



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Processo nº.: E-12/003/439/2013.
Data de autuação: 03/07/2013.
Concessionária: CEG.
Assunto: AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA - E-12/003.262/2013.
Sessão Regulatória: 28/04/2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Impugnação oferecida pela Concessionária CEG ao Auto de Infração n.º 004/2014, que materializou penalidade de multa imposta no processo n.º E-12/003.262/2013, através da Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.665¹, de 25 de junho de 2013.

Inicialmente, a Concessionária CEG sustentou pela tempestividade da peça de impugnação, tendo em vista que o recebimento do Auto de Infração n.º 004/2014 se deu em 06/02/2014 e sua protocolização ocorrera em 12/02/2014.

Ainda em sede de preliminar, alegou ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, *in verbis*:

“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:

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1665 DE 25 DE JUNHO DE 2013.

CONCESSIONÁRIA CEG. OCORRÊNCIA REGISTRADA NA OUVIDORIA DA AGENERSA.

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-12/003.262/2013, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, pelo corte indevido ocorrido na ocorrência 536271, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 17, inciso VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007.

Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE e CAPET, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de advertência, pela geração errada de faturas, em desacordo ao solicitado pela usuária, na ocorrência 536271, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 17, inciso VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007.

Art. 4º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007.

Art. 5º - A presente Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 25 de junho de 2013.

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA - Conselheiro-Presidente-Relator; **LUIGI EDUARDO TROISI** - Conselheiro; **MOACYR ALMEIDA FONSECA** - Conselheiro; **ROOSEVELT BRASIL FONSECA** - Conselheiro; **SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA** - Conselheiro.

f



Serviços Público Estadual
Processo nº E-12003/439/2013
Data 03.10.13 Fls.: 77
Assinatura: Antônio Carlos de Souza

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

'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.

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

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

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

Não obstante a previsão, pelo Decreto n.º 38.618, de 08 de dezembro de 2005, de hipótese de lavratura de auto de infração pela Secretaria Executiva, por certo o legislador se referia a outras Concessionárias cujos marcos regulatórios prevêem tal situação, já que, inexistente no Contrato de Concessão da CEG, qualquer norma estabelecendo que a aplicação de penalidades far-se-á por meio da lavratura do auto de infração.

Pelo exposto, servimo-nos da presente para requerer o acolhimento da presente preliminar, com a declaração da nulidade do auto de infração n.º 123/2013, ante a absoluta ausência de disposição contratual que o fundamente."

No mérito, salientou divergência quanto à data da ocorrência e:

J



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

"Sem prejuízo da matéria esposada anteriormente, cumpre trazer luz à dissidência que gira em torno da data em que efetivamente ocorreu o fato, posto que a definição indevida de tal data há de invalidar o Auto de Infração ao passo que este gera ônus indevido à Concessionária.

É devido esclarecer que as penalidades de multas aplicadas à concessionárias reguladas pela AGENERSA, nos casos de constatação de irregularidade, após julgamento em Sessão Regulatória pelo Conselho Diretor da AGENERSA, são definidos em percentuais. Os percentuais referem-se aos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, conforme o art.14, da Instrução Normativa CODIR 001/2007.

Contudo, apesar de ser considerado o mês da ocorrência do fato, tendo em vista que o faturamento sofre variação mensal, logo não importa para fins de cálculo de multa se o fato ocorreu no início ou ao final do mês, não há definição na citada Instrução Normativa ou qualquer outra linha implícita que permita inferir que a data a ser considerada para fins de cálculo é a data de registro da ocorrência na Ouvidoria da AGENERSA, como ocorreu no presente caso.

Deste modo, insta salientar que em que pese a data de registro da ocorrência 536271 ter tido espaço em 22/02/2013, nas próprias fls. 04 do processo regulatório E-12/003.262/2013, existe a informação de que a reclamação da cliente teve início em dezembro de 2012.

Sendo assim, resta claro que para fins de cálculo da presente multa deve ser considerado o mês de dezembro de 2012, logo, o percentual de multa deve ser calculado sobre o faturamento acumulado da CEG no período de dezembro de 2011 à novembro de 2012.

Portanto, diante do vício existente e aqui apontado, pugna esta Concessionária pelo acolhimento das presentes alegações, para que seja declarada a nulidade do auto de infração n.º 004/2014."

Concluiu 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, esta inicialmente destacou a tempestividade da Impugnação. Na análise de mérito, entendeu pela competência da AGENERSA acerca da penalidade aplicada, bem como ratificando a observância às formalidades legais, aduziu:

"(...)

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 serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições.

Em decorrência desta competência legal, a esta Autarquia compete instaurar Processo Administrativo específico, por intermédio do qual fique definitivamente apurada a configuração da infração, o que se fará através da regular lavratura '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 que se aplica subsidiariamente ao Processo administrativo. Tal comunicação se dá através dos instrumentos: auto de infração e/ou notificação.

Não é tarde lembrar que tanto a notificação quanto o Auto de Infração possuem a mesma natureza jurídica, pois se destinam a apurar a responsabilidade da Concessionária, implicando, por conseguinte, quando da verificação de irregularidade, na aplicabilidade de ato sancionatório.

Por outro lado, é válido registrar a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007 que 'Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pela Agência Reguladora de Energia e saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro - AGENERSA nas ações de fiscalização das obrigações legais e contratuais das Concessionárias CEG e CEG RIO e na aplicação de penalidades àquelas Concessionárias, quando for o caso'.

Contudo, ainda que essa AGENERSA não possuisse o supracitado regulamento de fiscalização e de eventual aplicação de penalidades, 'não é



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

razoável imaginar que, até então, 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, Darcilia Aparecida da Silva Leite, nos autos E-12-020.059/2007.

Nessa linha de raciocínio, salta aos olhos que a determinação de lavratura de Auto de Infração possui a natureza de medida idônea e apta a aplicabilidade de infrações administrativas, devidamente apuradas, razão pela qual carecem de embasamento legal as alegações trazidas pela Concessionária.

Ademais o Decreto nº. 38.618, de 8 de Dezembro de 2005, prevê a hipótese de lavratura de Auto de Infração pela secretaria executiva da Agência reguladora.

Do Mérito

Da divergência quanto à data da ocorrência

Em síntese, alega a Concessionária que o Auto de Infração em tela, não teve corretamente sua data transcrita no AI.

Sobreleva esclarecer, que a data disposta no auto de infração está correta, alinhada com os cálculos da CAPET (Câmara Técnica de política Econômica Tarifária) de fls. 11/12.

Assim, a data considerada para fins de cálculos é a que está registrada no Processo E-12/020.262/13, fls. 04, que é a data da ocorrência da infração. Ocorrência nº. 53 6271.

Conforme está transcrito no art. 14, da IN CODIR 001/2007, os percentuais incidem sobre a as médias dos faturamentos referentes aos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração.

O cálculo do atraso por parte da CAPET, tomou por base os faturamentos mensais da CEG, desde fevereiro de 2012 a janeiro de 2013, com o IGP-M, para referencial da atualização das tarifas.

7



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Portanto, consideramos corretos os cálculos da CAPET e via de consequência o disposto no AI, pois a data nele disposta preenche os requisitos necessários aos cálculos dos valores da penalidade imposta.

Observa-se, portanto, que o Auto de Infração impugnado se coaduna com a finalidade pública de realização do interesse coletivo, elemento primacial de formação do ato administrativo.

A fundamentação e motivação, princípios já consagrados na Doutrina da Motivação dos Atos Administrativos, pelo qual a Administração deve, necessariamente, indicar os fundamentos de fato e de direito ensejadores de suas decisões estão presentes na elaboração do AI.

Quanto a atribuição de efeito suspensivo ao seu recurso - impugnação de fls., entendemos ser desnecessária tal solicitação, haja vista que o artigo 11, da IN CODIR 01 de 04 de Setembro de 2007, publicada no DOERJ de 21/09/20071, já prevê tal hipótese.

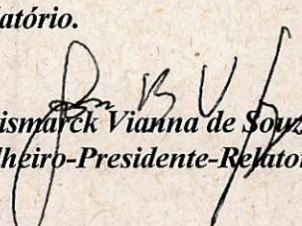
Por fim importante assinalar que o administrativo obedeceu o devido processo legal, conforme se depreende ao compulsá-lo, onde a impugnante exerceu todo o seu direito ao contraditório e ampla defesa, princípios insculpidos na constituição Federal, artigo 5º, incisos LIV e LV.

Conclusão

Com base no exposto, observa-se que o Auto de Infração impugnado atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido, com a rejeição da Preliminar e, consequentemente no Mérito, improvida a Defesa apresentada pela Concessionária CEG.

Através dos ofícios AGENERSA/CODIR/JB n.º 35 e 44/2014, a Concessionária CEG foi intimada a apresentar suas Razões Finais, o que fez repisando os argumentos já aduzidos ao longo do processo e pugnou pela improcedência do Auto de Infração em apreço.

É o relatório.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviços Público Estadual
Processo nº E-12/003/439 - 2013
Data 03/04/13 Fis.: 82
Rubrica: 50201247

Processo nº.: E-12/003/439/2013.
Data de autuação: 03/07/2013.
Concessionária: CEG.
Assunto: AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA - E-12/003.262/2013.
Sessão Regulatória: 28/04/2014.

VOTO

Trata-se de Impugnação oferecida pela Concessionária CEG ao Auto de Infração n.º 004/2014, que materializou penalidade de multa imposta no processo n.º E-12/003.262/2013, através da Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.665¹, de 25 de junho de 2013.

Registro, inicialmente, a tempestividade da presente defesa, tendo em vista sua apresentação em tempo hábil conforme disposição expressa da Instrução Normativa CODIR n.º 001/2007.

Como primeiro argumento, a Concessionária alegou suposta ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão e por isso, no seu entendimento, ensejaria óbice à aplicação da penalidade.

Nesse ponto, entendo que para aplicação de uma penalidade quando da fiscalização contratual basta uma imposição legal, não sendo a ausência de previsão no Instrumento Concessivo causa obstativa para sua realização.

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA/CD Nº. 1665 DE 25 DE JUNHO DE 2013.

CONCESSIONÁRIA CEG. OCORRÊNCIA REGISTRADA NA OUVIDORIA DA AGENERSA. 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-12/003/262/2013, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, pelo corte indevido ocorrido na ocorrência 536271, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 17, inciso VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007.

Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE e CAPET, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de advertência, pela geração errada de faturas, em desacordo ao solicitado pela usuária, na ocorrência 536271, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 17, inciso VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007.

Art. 4º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007.

Art. 5º - A presente Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 25 de junho de 2013.

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA - Conselheiro-Presidente-Relator; **LUIGI EDUARDO TROISI** - Conselheiro; **MOACYR ALMEIDA FONSECA** - Conselheiro; **ROOSEVELT BRASIL FONSECA** - Conselheiro; **SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA** - Conselheiro.



SECRETARIA DE ESTADO DA C
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviços Público Estadual

Processo nº E-12/003439/2013

Data 03/07/13 Fls.: 83

Rubrica: 044.50201242

Nunca é tarde relembrar que o princípio da legalidade subsume a imposição legal frente a atuação administrativa, devendo a Administração Pública somente proceder de acordo com os ditames legais.

Logo, fazendo uma análise entre a legalidade dos atos administrativos e a atuação da AGENERSA, é mister destacar o inciso IV, previsto no artigo 4º, da Lei nº 4.556/05, cujo teor reproduzo:

"Art. 4º - Compete à AGENERSA, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:

IV - fiscalizar, diretamente ou mediante delegação, os aspectos técnico, econômico, contábil e financeiro, sempre nos limites estabelecidos em normas legais, regulamentares ou pactuais, os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, aplicando diretamente as sanções cabíveis;" (Grifei)

Cabe asseverar, necessariamente, que a atribuição para aplicação das sanções impostas é de competência da Secretaria Executiva, consoante previsto no inciso XX, artigo 23, Decreto nº 38.618/2005.

De outro talante, cumpre esclarecer que foi observado o devido processo legal, com seus consectários, quais sejam, o contraditório e ampla defesa, seja no processo originário que gerou a aplicação da penalidade, seja no presente processo, autuado para lavratura do auto de infração.

Sendo assim, em que pese a ausência de previsão no instrumento concessivo no tocante ao auto de infração, a atuação desta Agência Reguladora encontra guarida no princípio da legalidade, sobrepondo qualquer omissão contratual.

Visto o conteúdo preliminar, asseverando mais uma vez a competência desta AGENERSA, passo à análise meritória da presente impugnação.

I - Da Ausência de Divergência quanto à Data da Ocorrência

A impugnação é o instrumento idôneo que possui o escopo de contrapor os requisitos formais do Auto de Infração, ou seja, apontar a existência de vícios inerentes ao revestimento exterior do ato administrativo.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

O argumento que a Concessionária traz não é suficiente para ensejar a nulidade do presente auto, pois, conforme exposto pela Procuradoria desta AGENERSA, a data registrada para fins de apuração de irregularidade é a data do registro da ocorrência na Ouvidoria desta Agência.

Aparentemente, a Concessionária almeja por via transversa a reanálise do processo que culminou com a aplicação da penalidade em apreço, o que, de certo, é vedado em sede de Auto de Infração (Enunciado n.º 2, Instrução Normativa AGENERSA/CD 09/2010).

Destarte, ao Auto de Infração em apreço só resta, por fim, asseverar sua legalidade, com a presença de todos os fundamentos para a respectiva lavratura, totalmente apto a produzir os seus legais efeitos.

II - Da Sugestão ao Conselho Diretor

Pelo exposto, torna-se possível extrair - dos argumentos apresentados - que os mesmos não merecem prosperar, e por isso sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 004/2014, negando-lhe provimento.

É como voto.

José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviços Público Estadual
Processo nº <u>E-12/003/439/2013</u>
Data <u>03/07/13</u> Fls.: <u>85</u>
Protocolo: <u>644-50201247</u>

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2052

DE 28 DE ABRIL DE 2014.

**Concessionária CEG - AUTO DE INFRAÇÃO -
PENALIDADE DE MULTA -E-12/003.262/2013.**

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-12/003/439/2013, por unanimidade,

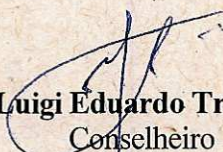
DELIBERA:

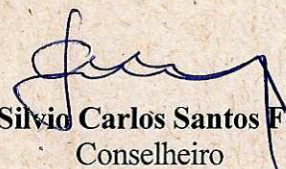
Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração nº 004/2014, negando-lhe provimento.

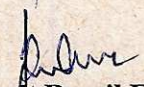
Art. 2º - A presente Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 28 de abril de 2014.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro