

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 527

DE 26 DE FEVEREIRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG. PENALIDADE DE MULTA APLICADA POR DELIBERAÇÃO.
COBRANÇA – PROCESSO E-04/079.376/2001.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-33/100.256/2004, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 068/2009, de 18/12/2009, negando-lhe provimento.

Art. 2º - Declarar o encerramento da instância administrativa.

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de fevereiro de 2010.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO

Conselheiro-Presidente

DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE

Conselheira-Relatora

MOACYR ALMEIDA FONSECA

Conselheiro

SÉRGIO BURROWES RAPOSO

Conselheiro



AGENERSA

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



Processo nº. E-33/100.256/2004
Data de Autuação 28/05/2004
Concessionária CEG
Assunto Penalidade de Multa aplicada por Deliberação –
Cobrança – Processo E-04/079.376/2001
Sessão Regulatória 26 de Fevereiro de 2010

Serviço Público Estadual

P. E-33/100.256 / 2004

Di - 28 05 04 142

Recibido: X

Voto

Trata-se de analisar impugnação apresentada tempestivamente¹ pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 068/2009², por meio do qual esta Agência realiza a cobrança de multa imposta pela Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 269, de 23/10/2002, modificada pela Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 476, de 29/06/2004, determinada nos autos do processo administrativo nº. E-04/076.376/2001, pelo não cumprimento do sub-item 22 do Anexo II – Metas de Melhoria do Contrato de Concessão, que determina a implantação de Telemetria em Clientes com demandas iguais ou superiores a 400.000 m³/mês, tanto no que se refere ao prazo estabelecido, quanto aos pontos indicados a serem telemetrizados.

Revela-se fundamental, na ocasião, consignar que esta Autarquia garantiu à Concessionária, em todas as fases do processo administrativo E-04/076.376/2001, o direito à ampla defesa e ao contraditório, em conformidade com o seu Regimento Interno. Assim, não é possível, na presente fase, apreciar alegações meritórias, porquanto, além do encerramento das instâncias administrativas de análise do mérito, verifica-se, ainda, a existência de processo administrativo específico a respeito do tema.

Na sua peça de defesa, a CEG sustenta, preliminarmente, a ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão.

De fato, o aludido instrumento contratual não dispõe sobre a lavratura de Auto de Infração para a aplicação de eventuais penalidades, estabelecendo regras relativas apenas ao aspecto material da imposição de sanções.

¹ Registre-se que: (i) o Auto de Infração foi recebido por representante da Concessionária em 18/12/2009 (sexta-feira); (ii) foi concedido, na forma do instrumento punitivo em pauta, prazo de 05 (cinco) dias úteis para apresentação de eventual defesa e (iii) a peça de defesa foi protocolizada em 28/12/2009 (segunda-feira).

² Fls. 104.

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

Ademais, é oportuno registrar a publicação no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, em 21/09/2007, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007³ e lembrar que o Decreto Estadual nº 38.618/2005 regulamentou a questão, no inciso XX e parágrafo único do art. 23⁴.

Portanto, revela-se improcedente a alegação de que inexistente respaldo para a prática do ato administrativo em comento, porquanto não é possível interpretar o texto do Decreto de forma restritiva. Isto porque, como é de conhecimento geral, a norma 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.

No mérito, a Defendente requer a declaração de nulidade do Auto de Infração, apontando suposto descumprimento às formalidades legais, ao afirmar que "(...) a inexistência e incoerência das informações e formalidades acima elencadas, fere a legislação vigente e, via de consequência, cerceia o inalienável direito desta Concessionária ao contraditório e à ampla defesa, na forma do artigo 5º, LV da Carta Magna", contudo, em momento algum, demonstra as supostas inexistências e incoerências existentes no auto.

Assim, mais uma vez, observa-se a fragilidade dos argumentos da Concessionária, visto que, após breve análise do Auto de Infração lavrado, percebe-se que ali se encontram dispostos todos os requisitos determinados no artigo 10 e incisos, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007⁵. *u*

³ 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".

⁴ "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.

{redação do inciso XX do artigo 23, acrescentado pelo Decreto nº 40.431/2006, vigente a partir de 19.12.2006}

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 contratuais⁴.

{redação do parágrafo único do artigo 23, acrescentado pelo Decreto nº 40.431/2006, vigente a partir de 19.12.2006}

⁵ Art. 10. O "Auto de Infração (AI)" deverá conter:

- I. o local, a data e a hora da lavratura;
- II. o nome, o endereço e o CNPJ da autuada;
- III. os números do processo e da Deliberação que aplicou a penalidade e a data da publicação;

2004

E-33/100.256

04

143

u

Demais disso, se a própria Concessionária não aponta claramente as alegadas inexatidões e incoerências existentes no Auto de Infração nº. 068/2009, resta evidente a esterilidade de tal argumentação, razão pela qual a desconsidero.

A CEG alega, ainda, a insubsistência da penalidade de multa pecuniária, fundamentada na existência de demanda judicial autuada sob o nº. 2004.001.091448-8, na qual é pleiteada a anulação da multa ora cobrada, sob o argumento de que *"(...) não poderia a Agência Reguladora iniciar os atos formalizadores da cobrança de qualquer penalidade, uma vez que estando pendente o julgamento do mérito da questão, poder-se-ia estar antecipando uma cobrança de valores ilegítima (...)".*

Sobre esse ponto, é importante informar a respeito da sentença proferida nos autos do processo nº. 2004.001.091448-8, na qual a Exma. Dra. Juíza de Direito da 6ª Vara de Fazenda Publica julgou IMPROCEDENTE o pedido da CEG, tendo, inclusive, condenado a Concessionária ao pagamento de verba honorária estipulada em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa. Desta forma, como bem salientando pelo Sr. Procurador Geral desta Autarquia, inexistente óbice judicial à cobrança da penalidade aplicada.

Como argumento para furtar-se do pagamento da multa aplicada, a CEG registra já ter cumprido a obrigação determinada no processo E-04/076.376/2001, tendo telemetrizado todos os clientes até 30/04/2004, em razão do que entende que a penalidade ora aplicada perdeu seu objeto, diante do cumprimento da meta disposta no item 2.2 do Anexo II do Contrato de Concessão.

O que aqui se verifica é mais uma tentativa de CEG de discutir fatos já analisados no processo E-04/076.376/2001, insurgindo-se em questões meritórias que não mais podem ser apreciadas, pois, frise-se, a Impugnação ao Auto de Infração se presta apenas e tão somente para apontar vícios quanto à forma do mesmo, nada mais.

-
- IV. a descrição do fato ou do ato constitutivo da infração;
 - V. o dispositivo legal, regulamentar ou contratual infringido e a tipificação da penalidade aplicada, segundo os termos desta Instrução Normativa, concedendo prazo de 05 (cinco) dias úteis para apresentação de eventual Impugnação, relativa à forma do Auto de Infração;
 - VI. o prazo de 30 (trinta) dias para recolhimento da multa;
 - VII. a identificação do servidor atuante, sua assinatura, a indicação de seu cargo e o número de sua matrícula.
- Parágrafo único. Uma via do "Auto de Infração (AI)" será entregue contra recibo, para a notificação, ao representante legal da atuada ou ao seu procurador habilitado, na forma da Cláusula Dezoito dos Contratos de Concessão.

Assim sendo, questões relativas ao cumprimento ou não, de forma tempestiva ou não, das metas estipuladas no item 2.2, do Anexo II do Contrato de Concessão, não serão sequer analisadas nos presentes autos.

O mesmo raciocínio se aplica à afirmação de ausência de regulamentação sobre o tema “Metas e melhorias”, mais especificamente sobre “Telemetria”, por se tratar de momento irrefutavelmente inoportuno para alegações desta natureza. Repise-se que, no processo E-04/076.376/2001, a CEG teve todas as oportunidades para tecer alegações de natureza meritória, sendo-lhe assegurados o contraditório e a ampla defesa em todas as fases daquele processo. Se naquele momento não teceu todas as alegações possíveis/cabíveis, não pode, agora, fazê-lo.

No próximo ponto, a CEG defende a falta de proporcionalidade e razoabilidade na fixação da penalidade, o que se revela um argumento incabível, na medida em que o presente processo foi instaurado para a efetiva aplicação da penalidade imposta à Concessionária, com estrita observância ao devido processo legal, não consistindo a Impugnação ao Auto de Infração, conforme já exposto, em mais um recurso objetivando a reforma da decisão prolatada no âmbito do processo regulatório adequado, não podendo a Concessionária, uma vez mais, adentrar ao mérito da questão.

Outro ponto impugnado pela CEG 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 por esta concessionária”*⁶, 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 regulamentado⁷ e resguarda o direito da Concessionária ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório.

De fato, é incontroversa a necessidade do devido processo legal para a caracterização de uma irregularidade e aplicação da correspondente penalidade. Contudo, tais procedimentos⁸ foram amplamente observados no

Serviço Público Estadual
 Processo nº E-33/100.256/2004
 Data 28/05/04 Págs: 145
 Rubrica: X

⁶ Fls. 112.

⁷ Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007.

⁸ Caracterização da irregularidade e aplicação de penalidade.

processo nº. E-04/076.376/2001, tendo a CEG, naqueles autos, lançado mão de todos os meios possíveis à defesa de seus interesses, restando a questão exaustivamente discutida.

Não é demais repisar que a presente ação se presta, tão somente, para a cobrança da penalidade aplicada naqueles autos, sendo o Auto de Infração o meio para tal.

Exatamente por essa razão é que o referido Auto somente pode ser impugnado quanto à sua forma, posto que todas as questões de mérito foram discutidas no processo anterior, não sendo correto que, aqui, volte-se a apreciar questões já amplamente examinadas e respondidas.

Cabe ainda registrar que, ao apresentar suas Razões Finais, a CEG afirma que "(...) a multa aplicada deve ser declarada nula, pois na época em que foi determinada inexistia fundamento legal para a sua aplicação", argumentando que a Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001 somente foi editada em 2007, posteriormente às Deliberações ASEP-RJ/CD nº. 269, de 23/10/2002 e nº. 476, de 29/06/2004.

Sobre tal afirmação, primeiramente, é necessário destacar que o momento oportuno para a Concessionária expor suas argumentações é o da apresentação de Impugnação. Assim, não se pode admitir que a CEG apresente alegações inéditas, sequer suscitadas anteriormente, em sede de Razões Finais, momento processual inadequado, motivo pelo qual, a mesma sequer deve ser apreciada.

Contudo, por amor ao debate, enfrentarei a questão.

Inicialmente, é necessário lembrar, uma vez mais, que a IN nº. 001/2007 foi editada com o escopo de proporcionar ainda mais segurança jurídica, mantendo-se, obviamente, a necessidade de discussão da aplicação da pena em processo regulatório específico, no curso do qual são garantidos a ampla defesa e o contraditório.

Aliás, ao observarmos o disposto na referida IN, em especial no que tange às penalidades, é possível constatar que o citado instrumento dispõe sobre a matéria em estrita observância ao Contrato de Concessão, que é de pleno conhecimento da CEG.

Serviço Público Estadual
E-33/100.256/2004
Dir. 28.05.04
Rubrica

Ademais, o fato da IN nº. 001/2007 ter determinado, expressamente, a forma de aplicação da penalidade imposta através de Deliberação, por meio da lavratura de Auto de Infração, não implicou em qualquer prejuízo material à Concessionária, eis que, frise-se, a penalidade aplicada é exatamente aquela disposta nas Deliberações ASEP-RJ/CD nº. 269/2002 e nº. 476/2004, inexistindo qualquer fato novo, prejudicial à defesa dos interesses da Concessionária.

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 que, frise-se, tem por objetivo apenas a aplicação da penalidade anteriormente imposta. Trata-se, aqui, de realizar tão somente a execução do julgado, motivo que me leva a desconsiderar a presente alegação, pois desprovida de qualquer embasamento legal.

Por todo o exposto, recomendo ao Conselho-Diretor:

- Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 068/2009, de 18/12/2009, negando-lhe provimento.
- Declarar o encerramento da instância administrativa.

É o Voto.



Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

Serviço Público Metadados

Processo: E-33/100.256/2004

Data: 28/05/04 Pág: 147

Rúbrica: D

AGENERSA

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



DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 527

DE 26 DE FEVEREIRO DE 2010

**CONCESSIONÁRIA CEG – PENALIDADE DE
MULTA APLICADA POR DELIBERAÇÃO –
COBRANÇA – PROCESSO E-04/079.376/2001**

serviço Público Estadual

E-33/100.256 / 2004

Data: 28.05.04 Hora: 148

Rúbrica:

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-33/100.256/2004, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 068/2009, de 18/12/2009, negando-lhe provimento.

Art. 2º - Declarar o encerramento da instância administrativa

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de fevereiro de 2010.

José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro-Presidente

Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Relatora

Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro

Sérgio B. Raposo
Conselheiro