

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 634

DE 27 DE OUTUBRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG RIO - AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA. PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.104/2009.

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-12/020.163/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aceitar a impugnação da CEG RIO ao Auto de Infração nº. 024/2010, de 20 de agosto de 2010, por tempestiva e, no mérito, negando-lhe provimento.

Art. 2º - Reiterar os termos do Auto de Infração nº. 024/2010, de 20 de agosto de 2010.

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

Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2010.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO  
Conselheiro-Presidente

DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE  
Conselheira

MOACYR ALMEIDA FONSECA  
Conselheiro

SÉRGIO BURROWES RAPOSO  
Conselheiro-Relator

Proc. n.º 04



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

**Processo n.º:** E-12/020.163/2010  
**Autuação:** 05/05/2010  
**Concessionária:** CEG RIO  
**Assunto:** Auto de infração – Penalidade de multa – Processo Regulatório E-12/020.104/2009.  
**Relato:** 27 de outubro de 2010

**RELATÓRIO**

Trata-se de processo regulatório iniciado através da requisição SECEX n.º. 083/08<sup>1</sup>, de 05/05/10, para a aplicação de multa à Concessionária CEG RIO, em função do que foi deliberado em Sessão Regulatória de 29/04/10, na qual originou-se a Deliberação AGENERSA n.º. 566/10<sup>2</sup>.

Em 12/05/10, o processo foi enviado à CAPET, para que se calcule o valor da penalidade a ser aplicada à Concessionária CEG RIO, nos termos do disposto no Art. 2º da Deliberação AGENERSA n.º. 566/10:

*“Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de multa no montante de 0,01% (um centésimo por cento) do seu faturamento, nos últimos 12 meses anteriores à pratica da infração, pelo descumprimento da Lei Estadual n.º. 3.986/2002 e com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão.”*

Às fls. 13/15, consta CI. AGENERSA-RJ/CAPET N.º. 012/2010, na qual a CAPET tece suas considerações:

<sup>1</sup> Fl. 02

<sup>2</sup> DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º. 566

DE 29 DE ABRIL DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG E CEG RIO – ANÚNCIO INSTITUCIONAL - DESCUMPRIMENTO DE LEI ESTADUAL. 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-12/020.104/2009, por unanimidade, DELIBERA:

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 a pratica da infração, pelo descumprimento da Lei Estadual n.º. 3.986/2002 e com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão.

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de multa no montante de 0,01% (um centésimo por cento) do seu faturamento, nos últimos 12 meses anteriores a pratica da infração, pelo descumprimento da Lei Estadual n.º. 3.986/2002 e com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão.

Art. 3º - Determinar que a Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária, providencie a lavratura dos correspondentes Autos de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 01/2007.

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

Rio de Janeiro, 29 de abril de 2010.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO  
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE  
MOACYR ALMEIDA FONSECA  
SÉRGIO BURROWES RAPOSO

Conselheiro-Presidente  
Conselheira  
Conselheiro  
Conselheiro-Relator



AGENERSA

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

1ª. (...) Foi utilizado o IGP-M, o mesmo referencial para a atualização das tarifas anuais da Concessionária. O resultado está apresentado no quadro abaixo:

Deliberação AGENERSA 566/2010		
CONCESSIONÁRIA CEG-Rio		
FATURAMENTO MENSAL - mar/08 a fev/09		
Mês/ R\$	Valor Histórico	Multa 0,01%
mar/08	141.787.513,08	14.178,75
abr/08	137.863.175,06	13.786,32
mai/08	124.576.981,69	12.457,70
jun/08	137.586.694,01	13.758,67
jul/08	155.305.594,54	15.530,56
ago/08	160.780.235,04	16.078,02
set/08	173.863.955,55	17.386,40
out/08	200.173.311,18	20.017,33
nov/08	170.340.130,30	17.034,01
dez/08	201.022.281,81	20.102,23
jan/09	87.976.979,29	8.797,70
fev/09	88.016.130,33	8.801,61
<b>Total</b>	<b>1.779.292.981,88</b>	<b>177.929,30</b>
<b>Atualização</b>	<b>1.813.874.638,38</b>	<b>181.387,46</b>

SECRETARIA DE ENERGIA E SANEAMENTO  
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro  
DATA: 05/05/10  
Proc. E-12.020.163/2010  
Fls. 5

2ª. Os valores totais apurados por esta CAPET são R\$ 181.387,46 (cento e oitenta e um mil, trezentos e oitenta e sete reais e quarenta e seis centavos).

Em 14/06/10, a SECEX, via despacho<sup>3</sup>, encaminha o presente processo à Procuradoria para que a mesma analise se a minuta<sup>4</sup> do auto de infração encontra-se em conformidade com o disposto no Art. 2º da Deliberação AGENERSA nº. 566/10, considerando a memória de cálculo apresentada pela CAPET às fls. 13/15, como também que se verifique a existência de demanda judicial.

À fl. 17, a Procuradoria desta AGENERSA, em resposta ao despacho da SECEX, sugere "(...) a complementação do item 10.2.1, especialmente com amparo na Cláusula contratual que determina a obrigação de prestação do serviço público adequado. Ademais, não consta informação a respeito de demanda judicial."

Após parecer da Procuradoria o pleito foi encaminhado à Auditoria interna desta Agência, a qual manifestou seu entendimento à fl. 19: "(...) Considerando o voto do CODIR (...) e os valores apresentados pela CAPET (...) o presente Auto de infração guarda conformidade com a legislação vigente."

Foi acostado ao processo à fl. 20, o auto de infração que recebeu o número de 024/10.

<sup>3</sup> Fl. 17

<sup>4</sup> Fl. 16



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

Em novo despacho a SECEX retorna o processo à Procuradoria para apreciação do auto de infração de nº. 024/10, rogando que se verifique a real aplicabilidade da penalidade.

À fl. 20-verso, a Procuradoria desta AGENERSA, em resposta ao despacho da SECEX, sugere "(...) a correção dos itens 10.2.1 e 10.5 (...)."

Em atendimento a que foi sugerido pela Procuradoria a SECEX, após as devidas correções, via despacho, encaminha o processo à CAPET para ciência e visto. Isto feito, o processo retorna a SECEX.

Após suas correções o referido auto de infração é encaminhado à Concessionária de forma a notificá-la sobre a referida penalidade de multa.

A CEG RIO, em 31/08/10, protocolizou nesta AGENERSA sua impugnação, a qual descrevo resumidamente a seguir:

No que tange a ausência de previsão no Contrato de Concessão, no entendimento da Concessionária, "(...) 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 à CONCESSIONÁRIA, amplo direito de defesa."

*(...) cabe a aplicação de penalidades em face da Concessionária (...) por meio de processo administrativo, regularmente instaurado no âmbito dessa Agência Reguladora e (...) a aplicação de penalidades (...) 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, fiscalizados por esta AGENERSA e da AGETRANS - tais como OPPORTRANS e ÁGUAS DE JUTURNAIBA - há expressa previsão contratual de que as penalidades serão aplicadas mediante a lavratura do competente auto de infração.*

*(...) se a intenção do Poder Concedente fosse a de aplicar as penalidades (...) se dessem através da lavratura de auto de infração, (...) procederia a expressa disposição neste sentido no Contrato de Concessão (...) como ocorre com outras Concessionárias de Serviço Público deste Estado.*

*Não obstante (...) pelo Decreto nº. 38.618, de 08/12/05, de hipótese de lavratura de auto de infração pela Secretaria Executiva, por certo o legislador se referia as outras*



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

Concessionárias cujos marcos regulatórios prevêem tal situação, já que inexistente no Contrato de Concessão desta de CEG RIO, qualquer norma estabelecendo que a aplicação de penalidades far-se-á por meio da confecção do auto de infração.

Pelo exposto, (...) a Concessionária vem (...) requerer o acolhimento da presente preliminar, com a declaração da nulidade do auto de infração n.º 025/08, pela absoluta ausência de disposição contratual que o fundamente.”

Assinala que o prolapado auto de infração descumpriu as formalidades legais e que “(...) cumpre frisar a inexistência de requisitos essenciais fundamentadores da lavratura do auto, os quais vêm consignados na Instrução Normativa AGENERSA CD n.º 001/2007, (...) e cuja ausência macula de vício o ato administrativo produzido pela Administração.

Da análise dos mencionados requisitos, verifica-se que o auto de infração n.º 024/10, não preenche os requisitos necessários a configuração de sua validade.

O disposto no artigo 10 da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 é claro ao estabelecer os elementos que o auto de infração deverá conter, dentre os quais, a hora de sua lavratura, o que não se observa in casu.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que é vedado à Administração Pública, proceder à confecção de um auto de infração, sem que sejam observados rigorosamente os requisitos cabíveis. Pela característica da solenidade do ato devem ser observadas (...) todas as formalidades (...) sob pena de nulidade do ato, o que pode ser observado (...) quanto ao horário de lavratura do auto.

Portanto, tem-se por evidente 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.”

A Concessionária diante dos argumentos apresentados, no que tange os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, assevera que baseado nos “(...) fatos acima demonstrados, (...) não houve efeitos ensejadores de tal penalidade. Assim, não há de se cogitar em penalizar esta Concessionária, (...) por meio do auto de infração n.º 024/10, como também (...) deve o órgão julgador pautar-se pela razoabilidade e proporcionalidade para a fixação da condenação, o que não ocorreu no que se refere tanto à penalidade aplicada, quanto ao seu quantum.

Sendo assim, é (...) indispensável que seja acolhida integralmente a presente impugnação, para que, seja revogada a multa aplicada.

Alega a Concessionária que (...) para que possa a Agência Reguladora penalizar, (...) deve antes regular (...).



DATA: 05/05/10.

Proc. E-12/020.163/2010.

AGENERSA

Fis: 54

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

Caso assim não se entenda, a penalidade não tem qualquer fundamento, pois não houve no caso nenhum procedimento prévio imposto, seja pela Agência Reguladora, seja pelo marco regulatório, no sentido de estabelecer critérios para aplicação de penalidades.

Por tais razões, (...) as sanções administrativas aplicadas às entidades reguladas, são atos de natureza regulatória, (...) pressupõem não apenas vigiar e punir, mas principalmente, intervir e corrigir anomalias verificadas em determinado ordenamento setorial.”

No entendimento da Concessionária “(...) seria medida mais salutar, (...) a determinação de outras medidas que (...) pudessem ensejar a materialização do interesse público. Além do mais, (...) a aplicação indiscriminada de certas sanções pelo Órgão Regulador, pode além de gerar uma instabilidade jurídica (...) provocaria um clarividente prejuízo para os usuários do serviço público concedido.”

Ao fim da sua impugnação a Concessionária conclui que: “Face ao exposto (...) confia esta Concessionária no acolhimento das matérias elencadas (...) anulando-se o auto de infração (...) e (...) que sejam tomadas insubsistentes as alegações descritas no auto de infração, julgando-se nulo o mesmo, (...) tomando sem efeito a aludida autuação, (...) por ser medida de extremo bom senso e Justiça.”

Em 08/09/10 o processo foi enviado ao meu gabinete e, de forma contínua, minha assessoria encaminha o pleito à Procuradoria desta AGENERSA para análise e pronunciamento quanto aos documentos acostados às fls.25/30, dos autos a qual oferece seu parecer, como segue:

Em relação à alegação de nulidade do auto de infração quanto à Ausência de previsão no Contrato de Concessão à Procuradoria assinala que: “Primacialmente (...) esta AGENERSA (...) 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<sup>5</sup>. (Grifos no original)

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 “formalização” de auto de infração.

Por sua vez, 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

<sup>5</sup> 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

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 (...) "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.

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 à pretensão da Concessionária sob a alegação de descumprimento às formalidades legais, à Procuradoria assinala que: "Em síntese, (...) o auto de infração (...) não preenche os requisitos necessários de validade (...) e aponta que no campo 10 do citado instrumento não consta de local e a hora da lavratura.

Por outro lado, (...) "os atos processuais solenes são considerados válidos ainda que praticados por forma diversa da prescrita em lei, desde que alcancem sua finalidade essencial." Logo (...) não merecem prosperar as alegações trazidas pela Concessionária CEG RIO, pois (...) o citado instrumento cumpriu a finalidade essencial, (...) a de notificar a Concessionária quanto à aplicação de penalidade, decorrente do apurado grau de responsabilidade quando da prestação do serviço público inadequado.

Dessa forma, os supostos vícios suscitados pela Concessionária quando comparados com a finalidade essencial do auto de infração, não têm o condão de ensejar a declaração de nulidade do citado instrumento, sob pena de clara ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Para agir, o Administrador deve imperiosamente fazê-lo movido pelo interesse público, expressando os motivos pertinentes à sua decisão, contidos no fatos, bem como a fundamentação legal dos mesmos, contida no Direito.

**"Por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato (motivos-pressupostos) e de direito (motivos determinantes da Lei). (Rafael Bielsa in Compendio de Derecho Publico, Buenos Alres, 1952, 11/27)". (Grifos no original).**

A Lei Federal n.º 9.784, de 29/01/99, também observa o princípio da motivação como indicação de pressupostos de fato, bem como os fundamentos jurídicos que determinem as decisões ou atos administrativos. Entretanto, o Art. 50 do referido ordenamento jurídico, em seu §1º, determina que a motivação pode consistir em "declaração de concordância com



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

**fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato". (Grifos no original).**

Mesma orientação segue o Decreto Estadual n.º 31.896, de 20 de setembro de 2002, que regula o Processo Administrativo no Âmbito da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro. Estatui, em seu Art. 60, § 1º, que **"a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos anteriores, pareceres, informações, decisões ou propostas que, neste caso, serão parte integrante do ato. (Grifos no original).**

No que tange os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade "(...) Alega a Concessionária que esta AGENERSA carece de critérios objetivos que visem regulamentar a aplicação de penalidades em face de seus regulados.

Não é tarde lembrar que o Contrato de Concessão, em sua Cláusula Décima, disciplina com clareza as penalidades aplicáveis à Concessionária CEG. Dentre elas, se insere a penalidade de multa, objeto (...) do presente Auto de infração.

Em prosseguimento, através do §2º da aludida Cláusula depreende-se que a aplicação das penalidades disciplinadas fica condicionada à observância do princípio da proporcionalidade. Desse modo, serão aplicadas de acordo com a gravidade da infração<sup>6</sup>.

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

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 devido processo legal, instituída no inciso LIV, do Art. 50 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.

Entretanto, em doutrina é comum a adoção do referido princípio como sinônimo de outra norma principal, que estaria vinculada à medida da intervenção estatal na esfera de direitos do particular. Trata-se do princípio da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade compõe-se de três aspectos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

O contrato de concessão prevê que a violação de suas cláusulas resultará na imposição de penalidades. Isto porque, reconheceram as partes previamente, que esta seria uma medida necessária à impor a coerção da execução do contrato. É medida necessária também do ponto de vista legal, tanto é assim que a cláusula relativa à penalidade é reconhecida como essencial ao Contrato de Concessão, como dispõe o inciso VIII do Art. 23 da Lei de Concessões, Lei 8987/95.

<sup>6</sup> §2º. 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.



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

Fls: 57

*Ó exercício do juízo de proporcionalidade em sentido estrito, (...) decorre da aferição e de valorações para a aplicação da própria medida em si. É a fixação dos parâmetros de imposição da medida restritiva. Logo, pode-se afirmar que a proporcionalidade é que permite um perfeito equilíbrio entre o fim e o meio empregado. É o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma.*

*Observe-se que a Concessionária tem pleno conhecimento da legislação pertinente à regulação/fiscalização, materializada principalmente no instrumento concessivo. Ademais não é de sua desconhecimento o que dispõe a Lei 8987/95, a Decreto 38.618/05, a Instrução Normativa 001/07, a Lei 4556/2005 e demais instrumentos legais.*

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

*Conclui que: "Com base no exposto, recomendamos a rejeição da preliminar apresentada, mantendo-se, no mérito, as alegações transcritas no AI, entendo-se que o auto de infração impugnado atende os requisitos legais, e, em razão disso, deve ser mantido."*

Através do Ofício AGENERSA/ASSESS/SR nº. 093/10<sup>7</sup>, de 15/09/10 a Concessionária foi instada a oferecer razões finais, em conformidade com o disposto no §2º, do Art. 50, da Resolução AGENERSA nº. 02, de 23/06/09, que forem julgadas cabíveis, dentro do prazo de 5 dias.

Através da correspondência DIJUR-E-3.593<sup>8</sup>, de 20/09/10, a Concessionária, em resposta ao OFÍCIO AGENERSA/ASSESS/SR nº. 093/10 serve-se da presente para tecer suas considerações:

*"Em atendimento ao ofício em referência, servimo-nos da presente para reiterar os termos da impugnação apresentada às fls.25/30, em face do auto de infração nº. 024/10 (...).*

*Aproveitamos a oportunidade para ratificar todas as considerações esposadas no presente processo regulatório e pugnar pelo julgamento da mencionada impugnação (...)."*

**É o relatório.**

**Sérgio Raposo**  
**Conselheiro Relator.**

<sup>7</sup> Fl. 42

<sup>8</sup> Fl. 47



AGENERSA Proc. E- 12/020.163/2010

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

Fls. 54  
S/VALE A EMENDA  
A CARMIM  
27/10/10  
Ass: Mande V. Fvaristo  
Cargo: Assessor  
DATA: 27/10/10  
AGENERSA

**Processo nº.:** E-12/020.163/2010  
**Autuação:** 05/05/2010  
**Concessionária:** CEG RIO  
**Assunto:** Auto de infração – Penalidade de multa –  
Processo Regulatório E-12/020.104/2009.  
**Relato:** 27 de outubro de 2010

### VOTO

Trata-se de processo regulatório iniciado através da requisição SECEX nº. 083/08, de 05/05/10, para a aplicação de multa à Concessionária CEG RIO, em função da Deliberação AGENERSA nº. 566/10, DE 29.04.10, a qual determinou, em parte:

**Art. 2º -** Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de multa no montante de 0,01% (um centésimo por cento) do seu faturamento, nos últimos 12 meses anteriores a prática da infração, pelo descumprimento da Lei Estadual nº. 3.986/2002 e com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão.

**Art. 3º -** Determinar que a Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária, providencie a lavratura dos correspondentes Autos de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007.

Em 12/05/10, o processo foi enviado à CAPET, para que se calcule o valor da penalidade a ser aplicada à Concessionária CEG RIO, nos termos do disposto no Art. 2º da Deliberação acima mencionada, tendo a CAPET acostado aos autos memória de cálculo totalizando multa de (...) "R\$ 181.387,46 (cento e oitenta e um mil, trezentos e oitenta e sete reais e quarenta e seis centavos)", já atualizada.

Consultadas pela SECEX, a Auditoria e a Procuradoria da AGENERSA juntaram aos autos pareceres pela conformidade do auto de infração em questão. Informou ainda a procuradoria que não há demanda judicial sobre o assunto.

A CEG RIO, em 31/08/10, protocolizou nesta AGENERSA sua impugnação, a qual reproduzo, em parte, a seguir:



*"(...) pelo Decreto n.º 38.618, de 08/12/05, na hipótese de lavratura de auto de infração pela Secretaria Executiva, por certo o legislador se referia às outras Concessionárias cujos marcos regulatórios prevêm tal situação, já que inexistente no Contrato de Concessão desta de CEG RIO, qualquer norma estabelecendo que a aplicação de penalidades far-se-á por meio da confecção do auto de infração."*

*Pelo exposto, (...) a Concessionária vem (...) requerer o acolhimento da presente preliminar, com a declaração da nulidade do auto de infração n.º 035/08, pela absoluta ausência de disposição contratual que o fundamente."*

*Assinala que o propalado auto de infração descumpriu as formalidades legais e que (...) cumpre frisar a inexistência de requisitos essenciais fundamentadores da lavratura do auto, os quais vêm consignados na Instrução Normativa AGENERSA CD n.º 001/2007, (...) e cuja ausência macula de vício o ato administrativo produzido pela Administração.*

*Da análise dos mencionados requisitos, verifica-se que o auto de infração n.º 024/10, não preenche os requisitos necessários a configuração de sua validade.*

*O disposto no artigo 10 da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 é claro ao estabelecer os elementos que o auto de infração deverá conter, dentre os quais, a hora de sua lavratura, o que não se observa in casu.*

*(...) Portanto, tem-se por evidente que a inexatidão 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.*

*Sendo assim, é (...) indispensável que seja acolhida integralmente a presente impugnação, para que, seja revogada a multa aplicada (...)"*

*Ao fim da sua impugnação a Concessionária conclui que: "Face ao exposto (...) confia esta Concessionária no acolhimento das matérias elencadas (...) anulando-se o auto de infração (...) e (...) que sejam tomadas insubsistentes as alegações descritas no auto de infração, julgando-se nulo o mesmo, (...) tomando sem efeito a aludida autuação, (...) por ser medida de extremo bom senso e Justiça."*

*Solicitada a se manifestar a Procuradoria desta AGENERSA, em relação à alegação de nulidade do auto de infração e quanto à ausência de previsão no Contrato de Concessão assinala que: "Primacialmente (...) esta AGENERSA (...) 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*

*Jan*



VALE A EMENDA  
27/05/10  
Ass.:  
Luís Cárrego: [assinatura]  
Mat. Assessor:  
[assinatura]

compete instaurar Processo Administrativo específico, por intermédio da Procuradoria, definitivamente apurada a

*(...) 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 à pretensão da Concessionária sob a alegação de descumprimento às formalidades legais, a Procuradoria assinala que: *"Em síntese, (...) o auto de infração (...) não preenche um requisito necessário de validade (...) e aponta que no campo 10 do citado instrumento não consta de local e a hora da lavratura.*

*Por outro lado, (...) "os atos processuais solenes são considerados válidos ainda que praticados por forma diversa da prescrita em lei, desde que alcancem sua finalidade essencial." Logo (...) não merecem prosperar as alegações trazidas pela Concessionária CEG RIO, pois (...) o citado instrumento cumpriu a finalidade essencial, (...) a de notificar a Concessionária quanto à aplicação de penalidade, decorrente do apurado grau de responsabilidade quando da prestação do serviço público inadequado.*

*Dessa forma, os supostos vícios suscitados pela Concessionária quando comparados com a finalidade essencial do auto de infração, não têm o condão de ensejar a declaração de nulidade do citado instrumento, sob pena de clara ofensa ao princípio da proporcionalidade (...).*

Continua o parecer da Procuradoria: *"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 da Agência Reguladora, segundo a Lei 4556/2005.*

*O contrato de concessão prevê que a violação de suas cláusulas resultará na imposição de penalidades. Isto porque, reconheceram as partes previamente, que esta seria uma medida necessária à impor a coerção da execução do contrato. É medida necessária também do ponto de vista legal, tanto é assim que a cláusula relativa à penalidade é reconhecida como essencial ao Contrato de Concessão.*

Conclui que: *"Com base no exposto, recomendamos a rejeição da preliminar apresentada, mantendo-se, no mérito, as alegações transcritas no AI, entendendo-se que o auto de infração impugnado atende os requisitos legais, e, em razão disso, deve ser mantido."*

Em suas razões finais a Concessionária reiterou suas considerações anteriores sem apresentar fatos novos.



AGENERSA

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 aceitar a impugnação da CEG RIO ao auto de infração nº. 024/2010 de 20 de agosto de 2010, por tempestiva, para no mérito negar-lhe provimento, reiterando ainda os termos do auto de infração nº. 024/2010.

*Assim voto.*

*Sérgio Raposo*  
**Sérgio Raposo**  
**Conselheiro-Relator.**

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL  
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e  
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro  
DATA: 05 / 05 / 10.

Proc. E- 12 / 020 . 163 / 2010 .

Fls: 57 6

VALE A EMENDA A CARMIM 27 / 10 / 10 Luís Manoel V. Evaristo Cargo: Assessor Mat: 273-3 - AGENERSA
--



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

**DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 639**

**DE 29 DE OUTUBRO DE 2010.**

**CONCESSIONÁRIA CEG RIO – AUTO DE  
INFRAÇÃO – PENALIDADE DE MULTA.  
PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.104/2009.**

**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-12/020.163/2010, por unanimidade,**

**DELIBERA:**

**Art. 1º - Aceitar a impugnação da CEG RIO ao Auto de Infração nº. 024/2010, de 20 de agosto de 2010, por tempestiva e, no mérito, negando-lhe provimento.**

**Art. 2º - Reiterar os termos do Auto de Infração nº. 024/2010, de 20 de agosto de 2010.**

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

**Rio de Janeiro, 29 de outubro de 2010.**

**José Carlos dos Santos Araújo**  
Conselheiro-Presidente

**Darcilia Aparecida da Silva Leite**  
Conselheira

**Moacyr Almeida 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: 05/05/10.

Proc. E- 12/020.163/2010.

Fls: 58-62

