

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 664

DE 21 DE DEZEMBRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG - 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-12/020.162/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aceitar a impugnação prévia da CEG ao Auto de Infração nº 025/2010, de 20 de agosto de 2010, por tempestiva, negando-lhe provimento.

Art. 2º - Reiterar os termos do Auto de Infração nº 025/2010 e do Art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 566 de 29 de abril de 2010.

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

Rio de Janeiro, 21 de dezembro de 2010.

José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro-Presidente
Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro
Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro-Relator



AGENERSA

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

Processo nº.: E-12/020.162/2010
Autuação: 05/05/2010
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de infração – Penalidade de Multa –
Processo Regulatório E-12/020.104/2009.
Relato: 21 de dezembro de 2010

AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 05/05/2010
Proc. E-12/020.162/2010
Fls: 48

RELATÓRIO

Trata-se de processo regulatório iniciado para analisar o descumprimento da Lei Estadual nº. 3.986¹, pelas concessionárias CEG e CEG RIO, quando da veiculação de anúncios institucionais. O referido processo foi relatado e votado em Sessão Regulatória realizada em 29/04/10, dando origem à deliberação AGENERSA nº. 566/10², deliberação esta publicada no DOERJ, de 05/05/10:

¹ A GOVERNADORA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Faço saber que a Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - Ficam as concessionárias, públicas ou privadas de serviços públicos, que prestem serviços no âmbito do Estado do Rio de Janeiro obrigadas a divulgar o número do telefone da Agência Pública Reguladora à qual esteja legalmente vinculada.

§ 1º - A divulgação a que se refere o "caput" do artigo 1º, se dará das seguintes formas:

I – pela fixação de cartaz, em local visível, em todos os pontos fixos utilizados pela concessionária, aos quais o público tenha acesso;

II – pela impressão nos veículos de propriedade da concessionária, ou que a ela preste serviços de caráter permanente ou temporário;

III – pela inclusão, em todas as peças publicitárias contratadas pela concessionária, quer para imprensa escrita, falada, televisiva, quer por outro qualquer meio de publicidade, como folhetos, cartazes, etc;

IV – Pela rede Telemarketing mantida ou contratada pela concessionária.

§ 2º - A divulgação a que se refere o artigo primeiro, vinculará obrigatoriamente o nome genérico AGÊNCIA REGULADORA, o nome específico da respectiva agência à qual a concessionária esteja vinculada e o respectivo telefone.

§ 3º - A divulgação, ora tornada obrigatória, deverá merecer em qualquer das formas previstas no parágrafo primeiro, o necessário destaque, em termos de, tamanho e tipo de letra e localização.

Art. 2º - O não cumprimento do previsto no artigo primeiro, sujeitará a concessionária a multar no valor de 1000 UFIR's por auto de infração.

Parágrafo único – A multa a que se refere o "caput" do artigo segundo, será creditada na conta do PROCON-RJ.

Art. 3º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, em 11 de outubro de 2002.

BENEDITA DA SILVA

Governadora

² FI. DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 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 nº 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 à prática da infração, pelo descumprimento da Lei Estadual nº. 3.986/2002 e com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão.



AGENERSA

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

"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, pelo descumprimento da Lei Estadual nº. 3.986/02 e com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão.
(...)

Art. 3º - Determinar que a Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Autos de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007.
(...).

Através de despacho, em 12/05/10, a SECEX encaminha o processo à CAPET para calcular o valor da multa em conformidade com o disposto no artigo 1º, da deliberação AGENERSA nº. 566/10.

Através da CI/AGENERSA-RJ/CAPET nº. 011/10³, é demonstrado no processo o cálculo da multa a ser aplicada:

Deliberação AGENERSA 566/2010		
CONCESSIONÁRIA CEG		
FATURAMENTO MENSAL - mar/08 a fev/09		
Mês/ R\$	Valor Histórico	Multa 0,01%
mar/08	177.909.731,43	17.790,97
abr/08	178.694.022,95	17.869,40
mai/08	188.265.314,70	18.826,53
jun/08	182.657.469,46	18.265,75
jul/08	212.583.434,74	21.258,34
ago/08	217.382.614,92	21.738,26
set/08	232.630.910,80	23.263,09
out/08	248.076.369,56	24.807,64
nov/08	235.430.498,44	23.543,05
dez/08	229.798.385,21	22.979,84
jan/09	174.162.100,87	17.416,21
fev/09	153.258.902,91	15.325,89
Total	2.430.849.755,99	243.084,98
Atualização	2.478.094.820,26	247.809,48

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

DATA: 05/05/2010

Proc. E- 12/020.162/2010

Fls: 49

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 à 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.

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

³ FI. 13/14.



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

À fl. 16, foi acostado ao processo minuta do auto de infração, o qual foi encaminhado à Procuradoria para que se verifique sua conformidade com o disposto no artigo 1º, da deliberação AGENERSA nº. 566/10, considerando a memória de cálculo apresentada pela CAPET às fls. 13/15. Além disso, que se verifique a existência de demanda judicial.

Em resposta à SECEX, a Procuradoria, à fl. 17, apresenta seu parecer, como segue:

“Em análise à minuta do AI, (...) essa Procuradoria sugere complementação ao item 10.2.1, especialmente com base na cláusula contratual que determina a prestação do serviço público concedido. Ademais, não consta no arquivo desta Procuradoria informação de eventual demanda judicial.”

Após o parecer da Procuradoria, colhe-se também o parecer da Auditoria Interna. A mesma apresenta seu parecer: *“Entendemos, s.m.j. que o presente auto de infração guarda conformidade com a legislação vigente.”*

A minuta do auto de infração nº. 025/10, após as alterações sugeridas pela Procuradoria, retorna a mesma para novo ditame.

Em resposta à SECEX, a Procuradoria, à fl. 20-verso, apresenta seu novo parecer, como segue:

“Em análise à minuta do AI, (...) essa Procuradoria sugere a correção dos itens 10.2.1 e 10.5, na forma indicada à fl. 2o.”

Em sua forma definitiva, o auto de infração nº. 025/10, após o colhimento de todas as assinaturas pertinentes, é acostado à fl. 22.

A CEG, em 31/08/10, protocolizou nesta AGENERSA, tempestivamente, 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.”*

(...) 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.



AGENERSA

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

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

DATA: 05/05/2010

Proc. E-12/020.162/2010

Fls. 53

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

(...) se a intenção do Poder Concedente que as penalidades (...) através da lavratura de auto de infração, sem dúvida procederia à expressa disposição (...) no Contrato de Concessão, (...) como ocorre com outras Concessionárias de Serviço Público deste Estado.

Desse modo, (...) não obstante (...) o Decreto n.º 38.618, de 08/12/05, venha a prever a hipótese de lavratura de auto de infração pela Secretaria Executiva, por certo o legislador se referia as outras Concessionárias cujos marcos regulatórios prevêem tal situação, já que, inexistente no Contrato de Concessão desta Concessionária, qualquer norma estabelecendo que a aplicação de penalidades far-se-á por meio da lavratura de 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 025/2008, pela absoluta ausência de disposição contratual que o fundamente.

Alega a Concessionária, no mérito, a nulidade do Auto de Infração em virtude da ocorrência de erro material que afeta sua forma, que: (...) cumpre asseverar que o auto de infração ora impugnado apresenta erro material insanável, haja vista que o número que lhe foi atribuído, qual seja 025/2010, é o mesmo que foi atribuído a outro auto de infração, lavrado na mesma data, mas referente à Concessionária CEG RIO e a outro processo regulatório, o de n.º E-12/020.162/2010.

O vício em questão (...) dificulta a defesa da Concessionária, bem como o conhecimento adequado do ponto a ser impugnado, trazendo verdadeira confusão aos processos regulatórios.

No que tange o descumprimento das formalidades legais, a Concessionária frisa (...) 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.

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, o local e a hora de sua lavratura, o que não se observa in casu.

Portanto, (...) a inexistência e incoerência das informações e formalidades acima elencadas, ferem a legislação vigente e (...) cerceiam o (...) direito desta Concessionária ao contraditório e à ampla defesa, na forma do artigo 5º, LV da Carta Magna.



DATA: 05 / 05 / 2010

AGENERSA

Proc. E- 12/020.162/2010

Fls. 52

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

Não obstante, (...) apenas para efeito de argumentação, pretender penalizar esta Concessionária, é cediço que na fixação da penalidade deve o órgão julgador conduzir-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.

No entendimento da Concessionária esta AGENERSA (...) para que possa penalizar, como fez por meio da aplicação de uma penalidade de multa, deve antes regular, e mais, fiscalizar. Ora, em termos de regulação, vale a máxima "regular primeiro, fiscalizar depois, e penalizar por fim".

Portanto, a aplicação indiscriminada de certas sanções pelo órgão regulador pode (...) colocar em xeque a atividade da entidade regulada, o que (...) provocaria um clarividente prejuízo para os usuários do serviço público concedido.

Ao final da sua impugnação a Concessionária conclui que: (...) no mérito, que sejam tomadas insubsistentes as alegações descritas no auto de infração, julgando-se nulo o mesmo, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua lavratura, tornando sem efeito a aludida autuação (...) por ser medida de extremo bom senso e justiça.

Em 02/09/10, o processo é enviado ao meu gabinete.

Em 03/09/10, o mesmo é encaminhado à Procuradoria desta AGENERSA para análise e pronunciamento quanto ao inteiro teor dos autos. Às fls. 34/39 a Procuradoria oferece seu parecer, como segue:

A Concessionária requer seja declarada a nulidade do auto de infração sustentando que no Contrato de Concessão inexistente previsão para sua lavratura, porque entende que o instrumento em voga refere-se a outras Concessionárias, face ao que dispõe o Decreto Estadual n°. 38618/2005. Não procede o argumento da CEG, pois o auto de infração que culminou com a aplicação da pena de multa foi lavrado após minuciosa apuração das razões para as quais este foi aplicado, e sua previsão consta da referida IN, editada pela Agenersa, para este fim, no exercício do poder regulatório, art. 2° da Lei Estadual n° 4556/2005, a qual lhe confere o devido amparo legal para editar normas de regulação e fiscalização. Outrossim, útil se faz destacar que a AGENERSA, por força de disposição legal possui (...) a competência expressa de **zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos** relativos a esfera de suas atribuições. (grifos no original).

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 (...).

DATA: 05 / 05 / 2010

Proc. E- 12/020.162/2010.

Fls: 53



AGENERSA

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

Em síntese, alega a Concessionária que o auto de infração não preenche os requisitos necessários de validade. Sustenta que sua numeração está eivada de erro material, ou seja, que há dois AI, com o mesmo número (025/2010), o primeiro contra si e o segundo em face da CEG RIO.

Ocorre que o AI 025/2010 refere-se direta e unicamente ao presente processo, de n.º E-12/020.162/2010. Tal fato fica claro por força da certidão lavrada pela SECEX à fl. 32, na qual o Assessor daquele órgão da Agenersa esclarece que o erro material, na verdade, se deu em outro processo de n.º E-12/020.217/2010, quando foi colocado o mesmo número deste AI, quando deveria ser 026/2010. MAS O ERRO SE DEU NOUTRO PROCESSO, NÃO NESTE. Não há que se falar, portanto, em prejuízo para defesa e conseqüente nulidade, do Instrumento. Deste fato tem conhecimento a CEG, pois o número do AI guarda relação com o seu respectivo processo. (grifo no original).

Quanto ao argumento de que o AI é nulo por não conter local e hora de sua lavratura, data vênua, tal argumento não procede, uma vez que no AI, de fl. 22 é possível identificar, perfeita e indubitavelmente, que o Instrumento foi lavrado na sede da CEG, no dia 20 de agosto de 2010, às 15 horas, na pessoa de Claudine da Costa Carvalho, patrona da Concessionária, com inscrição na OAB/RJ sob o n.º 118.471.

Das alegações de mérito suscitadas pela Concessionária,

Vale lembrar que não é a impugnação um sucedâneo recursal, ou um segundo recurso a reforma de decisão final do órgão julgador, que já apreciou recurso administrativo previamente interposta pela Concessionária nos autos do Processo Regulatório E-12/020.104/2009, que determinou a aplicação de pena de multa em perfeito cumprimento de todas as instâncias regimentais.

Com base no exposto, observa-se que o auto de infração impugnado atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido e rejeitada a impugnação da CEG pela manutenção da penalidade aplicada com o prosseguimento do processo.

Através do ofício AGENERSA/ASSESS/SR n.º 126/10⁴, de 28/10/10, a Concessionária foi instada a oferecer razões finais, em conformidade com o disposto no §2º, do Art. 50, da Resolução AGENERSA n.º 02, de 23/06/09, que forem julgadas cabíveis dentro do prazo de 5 dias úteis.

Através da correspondência DIJUR-E-3883/10⁵, de 05/11/10, a Concessionária, em resposta ao ofício AGENERSA/ASSESS/SR n.º 126/10, serve-se da presente para tecer suas considerações:

⁴ Fl. 40

⁵ Fl. 46/47



DATA: 05 / 05 / 2010

AGENERSA Proc. E- 121020.162/2010

Fls. 54 A

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

"(...)

Não merece prosperar o parecer apresentado pela Procuradoria em fl. 37 que menciona:

"Quanto ao argumento de que o AI é nulo por não conter local e hora de sua lavratura, data vênua, tal argumento não procede, uma vez que no AI, de fl. 22, é possível identificar, perfeita e indubitavelmente, que o instrumento foi lavrado na sede da CEG. no dia 20 de agosto de 2010. Às 15 h. na pessoa de Claudine da Costa Carvalho, patrona da concessionária, com inscrição na OAB/RJ sob o n° 118. 471." (GN)

(...) em primeiro lugar, o auto de infração não foi (...) lavrado na sede da CEG, que é a Concessionária autuada e não o órgão autuante, sendo certo que o auto só poderia ser lavrado na sede da AGENERSA.

Por outro lado, o que se argumentou em sede de impugnação foi a ausência de menção ao horário de lavratura do referido auto, e não a ausência de assinatura e indicação de data e horário pelo autuado.

O 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, o local e a hora de sua lavratura, o que não se observa in casu.

Assim, ratifica a Concessionária todos os demais argumentos expostos em sua impugnação, pugnando que seja declarada a nulidade do auto de infração (...) pelas razões já expostas.

É o relatório.


Sérgio Raposo
Conselheiro-Relator.



AGENERSA

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

Processo nº.: E-12/020.162/2010
Autuação: 05/05/2010
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de infração – Penalidade de Multa –
Processo Regulatório E-12/020.104/2009.
Relato: 21 de dezembro de 2010

SEÇÃO DE REGISTRO E ARQUIVAMENTO
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 05/05/2010
Proc. E-12/020.162/2010
Fis: 56

A CIVIL

VOTO

Trata-se de processo regulatório para analisar o descumprimento da Lei Estadual nº. 3.986, pelas concessionárias CEG e CEG RIO, quando da veiculação de anúncios institucionais. O referido processo foi relatado e votado em Sessão Regulatória realizada em 29/04/10, dando origem à deliberação AGENERSA nº. 566/10, publicada no DO em 05/05/10, a qual transcrevo 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, pelo descumprimento da Lei Estadual nº. 3.986/02 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 nº 12007. (...)”

Encontra-se demonstrado no processo o cálculo da multa a ser aplicada, no valor original de R\$ 243.084,98 (duzentos e quarenta e três mil e oitenta e quatro reais e noventa e oito centavos) bem como acostado o auto de infração que tomou o número de 025/10.

A Concessionária, em sua tempestiva impugnação, resumidamente reproduzida a seguir, alega que:

“(...) 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.



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: 05/05/2010

Proc. E-12/020.162/2010

Fls. 56

(...) em outros Contratos de Concessão, que estão sob a fiscalização dessa AGENERSA e da AGETRANSP (...) há expressa previsão contratual, no sentido de que as penalidades serão aplicadas mediante a lavratura do competente auto de infração (...).

Desse modo, (...) não obstante (...) o Decreto n.º 38.618, de 08/12/05, venha a prever a hipótese de lavratura de auto de infração pela Secretaria Executiva, por certo o legislador se referia as outras Concessionárias cujos marcos regulatórios prevêem tal situação, já que, inexistente no Contrato de Concessão desta Concessionária, qualquer norma estabelecendo que a aplicação de penalidades far-se-á por meio da lavratura de 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 025/10, pela absoluta ausência de disposição contratual que o fundamente.

Alega a Concessionária, no mérito, a nulidade do Auto de Infração em virtude da ocorrência de erro material que afeta sua forma, que: (...) *cumprasse* que o auto de infração ora impugnado apresenta erro material insanável, haja vista que o número que lhe foi atribuído, qual seja 025/10, é o mesmo que foi atribuído a outro auto de infração, lavrado na mesma data, mas referente à Concessionária CEG RIO e a outro processo regulatório, o de n.º E-12/020.162/2010.

O vício em questão (...) dificulta a defesa da Concessionária, bem como o conhecimento adequado do ponto a ser impugnado, trazendo verdadeira confusão aos processos regulatórios.

No que tange o descumprimento das formalidades legais, a Concessionária frisa (...) 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.

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, o local e a hora de sua lavratura, o que não se observa in casu.

Portanto, (...) a inexatidão e incoerência das informações e formalidades acima elencadas, ferem a legislação vigente e (...) cerceiam o (...) direito desta Concessionária ao contraditório e à ampla defesa, na forma do artigo 5º, LV da Carta Magna.

Não obstante, (...) apenas para efeito de argumentação, pretender penalizar esta Concessionária, é cediço que na fixação da penalidade deve o órgão julgador conduzir-se pela razoabilidade e proporcionalidade para a fixação da condenação, o



DATA: 05/05/2010

AGENERSA Proc. E-12/020.162/2010

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

Fls. 57

que não ocorreu no que se refere tanto à penalidade aplicada, quanto ao seu quantum.

Ao final da sua impugnação a Concessionária conclui que: "(...) no mérito, que sejam tomadas insubsistentes as alegações descritas no auto de infração, julgando-se nulo o mesmo, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua lavratura, tomando sem efeito a aludida autuação (...) por ser medida de extremo bom senso e justiça."

Solicitada, a Procuradoria da AGENERSA ofereceu parecer, como segue, em parte:

"A Concessionária requer seja declarada a nulidade do auto de infração sustentando que no Contrato de Concessão inexistia previsão para sua lavratura (...). Não procede o argumento da CEG, pois o auto de infração que culminou com a aplicação da pena de multa foi lavrado após minuciosa apuração das razões para as quais este foi aplicado, e sua previsão consta da referida IN, editada pela Agenersa (...).

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 (...).

Em síntese, alega a Concessionária que o auto de infração não preenche os requisitos necessários de validade. Sustenta que sua numeração está eivada de erro material, ou seja, que há dois AI, com o mesmo número (025/2010), o primeiro contra si e o segundo em face da CEG RIO.

Ocorre que o AI 025/2010 refere-se direta e unicamente ao presente processo, de n.º E-12/020.162/2010. Tal fato fica claro por força da certidão lavrada pela SECEX à fl. 32, na qual o Assessor daquele órgão da AGENERSA esclarece que o erro material, na verdade, se deu em outro processo de n.º E-12/020.217/2010, quando foi colocado o mesmo número deste AI, quando deveria ser 026/2010. MAS O ERRO SE DEU NOUTRO PROCESSO, NÃO NESTE. Não há que se falar, portanto, em prejuízo para defesa e conseqüente nulidade, do Instrumento (...)

Quanto ao argumento de que o AI é nulo por não conter local e hora de sua lavratura, data vênua, tal argumento não procede, uma vez que no AI, de fl. 22 é possível identificar, perfeita e indubitavelmente, que o Instrumento foi lavrado na sede da CEG, no dia 20 de agosto de 2010, às 15 horas, na pessoa de Claudine da Costa Carvalho, patrona da Concessionária, com inscrição na OAB/RJ sob o n.º 118.471.

Com base no exposto, observa-se que o auto de infração impugnado atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido e rejeitada a impugnação da CEG pela manutenção da penalidade aplicada com o prosseguimento do processo."



AGENERSA

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

Em suas razões finais a Concessionária teceu considerações sobre detalhes da emissão do auto de infração que em nada adicionaram ao entendimento do processo, ante os esclarecimentos anteriormente oferecidos pela Procuradoria da AGENERSA.

Registro que a defesa da Concessionária ao auto de infração em questão foi meramente formal, tratando de technicalidades e possíveis insubsistências alegadamente presentes no auto de infração nº. 025/10. Mais uma vez contesta a Concessionária o poder da Agência Reguladora de aplicar multas por ocasião de infrações ao Contrato de Concessão. Primeiramente, trata-se de matéria pacificada pelas dezenas de deliberações sobre o assunto, todas reiterando não só o poder da Agência em aplicar penalidades com a consequente emissão de autos de infração mas mesmo sua obrigação em fazê-lo, sob pena de falha grave para com as obrigações assumidas pelo Conselho Diretor perante o Estado.

Quanto aos erros materiais levantados pela Concessionária no auto propriamente dito, acompanho o eloquente arrazoado de nossa Procuradoria, o qual não deixa margem a dúvidas. Se coincidência de numeração de autos existir, certamente ocorreria, se correção não houvesse, no próximo processo, não neste, que é o primeiro da alegada repetição, assim, aqui não vejo qualquer vício. Também não vejo qualquer vício na emissão do auto, já que comprovadamente claro e objetivo e entregue em mãos de representante habilitado da Concessionária, como registrado no processo.

Assim, proponho ao Conselho Diretor aceitar a impugnação prévia da Concessionária ao auto de infração nº. 025/10, por tempestiva, para no mérito negar-lhe provimento, reiterando os termos do mencionado auto de infração.

Assim voto.

Sérgio Raposo
Conselheiro-Relator.



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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº.

DE 21 DE DEZEMBRO DE 2010.

**CONCESSIONÁRIA CEG – 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-12/020.162/2010,
por unanimidade,**


DELIBERA:


**Art. 1º - Aceitar a impugnação prévia da CEG ao Auto de Infração nº. 025/2010, de 20 de
agosto de 2010, por tempestiva, negando-lhe provimento.**

**Art. 2º - Reiterar os termos do Auto de Infração nº. 025/2010 e do Art. 1º da Deliberação
AGENERSA nº. 566 de 29 de abril de 2010.**

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

Rio de Janeiro, 21 de dezembro de 2010.


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro-Presidente


Darcília Aparecida da Silva Leite
Conselheira


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Sérgio B. Raposo
(Conselheiro-Relator)

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

DATA: 05/05/2010

Proc. E- 12/020.162/2010

Fls. 59