defesa Prévia apresentada e anular o respectivo Auto de Infração, até a restauração dos efeitos da sentença de mérito".

⁴⁸ "AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA REVOGADA PELA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – RECURSO DE APELAÇÃO RECEBIDO NO DUPLO EFEITO – Não restabelecimento da tutela revogada – Precedentes – Manutenção da decisão agravada pelos seus próprios fundamentos – Agravo improvido. (AgRG no Ag 985846/RS – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2007/0283356-1 – Terceira Turma – Rel: Ministro Massami Uyeda – Julgamento: 04/11/2008 – Publicação: DJe 18/11/2008)"; "RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA DE IMPROCEDENCIA QUE REVOGA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. EFEITOS DA APELAÇÃO. MERAMENTE DEVOLUTIVO NO QUE TOCA À ANTECIPAÇÃO. 1. A interpretação meramente gramatical do Art. 520, VII, do CPC quebra igualdade entre partes. 2. Eventual efeito suspensivo da apelação não atinge o dispositivo da sentença que tratou de antecipação da tutela, anteriormente concedida. (DJe 05/03/2008)".

⁴⁹ "Agravo de Instrumento. Gratificação de Execução Técnica (GET). Gratificação Especial de Risco (GER). Antecipação de tutela concedida. Sentença julgando improcedentes os pedidos e revogando a antecipação concedida. Apelação recebida no duplo efeito, sem alterar a revogação. Decisão inicial no agravo, negando provisoriamente o efeito suspensivo. A questão envolve o objeto da ação de obrigação de fazer promovida por funcionários públicos municipais visando a percepção cumulativa da Gratificação de Execução Técnica (Lei nº 3.430/02) e da Gratificação Especial de Risco (Lei nº 2.202/94), tendo a antecipação de tutela sido deferida e, após a complementação da instrução, sido revogada juntamente com a prolação da sentença de improcedência dos pleitos. Esta decisão foi recorrida sem que as partes tivessem acesso à íntegra da decisão, dada a remessa dos autos à municipalidade, pelo que não teriam os autores sabido do teor da revogação. Certificado o fato e devolvido o prazo, foram opostos embargos de declaração, os quais restaram rejeitados, vindo daí o presente agravo de instrumento de que se cuida. Objetivam aqui os recorrentes a manutenção dos efeitos da tutela antecipada deferida originalmente ou a obtenção de antecipação de tutela recursal até o trânsito em julgado do recurso ou, pelo menos, até o julgamento do recurso de apelação cível deduzido pelos mesmos, e que foi recebido no duplo efeito, de molde a manter-se o pagamento cumulativo das gratificações "GER" e "GET". Descabimento. A regra geral no regime do art. 520 do CPC é de que "A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo". Se a sentença confirma a tutela antecipada, produz desde logo efeitos, por se tratar de decisão proferida em cognição exauriente, pois que nos termos do art. 520, inc. VII, do CPC, a apelação eventualmente interposta será recebida apenas no efeito devolutivo. No caso em que se verifica a prolação de sentença de improcedência do

Rúbrica: f

sobre a matéria; afirma que (...) sendo certo que à época do oferecimento da Impugnação pela Concessionária CEG, que data de 18/11/2009, já havia o entendimento prevalente do STJ (...), esta Procuradoria, com amparo no princípio da Autotutela, consubstanciado nos verbetes sumulares nº. 346 e 473 do STF, revoga os efeitos do Parecer 35/2009 – FMM (fls. 68/69), no sentido de que inexistiu desde a lavratura do Auto de Infração impugnado óbice judicial à cobrança de penalidade pecuniária”; ressalta que (...) a aplicação do citado entendimento jurisprudencial do STJ não trará prejuízos à Concessionária, especialmente porque tal entendimento já existia e era dominante no âmbito deste tribunal, quando da lavratura do impugnado Auto de Infração, bem como de restar pendente de julgamento a presente impugnação, razão pela qual não se verifica violação ao princípio da segurança jurídica”; no que tange à Impugnação apresentada pela CEG, destaca que (...) esta AGENERSA, por força de disposição legal, possui, dentre outras, a competência expressa de **zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos** relativos à esfera de suas 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”; aponta que (...) ainda que não exista cláusula contratual que preveja a lavratura de Auto de Infração, a esta AGENERSA compete notificar a Concessionária da penalidade aplicada pelo Conselho Diretor, dever consolidado nas normas que regem a teoria geral do processo que se aplica subsidiariamente ao Processo Administrativo”; que “Tal comunicação se dá através dos instrumentos: auto de infração e/ou notificação”; lembra que (...) 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”; registra a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007⁵⁰; considera que (...) ainda que essa AGENERSA não possuísse o supracitado regulamento de fiscalização e de eventual aplicação de penalidades, “não é razoável imaginar que, até então, esta Agência Reguladora não dispusesse de instrumentos para efetivar a aplicação das sanções previstas no Contrato de Concessão”, conforme entendimento exarado pela Ilma. Conselheira Relatora, Darcília Aparecida da Silva Leite nos autos E- 12/020.059/2007”; que (...) salta aos olhos 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”; entende que (...) não havia óbice à cobrança

pedido e revogação da tutela antecipatória antes deferida, ainda que a apelação a ela interposta seja recebida no duplo efeito, isso não restabelece a tutela antecipatória. Entendimento que passei a perfilhar considerando ser o mesmo prevalecente no STJ (REsp 145676/SP). Impossibilidade de aferição de questões que se confundem com o mérito do recurso de apelação. Recurso a que se nega provimento. (Agravo de Instrumento nº. 0012462-38.2010.8.19.000, Julgamento 16/06/2010. Terceira Câmara Cível.) (grifos como no original).

⁵⁰ 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”.

da penalidade pecuniária, uma vez que o duplo efeito atribuído ao recurso de apelação interposto pela Concessionária CEG não tem o condão de restaurar os efeitos da tutela antecipada anteriormente concedida, notadamente quando a sentença de improcedência revoga os efeitos da mesma, conforme entendimento jurisprudencial emanado do STJ”; lembra que “(...) um dos atributos do ato administrativo é a auto-executoriedade que permite à Administração Pública executar diretamente a sua decisão, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário, conforme se extrai das lições da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵¹”; ressalta que “(...) na situação em espeque o atributo da auto-executoriedade ganha mais relevo, especialmente pelo fato de não ter sido suspensa judicialmente a cobrança da penalidade pecuniária por esta Autarquia”; registra que “(...) uma das principais funções desta AGENERSA é “zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços relativos à esfera de suas atribuições”; indaga **“Em que momento residiria a omissão desta Autarquia no que tange a sua atividade precípua regulatória, uma vez que o Processo Regulatório E – 04/079.421/2000 foi aberto com a finalidade de apurar a responsabilidade da Concessionária CEG na explosão de uma caixa subterrânea da LIGHT ocorrida em 18 de julho de 2000, na Rua Ruy Barbosa, Flamengo?”**; aponta que “(...) a iniciativa da extinta ASEP-RJ, sucedida por esta Autarquia, ao instaurar o processo Regulatório n.º E -04/ 079.421/2000 foi no sentido de zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão, primando pela exigida prestação do serviço público adequado”; que “(...) amparada está a atuação desta AGENERSA no exercício precípua de sua competência regulatória disciplinada pela Lei estadual n.º 4.556/2005” e opina que “(...) o Auto de Infração n.º 64/2009 atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido e, conseqüentemente negado provimento à presente impugnação oferecida pela Concessionária CEG”⁵².

Mediante correspondência eletrônica⁵³, a assessoria deste Gabinete encaminha à CEG cópia integral digitalizada do presente feito, comunica a conclusão de sua instrução e assina o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de razões finais.

Às fls. 117, consta a certificação⁵⁴ da renumeração de folha do presente processo, autuada em duplicidade.

Em sede de Razões Finais⁵⁵, a Concessionária reitera os termos da Impugnação apresentada “propugnando pelo acolhimento de suas razões, para que seja reconhecida e decretada a nulidade do Auto de Infração”.

ll

⁵¹ Em “ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006, p.210”

⁵² Todos os grifos como no original.

⁵³ E-mail AGENERSA/ASSESS/DL n.º 060, de 04/08/2011 – fls. 115, recebido pela CEG na mesma data, conforme aviso de leitura às fls. 116, 118 e 119/120.

⁵⁴ Providenciada pela assessoria deste Gabinete em 08/08/2011.

⁵⁵ Conforme correspondência DIJUR-E-1628/11, de 15/08/2011.

É o Relatório.

[assinatura]

Darcília Leite

Conselheira Relatora

1 - AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 64/2009		2 - LOCAL, DATA E HORÁRIO: AGENERSA, RIO DE JANEIRO, 5/11/2009 14:18									
3 - CONCESSIONÁRIA AUTUADA COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO - CEG		4 - CNPJ 33.938.119/0001-69									
5 - ENDEREÇO Av. Pedro II, nº. 68	6 - BAIRRO São Cristóvão	7 - MUNICÍPIO/UF Rio de Janeiro/RJ									
8 - Nº. DA DELIBERAÇÃO / DATA DE PUBLICAÇÃO Deliberação ASEP/RJ-CD nº. 341 DE 28 OUTUBRO DE 2003 Publicado no Diário Oficial de 03/11/2003		9 - PROCESSO Processo Administrativo nº. E-33/100.242/2004 (autuado para acompanhamento de aplicação de penalidade)									
<p>10 - RELATO E ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO</p> <p>10.1 - RELATO DA CONDUTA: Processo Regulatório, nº. E-04/079.421/2000. Explosão seguida de incêndio em caixa de Light de baixa tensão, na Av. Rui Barbosa, em frente ao Nº 500 - Flamengo. Deliberação ASEP-RJ/CD Nº 341 de 28 de outubro de 2003, integrada pela Deliberação ASEP-RJ/CD Nº. 390 de 27/01/2004. Descumprimento de obrigações da Concessionária, previsto no Contrato de Concessão, na Cláusula Quarta em seu caput.</p> <p>10.2 - ENQUADRAMENTO DA(S) CONDUTA(S) DESCRITA(S) NO ITEM 10.1, TIPIFICANDO O(S) FATO(S) COMO INFRAÇÃO(ÕES) ÀS DISPOSIÇÕES: ART. 1º da Deliberação ASEP/RJ-CD nº. 341 DE OUTUBRO DE 2003</p> <p>10.2.1 - DESCUMPRIMENTO DA(S) SEGUINTE(S) CLÁUSULA(S) DO CONTRATO DE CONCESSÃO: Item (ii), inciso IV, § 1º da Cláusula Décima e caput da Cláusula Quarta do Contrato de Concessão.</p> <p>10.3 - NATUREZA DA PENALIDADE: Penalidade de multa no valor equivalente a 0,02% (dois centésimos por cento) do montante do faturamento da Concessionária, nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima (ii) e inciso IV, do Contrato de Concessão.</p> <p>10.3.1 - VALOR DA(S) MULTA(S):</p> <table border="1"> <tr> <td>Valor</td> <td>R\$ 96.793,27</td> </tr> <tr> <td>Juros Moratórios</td> <td>R\$ 0,00</td> </tr> <tr> <td>Atualização Monetária</td> <td>R\$ 0,00</td> </tr> <tr> <td>Total</td> <td>R\$ 96.793,27</td> </tr> </table> <p>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. (Decreto nº. 38.618/05 alterado pelo Decreto nº. 40431/06 - art. 23, inciso XX - parágrafo único / Instrução Normativa CD nº. 001/2007, art. 10, inciso V e parágrafo único, art. 11 e seu parágrafo único)</p> <p>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 Itaú S/A, Agência 5673 e conta corrente 00122-7 em nome ERJ - AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. (Instrução Normativa CD nº. 001/2007, art. 10, inciso VI / Regimento Interno, art. 88, inciso II / Decreto nº. 38.618/2005, art. 4º, inciso II)</p>				Valor	R\$ 96.793,27	Juros Moratórios	R\$ 0,00	Atualização Monetária	R\$ 0,00	Total	R\$ 96.793,27
Valor	R\$ 96.793,27										
Juros Moratórios	R\$ 0,00										
Atualização Monetária	R\$ 0,00										
Total	R\$ 96.793,27										
11 - NOMES DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO Cynthia Pitz P. Pinheiro Jorge Luiz Gomes Caffo		12 - CARGO Secretária Executiva Gerente de Câmara de Energia	13 - MATRÍCULA 237-8/AGENERSA 210-5/AGENERSA								
14 - REPRESENTANTE DA CONCESSIONÁRIA <i>ANTONIO CARLOS BOTELHO MARTINS</i>		15 - CARGO <i>GERENTE SUPLENTE</i>	16 - RG <i>50.911-0AB/RJ</i>								
17 - ASSINATURA DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO AGENERSA - RIO DE JANEIRO, 5/11/2009 14:18 Cynthia Pitz P. Pinheiro Secretária Executiva Matrícula 237-8 <i>[assinatura]</i> Assinatura do Agente de Fiscalização		18 - ASSINATURA DO AUTUADO Data: <i>11/11/09</i> Declaro estar ciente do conteúdo do presente Auto de Infração. <i>[assinatura]</i> Assinatura do Autuado									
19 - OBSERVAÇÕES Anexo: Deliberação ASEP/RJ-CD nº. 341 DE OUTUBRO DE 2003 e respectiva Memória de Cálculo											

Processo nº. E-33/100.242/2004.
Data de Autuação 28 de maio de 2004.
Concessionária CEG.
Assunto Penalidade de multa aplicada por deliberação – Cobrança –
Processo E-04/079.421/2000.
Sessão Regulatória 30 de agosto de 2011.

Serviço Público Estadual

Processo nº E-33/100.242/2004Data 28/05/2004 Fls.: 133Rúbrica: fVoto

Trata-se de analisar a impugnação apresentada tempestivamente¹ pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 064/2009², por meio do qual esta Agência realiza a cobrança da multa imposta pela Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 341, de 28/10/2003, determinada nos autos do processo regulatório E-04/079.421/2000, em decorrência da explosão do bueiro situado à Av. Ruy Barbosa, nº. 500, Flamengo, Rio de Janeiro/RJ.

Revela-se fundamental, na ocasião, consignar que esta Autarquia garantiu à Concessionária, em todas as fases do processo regulatório nº E-04/079.421/2000, o direito à ampla defesa e ao contraditório. Assim, não é possível, na presente fase, apreciar alegações meritorias, porquanto se verifica o encerramento das instâncias administrativas de análise do mérito, devidamente tratadas no processo regulatório acima citado, específico a respeito do tema.

Em tal 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, diante da apontada lacuna contratual, compete à Agência Reguladora adotar o rito procedimental que julgar conveniente. u

¹ O Auto de Infração foi recebido por representante da Concessionária em 11/11/2009; foi concedido, na forma do instrumento punitivo em pauta, prazo de 05 (cinco) dias úteis para apresentação de eventual defesa e a respectiva peça foi protocolizada em 18/11/09.

² Fls. 56.



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 restritiva. 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.

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

Prossegue a Concessionária com suas razões, defendendo a suspensão da cobrança da penalidade aplicada, tendo em vista a tramitação da ação judicial nº. 2003.001.146530-4, por ela ajuizada visando à anulação da penalidade, sob o argumento de que "(...) a cobrança da multa e/ou a inscrição em Dívida Ativa, na esfera administrativa, pode gerar lesão grave ou de difícil reparação a esta Concessionária, o que torna indispensável atribuir a presente Impugnação efeito suspensivo (...)".

Sobre esse ponto, é importante salientar a sentença proferida nos autos do referido processo judicial, através da qual a Exma. Dra. Juíza de Direito da 10ª Vara de Fazenda Pública julgou improcedente o pedido da CEG, inclusive condenado-a ao pagamento de verba honorária arbitrada em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Cumprе esclarecer que tal sentença foi desafiada por Recurso de Apelação, manejado pela ora Impugnante, ao qual foi concedido duplo efeito (suspensivo e devolutivo), conforme decisão publicada em 04/11/2009, sendo certo que o Auto de Infração foi recebido pela Concessionária CEG em 11/11/2009, o que, entretanto, não macula sua validade, pois, conforme aponta a Procuradoria desta AGENERSA⁴, "(...) prevalece desde 2008 o entendimento no Superior Tribunal de Justiça⁵, (...), u

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 Parecer de fls. 106/114.



de que a revogação da antecipação de tutela na sentença de improcedência produz efeito desde logo, sendo irrelevante o duplo efeito atribuído à apelação”.

Além disso, o citado Recurso de Apelação foi desprovido através de acórdão publicado na Imprensa Oficial em 16/08/2010. Registre-se, por oportuno, que o respectivo processo permanece naquele E. Tribunal de Justiça, desde 14/04/2011, em sua 3ª Vice-Presidência, aguardando remessa ao STF e STJ, conquanto, em razão da inadmissão dos Recursos Extraordinário e Especial, também apresentados pela CEG, a mesma interpôs Recurso de Agravo de Instrumento àqueles E. Tribunais Superiores.

Ocorre que não existe qualquer decisão judicial que impeça este Ente Regulador de dar prosseguimento ao presente processo. Portanto, como bem salientando pela Procuradoria desta Autarquia no parecer de fls. 106/114, inexistente óbice judicial à cobrança da penalidade aplicada.

Prosseguindo, argumenta a Concessionária que “(...) deverá ser considerado nulo o presente auto de infração, na medida em que, a penalidade imposta à Concessionária ocorreu antes da Instrução Normativa 001/2007, através da Deliberação 341/2003, quando não existia qualquer critério objetivo para a aplicação de sanção.”⁶

Em primeiro lugar, vale lembrar que o Contrato de Concessão, no §1º de sua Cláusula Décima, abaixo colacionado, fixa com clareza o percentual limite das multas imputáveis à Concessionária:

“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.”

u

⁵ A Procuradoria ilumina jurisprudência do STJ, como segue: “AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA REVOGADA PELA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – RECURSO DE APELAÇÃO RECEBIDO NO DUPLO EFEITO – Não restabelecimento da tutela revogada – Precedentes – Manutenção da decisão agravada pelos seus próprios fundamentos – Agravo improvido. (AgRG no Ag 985846/RS – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2007/0283356-1 – Terceira Turma – Rel: Ministro Massami Uyeda – Julgamento: 04/11/2008 – Publicação: DJe 18/11/2008); “RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA DE IMPROCEDENCIA QUE REVOGA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. EFEITOS DA APELAÇÃO. MERAMENTE DEVOLUTIVO NO QUE TOCA À ANTECIPAÇÃO. 1. A interpretação meramente gramatical do Art. 520, VII, do CPC quebra igualdade entre partes. 2. Eventual efeito suspensivo da apelação não atinge o dispositivo da sentença que tratou de antecipação da tutela, anteriormente concedida. (DJe 05/03/2008)”.

⁶ Grifo no original.

Nesses termos, visando especificar a multa imposta à CEG, o Conselho-Diretor fixou em deliberação o percentual de 0,02% (dois centésimos por cento) do montante do faturamento da Concessionária nos últimos 12 (doze) meses anteriores à ocorrência da infração, determinado em razão da gravidade da mesma, donde é possível concluir que não procede a argumentação da Impugnante.

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 condições para efetivar a aplicação das sanções previstas no Contrato de Concessão.

A Concessionária argumenta, ainda, que *"(...) como o auto de infração não apresenta a motivação (...) para aplicar a penalidade de multa à Concessionária, mas sim, tão-somente o dispositivo legal em que se baseou, este deve ser considerado nulo."*

Diferentemente do que alega a Impugnante, da simples leitura do documento ora atacado, verifica-se que o Campo 10.1 – Relato da Conduta – é claro ao indicar o *"Descumprimento de obrigações da Concessionária, previsto no Contrato de Concessão, na Cláusula Quarta em seu caput"*, especificando o *"Processo Regulatório n.º E-04/079.421/2000. Explosão seguida de incêndio em caixa da Light de baixa tensão, na Av. Rui Barbosa, em frente ao N.º 500 – Flamengo. Deliberação ASEP-RJ/CD N.º 341 de 28 de outubro de 2003, integrada pela Deliberação ASEP-RJ/CD N.º 390 DE 27/01/2004."* e apontando, no item 10.2.1 – Descumprimento da(s) seguinte(s) cláusula(s) do contrato de concessão: *"Item (II), inciso IV, § 1.º da Cláusula Décima e caput da Cláusula Quarta do Contrato de Concessão"*, razão pela qual o presente argumento não merece ser acolhido.

Ademais, a motivação à qual se refere a Concessionária encontra-se disposta no Voto da lavra do então Conselheiro da ASEP-RJ, João Carlos da Silveira Loureiro, que originou a Deliberação ASEP-RJ/CD n.º. 341, de 28/10/2003, - integralmente mantida por ocasião da análise do Recuso interposto pela CEG, nos termos do Voto por mim proferido, em 25/12/2005 - no Processo Regulatório n.º. E-04/079.421/2000, cujas peças são de pleno conhecimento da Concessionária, eis que se manifestou várias vezes naqueles autos, inclusive lançando mão de recurso, tendo esta Agência, conforme anteriormente afirmado, lhe garantido o direito à ampla defesa e ao contraditório.

u



Desta forma, não é razoável pretender que o inteiro teor da fundamentação para a aplicação da penalidade imposta fosse transcrito no Auto de Infração ora impugnado⁷, instrumento que apenas materializa a penalidade imputada em processo regulatório específico, do qual a CEG participou, o que demonstra, mais uma vez, que, buscando a anulação do referido Auto, a Concessionária utiliza-se de argumentos frágeis e desprovidos de qualquer fundamento jurídico, o que me leva a refutar essa alegação.

Fica claro, portanto, que a CEG, novamente, tenta encontrar subterfúgios para reabrir a discussão administrativa, cujas fases de debate do mérito foram 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.

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 pela Recorrente”*, o que desrespeitaria a necessidade de regulação prévia antes de se penalizar.

Não há motivo para se concordar com esta assertiva, já que o procedimento adotado por esta Agência encontra-se devidamente regulamentado⁸, 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 observado no processo n.º. E-04/079.421/2000, tendo a CEG, naqueles autos, lançado defesa de seus interesses, restando a questão exaustivamente discutida.

Mais uma vez lembramos à Impugnante que a presente ação se presta, tão-somente, à cobrança da penalidade aplicada naqueles autos, sendo o Auto de Infração o meio para tal.

u

⁷ Pois como anteriormente afirmado, a fundamentação para a penalização é o Voto.

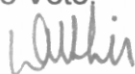
⁸ Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007.

Exatamente por essa razão é que o referido Auto somente pode ser impugnado quanto à sua forma, posto que todas as questões de mérito 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 regulatório, 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 064, de 05/11/2009, negando-lhe provimento.

É o Voto,



Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

AGENERSA

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº.

824



DE 30 DE AGOSTO DE 2011.

**CONCESSIONÁRIA CEG – PENALIDADE
DE MULTA APLICADA POR
DELIBERAÇÃO – COBRANÇA –
PROCESSO E-04/079.421/2000.**

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-33/100.242/2004

Data 28/05/2004 Fls.: 139

Rúbrica: d

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-33/100.242/2004, por unanimidade,


DELIBERA:


Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 064, de 05/11/2009, negando-lhe provimento.


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

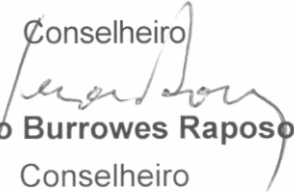
Rio de Janeiro, 30 de agosto de 2011.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Relatora


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro


Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro