

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1371

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1371

DE 28 DE NOVEMBRO DE 2012

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA -
PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.474/2011.

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 n.º E-12/020.410/2012, por unanimidade,

DELIBERA:

*Art. 1º - Conhecer a Impugnação interposta pela Concessionária CEG em face
do Auto de Infração n.º 112/2012, por tempestiva, para, no mérito, negar-
lhe provimento.*

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

Rio de Janeiro, 28 de novembro de 2012

José Bismarck Vianna de Souza

Conselheiro - Presidente - Relator

Darcília Aparecida da Silva Leite

Conselheira

Luigi Eduardo Troisi

Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro

Processo n.º : E-12/020.410/2012
Data de autuação: 16/07/2012
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E-12/020.474/2011.
Sessão Regulatória: 28/11/2012

RELATÓRIO

Trata-se de Impugnação¹, recebida pelo protocolo desta Agência em 14/09/2012, oferecida pela Concessionária CEG ao Auto de Infração n.º 112/2012², (em anexo) que materializa penalidade de multa imposta no processo n.º E-12/020.474/2011, através da Deliberação n.º 1.140³, de 19 de junho de 2012, com base nos fatos apurados na ocorrência n.º 523891 (item iii).

¹Fls. 25/30.

²Fls. 18/23.

³DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº1.140 DE 19 DE JUNHO DE 2012.

Concessionária CEG - Ocorrências registradas na ouvidoria com mais de 30 dias. Prazo de atendimento aos usuários. Apuração de possível descumprimento de Cláusula Contratual.

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 n.º E – 12/020.474/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar a Concessionária CEG as penalidades de multa pela demora no atendimento aos clientes nas ocorrências abaixo apresentadas, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 17, inciso VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007, tendo em vista os fatos apurados nos autos do processo em tela, da seguinte forma:

- i) Em relação à Ocorrência n.º 523468, aplicar multa de 0,0002% (dois décimos de milésimo) sobre o faturamento da Concessionária nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração;
- ii) Em relação à Ocorrência n.º 523846, aplicar multa de 0,0001% (um décimo de milésimo) sobre o faturamento da Concessionária nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração;
- iii) Em relação à Ocorrência n.º 523891, aplicar multa de 0,0001% (um décimo de milésimo) sobre o faturamento da Concessionária nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração;**
- iv) Em relação à Ocorrência n.º 524103, aplicar multa de 0,0001% (um décimo de milésimo) sobre o faturamento da Concessionária nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração;
- v) Em relação à Ocorrência n.º 524143, aplicar multa de 0,0001% (um décimo de milésimo) sobre o faturamento da Concessionária nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração.

Art. 2º - Determinar à Secretaria Executiva em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária e Câmara de Energia, a lavratura dos correspondentes Autos de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

Art. 3º - A presente Deliberação entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 19 de junho de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza - Conselheiro - Presidente - Relator; Darcília Aparecida da Silva Leite - Conselheira; Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro; Luigi Eduardo Troisi - Conselheiro. (Grifei)



Inicialmente, a Concessionária CEG sustentou pela tempestividade da peça de impugnação, tendo em vista que o recebimento do Auto de Infração n.º 112/2012 se deu em 06 de setembro de 2012.

Ainda em sede de preliminar, alegou ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, sob o seguinte argumento:

"(...)O Contrato de Concessão celebrado entre o Governo do Estado do Rio de Janeiro e esta Concessionária em 21 de julho de 1997, estabelece o seguinte em seu parágrafo 2º da Cláusula Décima:

'As penalidades, que guardarão proporção com a gravidade da infração, serão aplicadas mediante procedimento administrativo, em que assegure à CONCESSIONÁRIA amplo direito de defesa.'

Do teor da Cláusula ora destacada, conclui-se que a aplicação de penalidade em face da Concessionária somente é possível por meio de processo administrativo, regularmente instaurado no âmbito dessa Agência Regulatória. (...)"

No mérito, salientou pelo descumprimento das formalidades legais, bem como exigência de regulação prévia à imposição de penalidade:

"(...)Frise-se que, no campo 10 do auto de infração ora impugnado (RELATO E ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO), somente consta menção ao fato que ensejou a aplicação de penalidade de multa em face desta Concessionária, o que, indubitavelmente, dificulta o amplo direito de defesa desta Concessionária.

(...)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 112/2012.

(...)A Concessionária foi punida pelo suposto descumprimento às suas próprias Normas Técnicas, o que não tem força de lei, cabendo a Agência Reguladora aplicar a penalidade se houvesse descumprimento ao contrato de concessão, o que não houve.

(...)Portanto, a aplicação indiscriminada de certas sanções pelo Órgão Regulador, pode, além de gerar uma instabilidade jurídica, colocar em xeque a atividade da entidade reguladora, o que conseqüentemente, provocaria um clarividente prejuízo para os usuários do serviço público concedido.(...)”(Grifos no original)

Concluiu, a Concessionária CEG, requerendo o recebimento da impugnação com a concessão de efeito suspensivo e, no mérito, a declaração de nulidade do Auto de Infração.

Autos encaminhados à Procuradoria para manifestação, a mesma entendeu, *in verbis*:

"(...)Da alegação de nulidade de Auto de Infração. Ausência de previsão no contrato de concessão.

(...)Primacialmente, útil se faz destacar 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 serviço público 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 de regular lavratura 'formalização' do Auto de Infração.

(...)Da alegação de nulidade do Auto de Infração. Descumprimento às formalidades legais.

(...)Como se nota, a defesa trazida pela Concessionária CEG é desprovida de amparo jurídico, pois os documentos mencionados no anexo do Auto de Infração, tais como Relatório/Voto/Deliberação e Memorial de Cálculo são considerados pela legislação como parte integrante do ato administrativo, traduzindo, pois, o conceito de motivação na forma do §1º, art.48 da Lei n.º 5.427/2009."

(...)Da exigência de regulação prévia antes de se impor eventual penalização.

(...)Em prosseguimento às alegações trazidas pela Concessionária CEG, igualmente não merece prosperar a tese da ausência de regulação prévia, onde sustenta que esta AGENERSA deve preliminarmente fiscalizar os serviços públicos prestados pelas Concessionárias, como condição à aplicação de penalidade.

(...)Com base no exposto, observa-se que o Auto de Infração impugnado atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido e, conseqüentemente improvida a

impugnação apresentada pela Concessionária
CEG."

Através dos ofícios n.º 135/2012⁴, a Concessionária CEG foi intimada a apresentar suas Razões Finais, o que fez às fls. 43⁵, como segue, em parte:

"(...)Em atendimento ao Ofício em referência, que concedeu prazo de 10 (dez) dias para que esta Concessionária apresentasse suas razões finais, servimo-nos da presente para prestar os seguintes esclarecimentos.

A CEG reitera as respostas anteriores encaminhadas à AGENERSA, bem como a Impugnação interposta em face do Auto de Infração n.º 112/2012.

Diante do exposto, essa Concessionária requer o julgamento da impugnação, com seu devido provimento. (...) "

É o relatório.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator

⁴ Ofício AGENERSA/CODIR/JB n.º 135/2012, de 19 de outubro de 2012.

⁵ Carta DIJUR-E-2178/12, de 01 de novembro de 2012.

Processo n.º : E-12/020.410/2012
Data de autuação: 16/07/2012
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo
Regulatório E-12/020.474/2011.
Sessão Regulatória: 28/11/2012

VOTO

Trata-se de analisar Impugnação apresentada pela Concessionária CEG¹ em face do Auto de Infração n.º 112/2012, de 24 de agosto de 2012, que materializou penalidade de multa no percentual de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) através da Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.140/2012², com base nos fatos apurados na ocorrência n.º 523891.

Em sua Impugnação, a Concessionária CEG sustentou: i) ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, trazendo como

¹Fls. 25/30.

²DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 1.140 DE 19 DE JUNHO DE 2012.

Concessionária CEG - Ocorrências registradas na ouvidoria com mais de 30 dias. Prazo de atendimento aos usuários. Apuração de possível descumprimento de Cláusula Contratual.

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 n.º E – 12/020.474/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar a Concessionária CEG as penalidades de multa pela demora no atendimento aos clientes nas ocorrências abaixo apresentadas, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 17, inciso VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007, tendo em vista os fatos apurados nos autos do processo em tela, da seguinte forma:

- i) Em relação à Ocorrência n.º 523468, aplicar multa de 0,0002% (dois décimos de milésimo) sobre o faturamento da Concessionária nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração;
- ii) Em relação à Ocorrência n.º 523846, aplicar multa de 0,0001% (um décimo de milésimo) sobre o faturamento da Concessionária nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração;
- iii) Em relação à Ocorrência n.º 523891, aplicar multa de 0,0001% (um décimo de milésimo) sobre o faturamento da Concessionária nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração;**
- iv) Em relação à Ocorrência n.º 524103, aplicar multa de 0,0001% (um décimo de milésimo) sobre o faturamento da Concessionária nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração;
- v) Em relação à Ocorrência n.º 524143, aplicar multa de 0,0001% (um décimo de milésimo) sobre o faturamento da Concessionária nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração.

Art. 2º - Determinar à Secretaria Executiva em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária e Câmara de Energia, a lavratura dos correspondentes Autos de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

Art. 3º - A presente Deliberação entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 19 de junho de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza - Conselheiro - Relator; Darcília Aparecida da Silva Leite - Conselheira; Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro; Luigi Eduardo Troisi - Conselheiro.

fundamento a leitura do Parágrafo 2º da Cláusula Décima do Contrato de Concessão; ii) cerceamento de defesa pelo descumprimento das formalidades legais quando da lavratura do Auto de Infração sob o argumento de que "*no campo 10 do auto de infração ora impugnado (RELATO E ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO), somente consta menção ao fato que ensejou a aplicação de penalidade de multa em face desta Concessionária...*" e iii) alegação de ser necessário regulação prévia à imposição de penalidade pela AGENERSA.

E Concluiu requerendo a nulidade do Auto de Infração.

A Procuradoria, por sua vez, opinou pela manutenção do Auto de Infração, posto que o mesmo atende aos requisitos legais aos quais deve se subordinar, fazendo destacar, ainda, que por força de disposição legal, a AGENERSA possui "*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.*"

Inicialmente, registro a tempestividade da presente Impugnação, eis que a mesma foi interposta dentro do prazo estatuído pelo Regimento Interno.

Quanto ao mérito, manifesto meu desacordo com os argumentos apresentados pela Impugnante, pelas razões que passo a expor:

Como fundamento inicial, a Concessionária CEG entendeu pela ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão. No entanto, tal lacuna foi preenchida por esta Agência Reguladora através da edição da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e, conforme enunciado n.º 05 deste Conselho Diretor, as Instruções Normativas possuem legitimidade para estabelecer critérios de aplicação de penalidade.

No que tange ao argumento de descumprimento das formalidades legais apresentado pela Impugnante, mostra-se relevante trazer à baila o entendimento exarado pela I. Procuradoria desta Agência que, quando enfrentou o tema, entendeu que o Auto de Infração contempla todos os elementos considerados inexistentes pela Concessionária.



Também não assiste razão à Concessionária CEG quando pondera ser necessário a realização de fiscalização prévia à lavratura do Auto de Infração, sendo a primeira condição *sine qua non* a realização da segunda, posto que a Concessionária possui conhecimento de suas obrigações presentes no Contrato de Concessão.

Ademais, entender pela ausência de fiscalização desta AGENERSA seria negligenciar a competência de exercer o Poder Regulatório, que se encontra expresso no artigo 2^{o3} do Regimento Interno desta Agência.

Diante do exposto, e, analisando o Auto de Infração n.º 112/2012, ora impugnado, sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer a Impugnação interposta pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 112/2012, por tempestiva, para, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator

³ Art. 2º - "É da competência da AGENERSA exercer, conforme detalhado no art. 2º e 4º da Lei Estadual nº.4.556, de 6 de junho de 2005, e demais normas aplicáveis, o Poder Regulador, normatizando, acompanhando, controlando e fiscalizando as outorgas de serviços públicos nas quais o Estado do Rio de Janeiro figure, por disposição legal ou pactual, como Poder Outorgante e exercer função delegada pela União, conforme disposto no § 1º do art. 2º. do mesmo diploma legal, nos termos das normas legais regulamentares e consensuais pertinentes."

1 - AUTO DE INFRAÇÃO nº. 112/2012		2 - LOCAL, DATA E HORÁRIO: AGENERSA, RIO DE JANEIRO, 24/06/2012 15:59							
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 - BARRIO São Cristóvão	7 - MUNICÍPIO/UF Rio de Janeiro/RJ							
8 - Nº. DA DELIBERAÇÃO / DATA DE PUBLICAÇÃO Deliberação AGENERSA nº 1.140, de 29 de junho de 2012, publicada no Diário Oficial de 16/07/2012.		9 - PROCESSO Processo Administrativo nº. E-12/020.410/2012 (autuado para acompanhamento de aplicação de penalidade) Processo Regulatório nº. E-12/020.474/2011							
<p>10 - RELATO E ENQUADRAMENTO DA INFRAÇÃO</p> <p>10.1 - Relato da Conduta: Processo Regulatório nº. E-12/020.474/2011 - Iniciado com vista a C/OUVID nº 57/2011, em que a Duvidoria informou a existência das ocorrências nº 523468, 523846, 523891, 524103 e 524343, todas em aberto por período superior à 30 dias.</p> <p>10.2 - Enquadramento da(s) conduta(s) descrita(s) no item 10.1, significando o(s) fato(s) como infração(ões) às disposições: Descumprimento à Cláusula Décima, Cláusula Primeira, parágrafo 3º e prazos estabelecidos no Anexo II, parte 2, item 13-A do Contrato de Concessão, artigo 17, Inciso VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007 c/c Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 015/2011, Capítulo II, artigo 2º.</p> <p>10.2.1 - Descumprimento da(s) seguinte(s) Cláusula(s) do Contrato de Concessão: Cláusula primeira, parágrafo 3º, Cláusula Décima e prazos estabelecidos no Anexo II, parte 2, item 13-A do Contrato de Concessão.</p> <p>10.3 - Natureza da penalidade: Em relação à Ocorrência nº 523891, Penalidade de Multa no montante de 0,00001% (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão c/c o art. 17, VI, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, em razão dos fatos narrados no presente processo.</p> <p>10.3.1 - Valor da(s) multa(s):</p> <table border="1"> <tr> <td>Valor</td> <td>R\$ 3.044,48</td> </tr> <tr> <td>Atualização Monetária</td> <td>R\$ 139,20</td> </tr> <tr> <td>Total</td> <td>R\$ 3.183,68 (três mil, cento e oitenta e três reais e sessenta e oito centavos)</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. 1-Decreto nº. 38.618/05 alterado pelo Decreto nº. 40431/06 - art. 23, inciso XXI - parágrafo único; 2-Regimento Interno - art. 21, inciso XX a; 3-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 Bradesco, Agência 6898-5 e conta corrente 170-8 em nome ERJ - AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. (Instrução Normativa CD nº. 001/2007, artigo 10, inciso VI / Decreto nº. 38.618/2005, Seção 3, artigo 4º, inciso II)</p>				Valor	R\$ 3.044,48	Atualização Monetária	R\$ 139,20	Total	R\$ 3.183,68 (três mil, cento e oitenta e três reais e sessenta e oito centavos)
Valor	R\$ 3.044,48								
Atualização Monetária	R\$ 139,20								
Total	R\$ 3.183,68 (três mil, cento e oitenta e três reais e sessenta e oito centavos)								
11 - NOMES DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO Fábio Cortes do Nascimento Jorge Luiz Gomes Caffo Cinthia Pitz P. Pinheiro		12 - Cargo Gerente de Câmara Gerente de Câmara Secretária Executiva	13 - MATRÍCULA 154-5 210-5 237-8						
14 - REPRESENTANTE DA CONCESSIONÁRIA <u>Caroline Oliveira Andrade</u>		15 - CARGO <u>Advogada</u>	16 - RG <u>10737752-1</u>						
17 - ASSINATURA DO AGENTE DE FISCALIZAÇÃO AGENERSA, RIO DE JANEIRO. Cinthia Pitz P. Pinheiro Secretária Executiva Fábio Cortes do Nascimento Gerente de Câmara Assinatura do Agente de Fiscalização		Jorge Luiz Gomes Caffo Gerente de Câmara	18 - ASSINATURA DO AUTUADO Data: <u>06/09/12</u> Declaro estar ciente do conteúdo do presente Auto de Infração. <u>Caroline Oliveira de Andrade</u> Advogada Assinatura do Autuado OAB, RJ 129.592						
19 - OBSERVAÇÕES Anexo: Relatório/Vista/Memória de Cálculo/Deliberação AGENERSA nº 1.140, de 29 de junho de 2012, publicada no Diário Oficial de 16/07/2012.									

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.410/2012

Data 16/07/12 Fls.: 53

Rubrica: [assinatura]

AGENERSA

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº _____

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.410/2012

Data 16/07/12 Fls.: 54

Rubrica



DE 28 DE NOVEMBRO DE 2012.

CEG - Auto de Infração - Penalidade de MULTA -
Processo Regulatório E-12/020.474/2011.

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-12/020.410/2012, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º- Conhecer a Impugnação interposta pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º n.º 112/2012, por tempestiva, para, no mérito, negar-lhe provimento.

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

Rio de Janeiro, 28 de novembro de 2012.



José Bismarck Viana de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator



Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira

AUSENTE
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro



Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro



Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro