

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO -
PENALIDADE DE MULTA – PROCESSO
REGULATÓRIO E-12/020.274/2010.

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-12/020.396/A/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º-Aceitar a impugnação da concessionária CEG ao Auto de Infração nº 016/11, de 09 de maio de 2011, vez que tempestiva, para, no mérito, negar-lhe provimento.

Art. 2º - Reiterar os termos do Auto de Infração nº . 016/11, de 09 de maio de 2011 e do Art. 1º da Deliberação AGENERSA nº. 626/10 de 30 de setembro de 2010.

Art. 3º - Declarar, por autotutela, a nulidade do Auto de Infração nº 060/10, de 10 de dezembro de 2010.

Art. 4º - 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
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro
Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro
Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro-Relator



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

Processo nº.: E-12/020.396A/2010
Autuação: 13/10/2010
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de Infração – Penalidade de Multa –
Processo Regulatório E-12/020.274/2010.
Relato: 30 de agosto de 2011

RELATÓRIO

Trata-se de processo regulatório iniciado através da requisição SECEX nº. 225/10¹, de 13/10/10, para a aplicação de multa à Concessionária CEG, em função do que foi deliberado em Sessão Regulatória, de 30/09/10, na qual se originou a Deliberação AGENERSA nº. 626/10:

“(...)

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,01% (um centésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o Art. 16, VIII, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº P-015/2010, de 08 de julho de 2010, e no Termo de Notificação nº. 015/2010, de 13 de julho de 2010.

(...)”.

Em 29/10/10, o processo é enviado à CAPET, para que se calcule o valor da multa pecuniária a ser aplicada à Concessionária CEG, nos termos do disposto no Art. 1º da Deliberação AGENERSA nº. 626/10.

Às fls. 10/11, consta CI AGENERSA-RJ/CAPET nº. 049/2010, na qual a CAPET tece suas considerações:

“(...)

c). O cálculo do atraso tomou por base os faturamentos mensais da CEG desde julho de 2009 até junho de 2010, sendo adotado como término da atualização o mês de agosto de 2010, para o qual havia índices de atualização disponíveis quando da edição da Deliberação AGENERSA nº. 626/10. Foi utilizado o IGP-M, o mesmo

¹ Fl. 02



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

referencial para a atualização das tarifas anuais da Concessionária. O resultado está apresentado no quadro abaixo:

Deliberação AGENERSA 626/2010 CONCESSIONÁRIA CEG FATURAMENTO MENSAL - jul/09 a jun/10		
Mês/ R\$	Valor Histórico	Multa 0,01%
jul/09	175.756.298,54	17.575,63
ago/09	178.059.328,38	17.805,93
set/09	257.926.426,05	25.792,64
out/09	179.623.767,56	17.962,38
nov/09	176.420.143,32	17.642,01
dez/09	185.110.154,18	18.511,02
jan/10	157.155.861,29	15.715,59
fev/10	164.025.121,99	16.402,51
mar/10	184.401.370,33	18.440,14
abr/10	175.987.262,80	17.598,73
mai/10	216.760.962,13	21.676,10
jun/10	213.211.815,59	21.321,18
Total	2.264.438.512,16	226.443,85
Atualização	2.285.393.715,11	228.539,37

Período	IGP-M
jun/10	427,489
ago/10	431,445

d). Os valores totais apurados por esta CAPET são: R\$ 226.443,85 (duzentos e vinte e seis mil, quatrocentos e quarenta e três reais e oitenta e cinco centavos), relativos ao montante nominal da infração; R\$ 2.095,52 (dois mil e noventa e cinco reais e cinquenta e dois centavos), relativo à atualização monetária; e R\$ 228.539,37 (duzentos e vinte e oito mil, quinhentos e trinta e nove reais e trinta e sete centavos), relativos ao total corrigido.

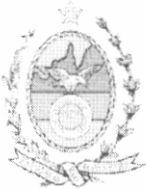
Em 25/11/10, a SECEX, via despacho², encaminha o processo à Procuradoria para análise da minuta do Auto de Infração.

Em resposta, a Procuradoria assevera que: "Em análise aos autos do processo n°. E- 12/020.396A/2010 conclui-se que a minuta de Auto de Infração, fl.03, em seu item 10.3 não se encontra em conformidade com a Deliberação n° 626/10, (...) em virtude da aplicação, (...) de penalidade de multa, no montante de 0,01% (um centésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses à prática da infração.

Entretanto, o valor da multa e seus acessórios devem constar conforme cálculo da CAPET, fls. 10 e 11.

Cabe ressaltar que, no item 10.5 do referido Auto de Infração, não há necessidade da referência ao Decreto n° 38.618/05, art. 4°, inciso II, visto que o mesmo refere-se

² Fl. 11-verso



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

à proveniência da receita da AGENERSA. Sem mais, recomenda-se o regular prosseguimento dos autos.”

Em 03/12/10, a SECEX, via despacho³, encaminha o processo à Auditoria para que a mesma apresente seu parecer.

Em resposta, a Auditoria assevera que: “Considerando o voto do CODIR, às fls. 4/6; considerando que os valores apresentados pela CAPET às fls. 10/11 foram devidamente atualizados. Entendemos s.m.j, que o presente Auto de Infração guarda conformidade com a legislação vigente.”

É acostado ao processo o Auto de Infração nº. 060/10, o qual foi protocolizado na CEG, em 27/12/10.

A CEG, em 29/12/10, protocolizou, tempestivamente, sua impugnação a qual não será combatida pois se tornou nula por força da reforma das Deliberações AGENERSA nº. 626/10 e nº. 665/10, em sede de Recurso, no processo principal E-12/020.274/2010, por meio da Deliberação AGENERSA nº. 705/11, de 24/02/11:

*“Art.1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária, em face das Deliberações nº 626/10 e nº 665/10, porquanto tempestivo, para no mérito dar-lhe parcial provimento, **reduzindo a multa aplicada** no artigo 1º da Deliberação 626/10 para o percentual de 0,001 % (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o Art. 16, VIII, da Instrução Normativa AGENERSA/CD N°. 001/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-0015/2010, de 08 de julho de 2010 e no Termo de Notificação nº. 015/2010, de 13 de julho de 2010.” (GN).*

Tratamento igual será aplicado ao parecer da Procuradoria, o qual foi acostado às fls. 33/39.

É acostado ao processo o novo Auto de Infração nº. 016/11, o qual foi protocolizado na CEG, em 12/05/11.

A CEG, em 19/05/11, protocolizou, tempestivamente, sua impugnação a qual descrevo, resumidamente, a seguir:

“(…) o Contrato de Concessão celebrado entre o Governo do Estado do Rio de Janeiro e esta Concessionária, em 21/07/97, estabelece o seguinte em seu parágrafo 2º, Cláusula Décima:

³ Fl. 12-verso



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

❖ “As penalidades, que guardarão proporção com a gravidade da infração, serão aplicadas mediante procedimento administrativo, em que se assegure a Concessionária o amplo direito de defesa.”

(...) a aplicação de penalidades em face desta Concessionária, por meio da lavratura de auto de infração (...) não encontra amparo no Contrato de Concessão, celebrado com o Poder Concedente, razão pela qual é (...) indevida.

(...) em outros Contratos de Concessão, que estão sob a fiscalização desta AGENERSA e da AGETRANS - tais como OPPORTANS e ÁGUAS DE JUTURNAÍBA - há expressa previsão contratual, no sentido de que as penalidades serão aplicadas mediante a lavratura do competente auto de infração.

(...) se fosse intenção do Poder Concedente que as penalidades (...) se dessem através da lavratura de auto de infração, sem dúvida alguma haveria expressa disposição neste sentido no Contrato de Concessão, tal como ocorre com outras Concessionárias de Serviço Público deste Estado.

Não obstante a previsão, pelo Decreto n.º 38.618, de 08/12/05, de hipótese de lavratura de auto de infração pela Secretaria Executiva, por certo o legislador se referia às 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 de auto de infração.

Pelo exposto, servimo-nos da presente para requerer o acolhimento da presente preliminar, com a declaração da nulidade do auto de infração n.º 016/11, ante a absoluta ausência de disposição contratual que o fundamente.

No mérito, a CEG alega: (...) deverá ser considerado **nulo** o presente auto de infração, na medida em que o ilustre Gerente da Câmara de Energia e Secretária Executiva dessa AGENERSA não cumpriram com as formalidades legais exigidas para a lavratura do auto de infração, (...).

(...) a Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007, (...) estabeleceu os requisitos para a lavratura do auto de infração, consoante modelo anexo à referida normativa.

Da análise desses elementos constitutivos, constata-se, cabalmente, que o auto de infração n.º 016/2011, não preenche os requisitos necessários e imprescindíveis para que possa ser considerado válido.

Na verdade, observa-se que os ilustres agentes da AGENERSA, responsáveis pela sua lavratura, deixaram de obedecer a alguns requisitos de formalidade.



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

Frise-se que, no campo 10 do auto de infração ora impugnado, não consta de forma pormenorizada a motivação que ensejou a aplicação de penalidade de multa em face desta Concessionária, o que, indubitavelmente, dificulta o amplo direito de defesa desta Concessionária. (grifos no original).

Cumprido esclarecer que não basta apenas citar a razão pela qual o processo administrativo foi instaurado, mas sim, se faz necessário que se apresente uma razão extraída dos autos, o que não ocorreu no caso em tela.

Cumprido esclarecer que a motivação apenas faz referência ao Relatório de Fiscalização CAENE nº P-0015/10 e no Termo de Notificação nº 15/2010, que na realidade, não serve como justificativa, tendo em vista que restou comprovado (...) que a Concessionária realizou as adequações de imediato, quando tomou conhecimento através da mencionada notificação, em observância a cláusula dez, inciso II, do contrato de concessão.

(...) cabe ser ressaltado que é vedado à Administração Pública, proceder à confecção de um auto de infração, sem que sejam rigorosamente cumpridos os requisitos cabíveis. O auto de infração é um documento solene, devendo ser preenchidas todas as formalidades quando da sua confecção, sob pena de nulidade do ato.

Portanto, diante da inexistência de motivação do ato administrativo pela AGENERSA, requer esta Concessionária o acolhimento das presentes alegações, com a declaração da nulidade do auto de infração nº 016/2011.

(...) 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.

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

Assim, também sob esse aspecto, não caberia a aplicação de qualquer penalidade, razão pela qual pugna esta Concessionária pela revogação da penalidade aplicada pela Deliberação AGENERSA nº 626/2010 e, em via de consequência, julgando-se improcedente o auto de infração nº 016/2011.

Por fim, a CEG conclui: (...) confia esta Concessionária no recebimento da presente Impugnação com efeito suspensivo, bem como no acolhimento da matéria elencada preliminarmente, considerando-se nulo o auto de infração.



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

Na remota hipótese de rejeição da preliminar ora suscitada, no mérito, sejam tornadas insubsistentes as alegações descritas no auto de infração, julgando-se improcedente o mesmo, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua lavratura, tornando sem efeito a aludida atuação, o que confia será deferido (...).

Em 20/05/11, o processo é encaminhado ao meu gabinete, por prevenção.

Em 10/01/11, o processo é encaminhado à Procuradoria para análise e pronunciamento quanto à Impugnação acostada às fls.64/69, e esta oferece seu parecer, como segue:

Em relação à nulidade do Auto de Infração, quanto à ausência de previsão no Contrato de Concessão: "(...) a AGENERSA, por força de Lei, 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 atribuições⁴."

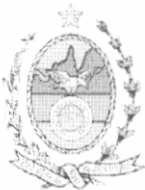
Em decorrência desta competência legal, a esta Autarquia compete instaurar Processo Administrativo específico, por intermédio do qual fique definitivamente apurada a configuração da infração, o que se fará através da regular lavratura de Auto de Infração, com todos os requisitos essenciais que deve ter, porquanto, trata-se de um ato administrativo vinculado.

Por sua vez, ainda que não exista cláusula contratual que preveja a lavratura de Auto de Infração, à 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. Tal comunicação se dá através dos instrumentos: auto de infração e/ou notificação.

Por outro lado, (...) a existência 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".

Contudo, (...) "não é razoável imaginar que, (...) esta Agência Reguladora não dispusesse de instrumentos para efetivar a aplicação das sanções previstas no Contrato de Concessão", conforme entendimento firmado pela Ilma. Conselheira Relatora, Darcília Aparecida da Silva Leite, nos autos E- 12/020.059/2007."

⁴ 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

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 ao mérito: "O Contrato de Concessão, em sua cláusula Dez, disciplina, com clareza, as penalidades aplicáveis à Concessionária CEG. Dentre elas, se insere a penalidade de multa (...).

Em prosseguimento, através do § 2º da aludida Cláusula depreende-se que a aplicação das penalidades disciplinadas fica condicionada à observância do princípio da proporcionalidade. (...).

Nessa linha de raciocínio, os parâmetros de aplicação de penalidades são de pleno conhecimento da Concessionária, o que torna inócua e desprovida de amparo legal a defesa apresentada.

A penalidade aplicada à Concessionária foi praticada de acordo com o instrumento concessivo, de forma criteriosa, observando o devido processo legal, cabendo tal prerrogativa ao Conselho Diretor (...) segundo a Lei 4556/2005.

Ademais, houve, sim, comprovação da culpabilidade da Concessionária, de acordo com o estabelecido nos autos.

Importa ainda consignar que o princípio da razoabilidade é estudado por Carlos Roberto de Siqueira Castro, em obra já clássica, de estudo do direito comparado. Introduzido pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, teve sua juridicidade reconhecida como corolário do devido processo legal substantivo. Na Constituição brasileira entende-se esteja consagrado pela garantia do processo legal, instituída no inciso LIV, do art. 5º da Constituição. Destaque-se que o sistema jurídico norte-americano é regido pela common law, sendo distinto de nosso sistema codificado, baseado, portanto, em direito positivado.

Assim, a razoabilidade relaciona-se à viabilização do exercício concreto do direito de defesa, o qual, como já demonstrado acima, não foi violado, posto que toda a oportunidade de manifestação foi deferida à Recorrente.

No plano da adequação, ficou evidenciado, ao longo do feito, que a Concessionária, diligenciou quanto ao ocorrido, cabendo sua responsabilidade quanto ao descumprimento do Contrato de Concessão.

A AGENERSA não tem a prerrogativa de eleger, por si mesma, a imposição ou não das sanções cabíveis. A violação da regra jurídica deve ser imposta uma sanção. Ora, se ao longo do presente processo a Concessionária não diligenciou para cumprir o contrato, ao contrário pretende uma imposição unilateral, à revelia do



AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIROSECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DATA: 13 / 10 / 2010.

Proc. E- 12 / 020 . 396A / 2010 .

Fls: 127

poder concedente e da AGENERSA, a imposição da penalidade é necessária à restauração do contrato ao seu status quo da segurança dos serviços.

Da exigência de regulação prévia à imposição de eventual penalização: "Observe-se que a Concessionária tem pleno conhecimento da legislação pertinente à regulação e fiscalização materializadas principalmente no contrato de concessão.

Portanto não é crível que a delegatária, tão bem representada nos autos, desconheça todo arcabouço jurídico que predispõe a aplicação de penalidades, que representam antes de mais nada, todo sistema de regulação/fiscalização pertinentes ao processo em debate.

Em vista disso, ao contrário do que afirma a Concessionária, houve sim regulação através dos dispositivos legais mencionados e fiscalização exercida pela área técnica da Agência Reguladora.

Conclui que: "Por todo o exposto, e com base no que consta dos autos, principalmente do AI, de fl. 52, e documentos às fls. 54/63, dos quais tem ciência a CEG, opino pelo conhecimento da Impugnação, porque tempestiva, rejeitando-se as preliminares arguidas, e no mérito, para ser julgada improcedente mantendo-se, assim, in totum, o Auto de Infração nº 016/2011, que foi devidamente lavrado com observância de todos os dispositivos legais e normas afetas. Pelo prosseguimento do processo com a cobrança da pena pecuniária, que deverá ser recolhida pela concessionária no prazo que lhe fora assinalado.

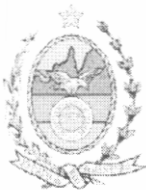
Por meio da CI AGENERSA/SECEX nº. 478/11⁵, de 26/07/11, é acostada aos autos a CI AGENERSA nº 51/PROCURADORIA, de 21/07/11, encaminhada à Presidência da AGENERSA, para ciência do **mandado de citação** recebido pela Procuradoria, no qual a Concessionária CEG, requer a nulidade das Deliberações AGENERSA nº 626/2010 e 705/2011, bem como do processo regulatório E-12/020.274/2010, em anexo aos documentos consta cópia da petição inicial ajuizada pela Concessionária em sede Judicial.

Vale ressaltar, que no Mandado de Citação consta a informação de que foi indeferido o pedido de antecipação de tutela jurisdicional, portanto não havendo impedimento ao trâmite processual, por ora.

Através do ofício AGENERSA/ASSESS/SR nº. 130/11⁶, de 17/08/11, a Concessionária é informada da tramitação do processo em epígrafe, o qual se encontra à sua disposição, neste Gabinete, para vista e oferecimento das razões finais, em conformidade com o disposto no §2º, do Art. 50, da Resolução AGENERSA nº. 002, de 23/06/09, dentro do prazo de 05 (cinco) dias.

⁵ Fl. 80

⁶ Fl. 116



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

Em resposta, através da correspondência DIJUR-E-0351/11⁷, de 22/08/11, a CEG informa: (...) reiterar os termos da impugnação interposta pela Concessionária ao Auto de Infração nº. 016/11, acostada às fls. 64/69.

Dessa maneira, requer a Concessionária que sejam acatadas as preliminares argüidas, para decretar a nulidade do Auto de Infração e, na hipótese de ser a preliminar rejeitada, que sejam acolhidos os argumentos de mérito apresentados, tornando insubsistentes as alegações descritas no referido Auto de Infração.”

É o relatório.


Sérgio Raposo
Conselheiro-Relator.

⁷ Fl. 119



AGENERSA

Proc. E- 12 / 020 .396A / 2010.

Fls: 129 R

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

Processo nº.: E-12/020.396A/2010
Autuação: 13/10/2010
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de Infração – Penalidade de Multa –
Processo Regulatório E-12/020.274/2010.
Relato: 30 de agosto de 2011

VOTO

Trata-se de processo regulatório iniciado através da requisição SECEX nº. 225/10, de 13/10/10, para a aplicação de multa à Concessionária CEG, em função do deliberado em Sessão Regulatória, de 30/09/10, na qual se originou a Deliberação AGENERSA nº. 626/10, reproduzida abaixo, em parte:

“(...)

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,01% (um centésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o Art. 16, VIII, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº P-015/2010, de 08 de julho de 2010, e no Termo de Notificação nº. 015/2010, de 13 de julho de 2010.

(...).”

Solicitada, a CAPET da AGENERSA inicialmente tece as seguintes considerações, me parte:

“(...)

c). O cálculo do atraso tomou por base os faturamentos mensais da CEG desde julho de 2009 até junho de 2010, sendo adotado como término da atualização o mês de agosto de 2010, para o qual havia índices de atualização disponíveis quando da edição da Deliberação AGENERSA nº. 626/10. Foi utilizado o IGP-M, o mesmo referencial para a atualização das tarifas anuais da Concessionária. O resultado está apresentado no quadro abaixo:



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

Deliberação AGENERSA 626/2010 CONCESSIONÁRIA CEG FATURAMENTO MENSAL - jul/09 a jun/10		
Mês/ R\$	Valor Histórico	Multa 0,01%
jul/09	175.756.298,54	17.575,63
ago/09	178.059.328,38	17.805,93
set/09	257.926.426,05	25.792,64
out/09	179.623.767,56	17.962,38
nov/09	176.420.143,32	17.642,01
dez/09	185.110.154,18	18.511,02
jan/10	157.155.861,29	15.715,59
fev/10	164.025.121,99	16.402,51
mar/10	184.401.370,33	18.440,14
abr/10	175.987.262,80	17.598,73
mai/10	216.760.962,13	21.676,10
jun/10	213.211.815,59	21.321,18
Total	2.264.438.512,16	226.443,85
Atualização	2.285.393.715,11	228.539,37

Periodo	IGP-M
jun/10	427,489
ago/10	431,445

IGP-M

d). Os valores totais apurados por esta CAPET são: R\$ 226.443,85 (duzentos e vinte e seis mil, quatrocentos e quarenta e três reais e oitenta e cinco centavos), relativos ao montante nominal da infração; R\$ 2.095,52 (dois mil e noventa e cinco reais e cinquenta e dois centavos), relativo à atualização monetária; e R\$ 228.539,37 (duzentos e vinte e oito mil, quinhentos e trinta e nove reais e trinta e sete centavos), relativos ao total corrigido.

Solicitada a se pronunciar, a Procuradoria, em parecer reproduzido em parte, assevera que:

"Em análise aos autos do processo n°. E- 12/020.396A/2010 conclui-se que a minuta de Auto de Infração, fl.03, em seu item 10.3 não se encontra em conformidade com a Deliberação n° 626/10, (...) em virtude da aplicação, (...) de penalidade de multa, no montante de 0,01% (um centésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses à prática da infração.

Entretanto, o valor da multa e seus acessórios devem constar conforme cálculo da CAPET, fls. 10 e 11.

Cabe ressaltar que, no item 10.5 do referido Auto de Infração, não há necessidade da referência ao Decreto n° 38.618/05, art. 4°, inciso II, visto que o mesmo refere-se



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

à proveniência da receita da AGENERSA. Sem mais, recomenda-se o regular prosseguimento dos autos.”

Solicitada, a Auditoria da AGENERSA, em parte, assevera que: “Considerando o voto do CODIR; considerando que os valores apresentados pela CAPET foram devidamente atualizados, entendemos s.m.j, que o presente Auto de Infração guarda conformidade com a legislação vigente.”

É acostado ao processo o Auto de Infração nº. 060/10, o qual foi protocolizado na CEG, em 27/12/10.

A CEG, em 29/12/10, protocolizou, tempestivamente, sua impugnação a qual não será combatida, pois se tornou nula, por força da reforma das Deliberações AGENERSA nº. 626/10 e nº. 665/10, em sede de Recurso, no processo principal E-12/020.274/2010, por meio da Deliberação AGENERSA nº. 705/11, de 24/02/11:

*“Art.1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária, em face das Deliberações nº 626/10 e nº 665/10, porquanto tempestivo, para no mérito dar-lhe parcial provimento, **reduzindo a multa aplicada** no artigo 1º da Deliberação 626/10 para o percentual de 0,001 % (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o Art. 16, VIII, da Instrução Normativa AGENERSA/CD N°. 001/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-0015/2010, de 08 de julho de 2010 e no Termo de Notificação nº. 015/2010, de 13 de julho de 2010.”*

Foi acostado ao processo o novo Auto de Infração nº. 016/11, o qual foi protocolizado na CEG, em 12/05/11.

A CEG, em 19/05/11, protocolizou, tempestivamente, sua impugnação ao auto, a qual descrevo, resumidamente, a seguir:

“(…) o Contrato de Concessão celebrado entre o Governo do Estado do Rio de Janeiro e esta Concessionária, em 21/07/97, estabelece o seguinte em seu parágrafo 2º, Cláusula Décima:

- ❖ *“As penalidades, que guardarão proporção com a gravidade da infração, serão aplicadas mediante procedimento administrativo, em que se assegure a Concessionária o amplo direito de defesa.”*

(…) a aplicação de penalidades em face desta Concessionária, por meio da lavratura de auto de infração (...) não encontra amparo no Contrato de Concessão, celebrado com o Poder Concedente, razão pela qual é (...) indevida.



DATA: 13 / 10 / 2010.

Proc. E- 12 / 020 396A, 2010

AGENERSA

Fls: 132 2

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

(...)

Se fosse intenção do Poder Concedente que as penalidades (...) se dessem através da lavratura de auto de infração, sem dúvida alguma haveria expressa disposição neste sentido no Contrato de Concessão, tal como ocorre com outras Concessionárias de Serviço Público deste Estado.

(...)

Pelo exposto, servimo-nos da presente para requerer o acolhimento da presente preliminar, com a declaração da nulidade do auto de infração n.º 016/11, ante a absoluta ausência de disposição contratual que o fundamente.

No mérito, a CEG alega: (...) deverá ser considerado nulo o presente auto de infração, na medida em que o ilustre Gerente da Câmara de Energia e Secretária Executiva dessa AGENERSA não cumpriu com as formalidades legais exigidas para a lavratura do auto de infração, (...).

(...) a Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007, (...) estabeleceu os requisitos para a lavratura do auto de infração, consoante modelo anexo à referida normativa.

Da análise desses elementos constitutivos, constata-se, cabalmente, que o auto de infração n.º 016/2011, não preenche os requisitos necessários e imprescindíveis para que possa ser considerado válido.

Na verdade, observa-se que os ilustres agentes da AGENERSA, responsáveis pela sua lavratura, deixaram de obedecer a alguns requisitos de formalidade.

Frise-se que, no campo 10 do auto de infração ora impugnado, não consta de forma pormenorizada a motivação que ensejou a aplicação de penalidade de multa em face desta Concessionária, o que, indubitavelmente, dificulta o amplo direito de defesa desta Concessionária.

Cumpre esclarecer que a motivação apenas faz referência ao Relatório de Fiscalização CAENE n.º P-0015/10 e no Termo de Notificação n.º 15/2010, que na realidade, não serve como justificativa, tendo em vista que restou comprovado (...) que a Concessionária realizou as adequações de imediato, quando tomou conhecimento através da mencionada notificação.

(...)

Portanto, diante da inexistência de motivação do ato administrativo pela AGENERSA, requer esta Concessionária o acolhimento das presentes alegações, com a declaração da nulidade do auto de infração n.º 016/2011.

(...)



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

Assim, também sob esse aspecto, não caberia a aplicação de qualquer penalidade, razão pela qual pugna esta Concessionária pela revogação da penalidade aplicada pela Deliberação AGENERSA nº 626/2010 e, em via de consequência, julgando-se improcedente o auto de infração nº 016/2011.

Por fim, a CEG conclui: (...) confia esta Concessionária no recebimento da presente Impugnação com efeito suspensivo, bem como no acolhimento da matéria elencada preliminarmente, considerando-se nulo o auto de infração.

Instada a se manifestar, a Procuradoria oferece parecer, como segue, em parte:

Em relação à nulidade do Auto de Infração, quanto à ausência de previsão no Contrato de Concessão: "(...) a AGENERSA, por força de Lei, 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 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 de Auto de Infração, com todos os requisitos essenciais que deve ter, porquanto, trata-se de um ato administrativo vinculado.

(...)

Por outro lado, (...) a existência 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".

(...)

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 ao mérito: "O Contrato de Concessão, em sua cláusula Dez, disciplina, com clareza, as penalidades aplicáveis à Concessionária CEG. Dentre elas, se insere a penalidade de multa (...).

Em prosseguimento, através do § 2º da aludida Cláusula depreende-se que a aplicação das penalidades disciplinadas fica condicionada à observância do princípio da proporcionalidade. (...).



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

Nessa linha de raciocínio, os parâmetros de aplicação de penalidades são de pleno conhecimento da Concessionária, o que torna inócua e desprovida de amparo legal a defesa apresentada.

Ademais, houve, sim, comprovação da culpabilidade da Concessionária, de acordo com o estabelecido nos autos.

(...)

No plano da adequação, ficou evidenciado, ao longo do feito, que a Concessionária, diligenciou quanto ao ocorrido, cabendo sua responsabilidade quanto ao descumprimento do Contrato de Concessão.

(...)

Portanto não é crível que a delegatária, tão bem representada nos autos, desconheça todo arcabouço jurídico que predispõe a aplicação de penalidades, que representam antes de mais nada, todo sistema de regulação/fiscalização pertinentes ao processo em debate.

Em vista disso, ao contrário do que afirma a Concessionária, houve sim regulação através dos dispositivos legais mencionados e fiscalização exercida pela área técnica da Agência Reguladora.

Conclui que: "Por todo o exposto, e com base no que consta dos autos, principalmente do AI, de fl. 52, e documentos às fls. 54/63, dos quais tem ciência a CEG, opino pelo conhecimento da Impugnação, porque tempestiva, rejeitando-se as preliminares argüidas, e no mérito, para ser julgada improcedente mantendo-se, assim, in totum, o Auto de Infração nº 016/2011, que foi devidamente lavrado com observância de todos os dispositivos legais e normas afetas. Pelo prosseguimento do processo com a cobrança da pena pecuniária, que deverá ser recolhida pela concessionária no prazo que lhe fora assinalado.

*É acostada aos autos a CI AGENERSA nº 51/PROCURADORIA, de 21/07/11, encaminhada à Presidência da AGENERSA, para ciência do **mandado de citação** recebido pela Procuradoria, no qual a Concessionária CEG, requer a nulidade das Deliberações AGENERSA nº 626/2010 e 705/2011, bem como do processo regulatório E-12/020.274/2010.*

Vale ressaltar, que no Mandado de Citação consta a informação de que foi indeferido o pedido de antecipação de tutela jurisdicional, portanto não havendo impedimento ao trâmite processual, por ora.

Em suas considerações finais a Concessionária apenas vem "... reiterar os termos da impugnação interposta pela Concessionária ao Auto de Infração nº. 016/11, acostada às fls. 64/69 (...)"



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

Portanto, acompanho o parecer da Procuradoria da AGENERSA para propor ao Conselho Diretor acatar a impugnação da Concessionária ao Auto de Infração em tela, porque tempestiva, para no mérito negar provimento à impugnação. Proponho ainda que, por auto tutela, seja declarada a nulidade do Auto de Infração 060/10 de 10 de dezembro de 2010, referente à mesma infração.

Assim voto


Sérgio Raposo
Conselheiro-Relator.



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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 832

DE 30 DE AGOSTO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG – AUTO DE INFRAÇÃO –
PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO
REGULATÓRIO E-12/020.274/2010.

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-12/020.396A/2010, por **unanimidade**,

DELIBERA:

Art. 1º - Aceitar a impugnação da concessionária CEG ao Auto de Infração nº. 016/11, de 09 de maio de 2011, vez que tempestiva, para, no mérito, negar-lhe provimento.

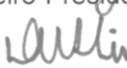
Art. 2º - Reiterar os termos do Auto de Infração nº. 016/11, de 09 de maio de 2011 e do Art. 1º da Deliberação AGENERSA nº. 626/10 de 30 de setembro de 2010.

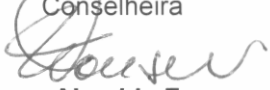
Art. 3º - Declarar, por autotutela, a nulidade do Auto de Infração nº. 060/10, de 10 de dezembro de 2010.

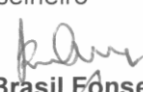
Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de agosto de 2011.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro


Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro-Relator

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DATA: 13/10/2010

Proc. E- 12/020.396A/2010

Fls: 136