



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio De Janeiro

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003.325/2013

Data 20/05/2013 Cla: 102

Rubrica 102. 4414789-9

Processo nº:	E-12/003.325/2013
Autuação:	20/05/2013
Concessionária:	CEG
Assunto:	AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.607/2011
Sessão Regulatória:	30 de Outubro de 2014

RELATÓRIO

Cuida-se de processo instaurado com o assunto "*Auto de Infração. Penalidade de MULTA - PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.607/2011*", em razão do art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 1599/2013¹, tendo por objetivo a execução da penalidade pecuniária imposta no citado dispositivo.

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1599 DE 30 DE ABRIL DE 2013

CONCESSIONÁRIA CEG - Ocorrência na Ouvidoria da AGENERSA. APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. Ocorrência Nº. 526240.

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-12/020.607/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,0041% (quarenta e um décimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na cláusula dez do Contrato de Concessão e art. 17, VI, c/c art. 19, IV, da IN AGENERSA/CD nº. 001/2007, em razão dos fatos apurados na ocorrência nº. 526240.

Art. 2º - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com as Câmaras Técnicas CAENE e CAPET, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de advertência, com base na Cláusula Dez do Contrato de Concessão e no art. 18, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão do não atendimento às indagações feitas pela Ouvidoria desta AGENERSA.

Art. 4º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio De Janeiro

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003.325/2013

Data 10/05/2013 Cls: 103

Rubrica 9104 4414389-9

À fl. 04 consta a cópia da Deliberação supramencionada, publicada no DOERJ em 16/05/2013.

A Deliberação que aplicou a penalidade foi alvo de Recurso e resultou na Deliberação AGENERSA nº 1744/2013, a qual decidiu por conhecer o Recurso interposto pela Concessionária para, no mérito, negar-lhe provimento.

Pela CAPET foi apontado o valor total da multa em R\$ 132.729,64 (cento e trinta e dois mil, setecentos e vinte e nove reais e sessenta e quatro centavos)², levando em consideração, conforme despacho de fl. 14, que a infração ocorreu em 01/11/11.

Em prosseguimento, a SECEX³ encaminhou o processo à Procuradoria da AGENERSA para análise da Minuta de Auto de Infração e, em síntese, parecer quanto à possibilidade de aplicação da penalidade.

À fl. 26 a Procuradoria aconselhou, em suma, o regular prosseguimento do feito, constando, à fl. 28, o Auto de Infração nº 032/2014 lavrado e assinado, bem como entregue ao Autuado (CEG) na data de 07/03/2014.

Em 11/03/2014 a Concessionária protocola IMPUGNAÇÃO (fls. 44 a 47) ao Auto de Infração nº 032/2014 e suscita os seguintes argumentos:

I) Em preliminar, sustenta a tempestividade de sua Impugnação, bem como a ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão.

Art. 5º - Esta Deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de Abril de 2013.

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

² Correspondente à soma de R\$ 121.621,67, referente ao montante nominal da infração, com o valor de R\$ 11.107,97, relativo à atualização monetária.

³ Fl. 25.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-121.003.325/2013

Data 20/05/2013 nº: 104

Rubrica PAB - M. 4414785-9

Afirma que dispõe do prazo de 05 (cinco) dias úteis para o oferecimento de Impugnação e, por ter recebido o Auto de Infração "(...) no dia 07/03/2014 (sexta-feira) (...) " e esgotado seu prazo para o oferecimento da defesa em 14/03/2014, a peça impugnativa é tempestiva.

Aduz, em síntese, que em razão do § 2º, Cláusula Dez, do Contrato de Concessão, "(...) a aplicação de penalidades em face da Concessionária somente é possível por meio de processo administrativo, regularmente instaurado no âmbito dessa Agência Reguladora" e "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."

Sustenta que não obstante a previsão, pelo Decreto 38.618/2005, da lavratura do Auto de Infração pela Secretaria Executiva, o legislador quis referir-se a "(...) outras Concessionárias cujos marcos regulatórios prevêm 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."

Requer a Concessionária, assim, seja acolhida a preliminar e declarada a "(...) nulidade do auto de infração nº. 032/2014, ante a absoluta ausência de disposição contratual que o fundamente."

II) No mérito, a Concessionária argumenta sobre a **divergência quanto à data de ocorrência**.⁴

Nesse sentido, entende importante iluminar dissidência "(...) que giza 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."

⁴ Meu grifo.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003.325/2013

Data 20/05/2013 Cis: 105

Rubrica fls. 4414789-9

Esclarece a CEG que as penalidades de multa aplicadas "(...) às concessionárias reguladas pela AGENERSA (...) são definidas em percentuais (...) que (...) referem-se aos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, conforme art. 14, da Instrução Normativa CODIR 001/2007."

A Concessionária registra, então, que se considera, "(...) tendo em vista que o faturamento sofre variação mensal (...)", o mês da ocorrência do fato, ressaltando que não importa, para fins de cálculo da multa, "(...) se o fato ocorreu no início ou ao final do mês (...)".

Salienta, pois, que "(...) não há na citada Instrução Normativa ou qualquer outro 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", e, assim, sustenta que "(...) em que pese a data do registro da ocorrência 526240 ter tido espaço em 01/11/2011, na própria reclamação do cliente, constante do processo regulatório E-12/020.607/2011, existe a informação de que sua primeira solicitação de gás ocorreu em 10/07/2009, de modo que a infração, se levarmos em consideração prazo para construção de ramal, se consolidou em 10/08/2009."

Entende a CEG que "(...) resta claro que para fins de cálculo da presente multa (...)" deve ser considerado o mês de agosto de 2009 e o percentual de multa calculado sobre o faturamento acumulado da CEG no período de julho/2009 a agosto/2008.

III) Conclusão

Requer a Concessionária seja recebida a "(...) presente Impugnação com efeito **suspensivo** (...)"³, acolhida a matéria elencada preliminarmente para considerar nulo o Auto de Infração, e, no mérito, requer "(...) sejam tornadas insubsistentes as alegações descritas no auto de infração, julgando-se improcedente o mesmo, eis que presente

³ Grifo no original.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio De Janeiro

vício em cálculo de multa que onera indevidamente a Concessionária, tornando sem efeito a aludida autuação, o que confia será deferido, por ser medida de extremo bom senso e justiça."

No Parecer de fls. 50/55 a Procuradoria, em síntese, certifica a tempestividade da Impugnação em face do Auto de Infração e, no que tange à ausência de previsão do AI no Contrato de Concessão, afirma que a AGENERSA possui "(...) 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".⁶

Afirma, em prosseguimento, que "(...) 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" e "tal comunicação se dá através dos instrumentos: auto de infração e/ou notificação."

O jurídico lembra, também, que tanto a notificação quanto o Auto de Infração possuem a mesma natureza jurídica e implicam, quando da verificação da irregularidade, em aplicação de ato sancionatório, registra a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, e destaca trecho do voto da Ilm^a. Conselheira Darcília Leite nos autos do processo E-12/020.059/2007, no sentido de que ainda que a AGENERSA não possuísse tal regulamento de fiscalização e aplicação de penalidades, "(...) não é razoável imaginar que, até então, esta Agência Reguladora não dispusesse de instrumentos para efetivar a aplicação das sanções previstas no Contrato de Concessão (...)".

Conclui a Procuradoria, na linha de raciocínio acima esposada e antes de dispor que o Decreto 38.618 "(...) prevê a hipótese de lavratura de Auto de Infração pela secretaria executiva da Agência Reguladora", que "(...) a determinação de lavratura de

⁶ Grifo como no original.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003-325/2013

Data 30/05/2014 Cls: 107

Rubrica 107. Id 4414789-9

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".

No que tange à **divergência quanto à data da infração**⁷, a Procuradoria entende que "(...) resta claro que a data da infração teve o registro na ouvidoria da AGENERSA - ora impugnada, na data de 01/11/2011, sendo esta (...) a data dos procedimentos da Agência Reguladora para efeitos de cálculos da multa"; aduz que "o cálculo do atraso, portanto, tomou por base os faturamentos mensais da impugnante - CEG, desde novembro de 2010 a outubro de 2011"; sugere que a impugnada sempre calculou as penalidades com base nos registros na Ouvidoria e "(...) a impugnante sempre exerceu seu direito de defesa, a partir desse momento - data do registro da ocorrência na ouvidoria da AGENERSA - impugnada"; registra que a impugnada agiu dentro dos limites da legislação, em respeito ao princípio da motivação, e a impugnante exerceu seu direito ao contraditório e ampla defesa; e conclui que "o Auto de Infração impugnado atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantido, com a rejeição da Preliminar apresentada e, conseqüentemente no Mérito, improvida a Defesa apresentada pela Concessionária CEG, com o adendo de que o efeito suspensivo suscitado pela impugnante já está previsto no art. 11, da IN CODIR 001 de 04/09/2007, publicada no DOERJ de 21/09/2007."

Recebidos os autos neste Gabinete em 03/04/2014, minha assessoria instou a CEG a se manifestar. Por meio da DIJUR - E - 911/2014⁸ a Concessionária reitera que, "em sua petição de impugnação, (...) aponta no mérito a inconsistência dos cálculos realizados pela ilustre Câmara Técnica de Política Econômico - Tarifária (CAPET) da AGENERSA, no que se refere à data da ocorrência da infração, parâmetro este devidamente definido em Instrução Normativa nº. 001/2007, desta AGENERSA"⁹, ou seja, "(...) sustenta que considerar a data de infração como aquela em que a ocorrência foi registrada na Ouvidoria da AGENERSA, apresenta-se como parâmetro de cálculo

⁷ Meu grifo.

⁸ De 13/05/2014.

⁹ Grifos no original.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

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

falho e impreciso, primeiro porque esta última é apenas a data em que a AGENERSA teve ciência do fato e não quando realmente ocorreu a infração - considerada aqui 10/08/2009 (...)"

Acrescentando, ainda na citada correspondência, que "(...) especialmente neste caso, porque a utilização de data mais recente do que a verdadeira gera ônus indevido à Concessionária, tendo em vista que se calcula a penalidade sobre o faturamento bruto da CEG no período de doze meses anteriores a data da infração, e esse índice, via de regra, é sempre crescente (...)", a CEG repisa que aqui deve ser considerada como data da infração 10/08/2009.

Por fim, a Concessionária registra, em suma, ser pertinente oportunizar a "(...) reanálise dos cálculos pela experta CAPET a fim de que sejam revalidados os cálculos que embasaram a lavratura do combatido Auto de Infração (...)", bem assim que a alegação da Procuradoria "(...) no sentido de que as penalidades sempre foram calculadas dessa forma e, por isso assim deveria permanecer, não convalida a frontal violação ao disposto na Instrução Normativa nº. 001/2007, e ao princípio da legalidade, que vem reiteradamente sendo inobservado pela AGENERSA". Requer, pois, "(...) i) seja a matéria devolvida à CAPET para a devida análise das razões de mérito de impugnação da Concessionária; ii) que, após, seja oportunizada à Concessionária novo prazo de 5 (cinco) dias úteis para manifestação."

No despacho de 19/05/2014¹⁰ a CAPET afirma que "(...) para a AGENERSA, a configuração da infração se dá no momento em que o cidadão a aciona via Ouvidoria, caracterizando o efetivo conhecimento" e que "(...) a opção pela data (mês) do registro na Ouvidoria desta Casa reveste-se de cuidado prudencial, pois, tendo ocorrido diversos prováveis fatos geradores da reclamação ao longo de um dado intervalo de tempo, torna-se mais adequado optar pelo efetivo conhecimento do fato final, sem o qual haveria necessidade desta Agência, auditar todos os chamados de 'call center' da

¹⁰ Fls. 68/69.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

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

Serviço Público Estadual
PROCESSO nº E-121.003.325/2013
Data 20/05/2013 fls: 109
Rubrica *fls* 121.4414789-9

Concessionária, para levantar todas as infrações cometidas, mesmo que o cliente não viesse registrar uma ocorrência na AGENERSA."

Entende a Câmara Técnica que, se a Agência agisse tal como acima apontado, "(...) as ocorrências de multa cresceriam de maneira exponencial, e estaríamos agindo sem a objetiva provocação 'externa corporis'", razão pela qual afirma que "(...) considerou que a infração ficou configurada no momento em que foi aberta a ocorrência na Ouvidoria da AGENERSA", e explica que "a data da ocorrência passou a ser o ponto inicial da infração no âmbito da AGENERSA."

A CAPET lembra que a "(...) caracterização da data da ocorrência pode se dar em 02 (dois) momentos principais e distintos: na comunicação do evento, por comunicação de cliente ou da própria delegatária; ou pela ação fiscalizatória do Ente Regulador, com o devido registro do descumprimento observado/constatado", concluindo que "(...) a materialidade do ato supre lacunas de entendimento, mas a repetição do ato, de forma explícita ou implícita, leva, obrigatoriamente, a uma solução de prudência, o que foi o caso do presente feito."

O supracitado despacho é dirigido à Procuradoria da AGENERSA que, à fl. 70, elabora seu parecer nos seguintes termos:

"Em prosseguimento, ressaltando, no esteio do entendimento exarado pela CAPET (...) que pela sistemática do Contrato de Concessão, a base de cálculo para efeitos de aplicação de penalidade pecuniária é clara, não suscitando, pois, dúvidas quanto à sua interpretação. Contudo, isto não impede o exercício da função punitiva da Administração Pública naquelas situações em que pela natureza do fato o mesmo não possa ser imediatamente conhecido, tal como ocorre em diversas ocorrências registradas nesta Autarquia, que correspondem, na maioria das vezes, em variadas situações experimentadas pelos usuários em



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio De Janeiro

Processo nº E-12/003.325 / 2013
Data 20 / 05 / 2013 Ch: 110
Rubrica 119 12444789-9

dissonância clara com o princípio constitucional da prestação do serviço público adequado."

Em razões finais¹¹, a Concessionária afirma que discorda do entendimento da CAPET, alegando que ele "(...) carece do aspecto mais simplório que a Concessionária pugna no ato exarado, sendo este, a sensível análise do caso e da efetiva data em que se configurou a infração"¹²; assevera que compreende a questão da prudência, mas vê "(...) indevida utilização do princípio da discricionariedade por esta Autarquia", aduzindo que esse postulado não cabe no presente caso porque "(...) existe legislação específica que determina expressamente a data a ser utilizada para computo da infração"; alega, ainda, "(...) que não há legislação pertinente ou normativa específica que aponte a utilização da data de registro na ouvidoria como a data a ser utilizada para os cálculos de imputação de penalidade", mas, "ao contrário, em verdade existe regulamentação específica, que trata sobre a metodologia de cálculo da penalidade, consolidada na Instrução Normativa CODIR nº. 001/2007, de 04/09/2007"¹³; expõe que a citada IN prevê que as multas são determinadas em percentuais calculados com base nos últimos 12 (doze) meses "(...) anteriores à prática da infração"¹⁴; sustenta que a CAPET não pode escolher a data da ciência do fato pela AGENERSA, "(...) mas deve utilizar o que já existe em regulamentação desta Autarquia, em observância ao princípio da legalidade e da segurança jurídica"; acrescenta que o Conselho - Diretor, na elaboração do voto, considerou, para fins de dosimetria da penalidade, "(...) a efetiva data da infração e não a data do registro da infração na ouvidoria da AGENERSA"; afirma que "(...) além de observância à legislação deve haver uniformidade nos critérios a serem utilizados por esta AGENERSA, não podendo se utilizar de um termo a quo para penalizar a concessionária e depois de outro termo a quo que julgue mais conveniente quando do cálculo da penalidade"; considera que existe arbitrariedade no entendimento da Procuradoria da AGENERSA, "(...) vez que, o que se busca através do ato pugnado é a aplicação de penalidade com uma base justa, porque a utilização de

¹¹ DIJUR - E - 1056/2014.

¹² Grifo no original.

¹³ Grifos como no original.

¹⁴ Grifos como no original.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

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

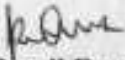
Processo nº E-121.003.325/2013
Data 20/05/2013
Rubrica 111
15844789-9

data mais recente do que a verdadeira gera ônus indevido à Concessionária, tendo em vista que se calcula a penalidade sobre o faturamento bruto da CEG no período de doze meses anteriores a data da infração, e esse índice, via de regra, é sempre crescente"; finaliza argumentando que a data utilizada pela CAPET "(...) viola os termos da Instrução Normativa AGENERSA nº. 01/2007 e, assim, os princípios da segurança jurídica e da legalidade, que devem ser uma garantia ao Administrado"; e requer "(...) seja utilizada a data efetiva da infração, consoante os termos de sua impugnação."

Em 29/08/2014 os autos foram encaminhados, por solicitação, à Procuradoria, para que esta juntasse as cópias de mandado de citação com a Inicial ajuizada pela Concessionária perante o Juízo da 6ª Vara de Fazenda Pública da Capital¹³.

Devolvidos os autos a este Gabinete, o jurídico foi indagado sobre o prosseguimento do feito e possibilidade de julgamento da Impugnação proposta, tendo a Procuradoria atestado, em 09/09/2014, que até esse momento o pedido de Tutela Antecipada não havia sido apreciado, não havendo óbice, pois, à análise da Impugnação. Ressaltou, no entanto, que "(...) eventual deferimento da antecipação de tutela implicará no esteio do princípio da correlação, além de outros efeitos, na suspensão do Auto de Infração impugnado, inviabilizando o julgamento da Impugnação."

É o relatório.


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro - Relator

¹³ Tal demanda foi proposta com a pretensão de anular a Deliberação AGENERSA nº. 1599/2013, afastar a sanção pecuniária imposta à Delegatária ou adequá-la aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e, em todos os casos, cancelar o AI 032/2014, para que a ré adêque o quantum arbitrado à data da infração imputada à CEG, ou seja, julho/2009.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

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

Processo nº:	E-12/003.325/2013
Autuação:	20/05/2013
Concessionária:	CEG
Assunto:	AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.607/2011
Sessão Regulatória:	30 de Outubro de 2014

VOTO

Trata-se de decidir a Impugnação tempestivamente apresentada pela CEG contra o Auto de Infração nº 032/2014, através do qual a AGENERSA realiza a cobrança da multa fixada pelo art. 1º da Deliberação nº. 1599/2013, decisão editada no bojo do processo E-12/020.607/2011.

Em análise ao pedido de nulidade do AI nº. 032/2014 sob o argumento da ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão, entendo por não acatá-lo, porquanto o art. 23, XX, do Decreto Estadual nº 38.618/2005 regulamentou a atribuição da AGENERSA em expedir Auto de Infração para a execução das penalidades impostas por Deliberação. É o que já se decidiu nos autos dos processos E-12/020.083/2011, E-12/020.539/2011 e E-12/020.579/2011, além de restar pacificado em tantos outros feitos que analisaram Impugnações propostas pela Concessionária.

No que tange ao pleito de tornar sem efeito o AI em comento, fundamentado na divergência quanto à data da ocorrência, considero que assiste razão à Delegatária, o que implicará, conforme os termos a seguir expostos, na invalidação do ato impugnado.

Com efeito, no Auto de Infração supramencionado consta valor cujo cálculo baseou-se em data divergente daquela estipulada no voto condutor da Deliberação 1599/2013. Para fins de cômputo da multa aplicada, utilizou-se, no AI nº 032/2014, o dia do registro da ocorrência na Ouvidoria da AGENERSA (01/11/2011), ao passo que



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio De Janeiro

Serviço Público Estadual
Processo nº E-121.003.325/2013
Data 20/05/2013 Cte: 113
Pública fls. 6414389-9

o voto condutor da decisão colegiada, mormente para a dosimetria da sanção, observou a data da efetiva infração, qual seja, 10/08/2009. Melhor explicando, o citado AI considerou praticada a infração em 01/11/2011, e o voto ensejador da Deliberação citada, calcado, à época, na interpretação literal do art. 14 da IN 001/2007¹, considerou praticada a infração em 10/08/2009, data, frise-se, do efetivo ilícito.

Do exposto, entendo por propor a este CODIR o reconhecimento da invalidade do AI nº 032/2014, instrumento que, em contrariedade ao considerado no voto condutor da decisão adotada pelo Conselho, contém erro no que tange ao valor da multa aplicada. Por estabelecer, para fins de cálculo da penalidade pecuniária, data diversa daquela considerada no voto provocador da decisão que aplicou a sanção, o AI está eivado de vício quanto à forma. Nesse caso, ao causar prejuízos – embora de ordem financeira – à Concessionária, impõe-se, como será proposto, o desfazimento do Ato Administrativo viciado e, em consequência, a lavratura de novo Auto de Infração, após escoreito cálculo, que deverá observar, para o cômputo da pena, a data de 10/08/2009, dia em que se considerou praticada a infração. A respeito da forma como requisito do ato administrativo e sua invalidação, trago à evidência as lições de José dos Santos Carvalho Filho²:

"(...) para ser considerada válida, a forma do ato deve compatibilizar-se com o que expressamente dispõe a lei ou ato equivalente com força jurídica. Desse modo, não basta simplesmente a exteriorização da vontade pelo agente administrativo; urge que o faça nos termos em que

¹À época da edição da Deliberação 1599/2013 a IN 001/2007 apenas dispunha, no caput do art. 14, que "Os valores das multas serão determinados mediante aplicação das seguintes percentuais sobre o valor do faturamento da Concessionária, correspondente aos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração (...)". A IN nº. 045/2014, posterior, incluiu o § 3º ao art. 14 da IN nº. 001/2007, dispondo que "Considera-se praticada a infração no dia do efetivo ilícito ou, quando impossível a exata apuração dessa data, o dia em que a AGENERSA obteve ciência da infração".

² CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, 27ª Edição, São Paulo, Editora ATLAS S.A. - 2014, pág. 112.).



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio De Janeiro

Processo nº E-121.003.325/2013
Data 20/05/2013
Rubrica fls. 114
m. 444787-17

a lei a estabeleceu, pena de ficar o ato inquinado de vício de legalidade suficiente para provocar-lhe a invalidação." (MEU GRIFO)

Ressalte-se, porque importante destacar, que o erro em valor constante no Auto de Infração em comento parece indicar que há errônea motivação³, situação que acarreta vício do ato na modalidade de forma. É o que se extrai da doutrina de Marçal Justen Filho⁴ e José dos Santos Carvalho Filho. O primeiro explica que "(...) a motivação é a exposição formal dessa circunstância interna que conduziu à prática do ato. A motivação consiste, portanto, em um requisito quanto à formalização material do ato administrativo.". O segundo autor leciona, *in verbis*:

"(...) quando a motivação do ato for obrigatória, porque assim o impõe a lei, o vício nele existente pode situar-se no elemento forma, desde que haja descompasso entre o que a lei exige e o que consta do ato."⁵

Dito isso, resta claro que divergirei das opiniões exaradas por CAPET e Procuradoria da AGENERSA, as quais, por seus fundamentos, compreenderam por manter a data de registro na Ouvidoria da AGENERSA para fins de cálculo da penalidade de multa.

Isso porque os argumentos apresentados pelos Órgãos consultivos desta Agência Reguladora, inclusive aquele que diz respeito à prudência na escolha da data da reclamação do usuário, não afastam a necessidade de invalidar o impugnado instrumento de cobrança, que estabeleceu, repita-se, data diversa daquela considerada

³ Conforme conceito de CRETELLA JR., exposto na citada obra de José dos Santos Carvalho Filho, a motivação "é a justificativa do pronunciamento tomado".

⁴ FILHO, Marçal Justen, Curso de Direito Administrativo, 9ª edição, Ed. Revista dos Tribunais - 2013, pág. 443.

⁵ Ob. Cit. pág. 118.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio De Janeiro

Processo nº E-12/003.325/2013
Data 20/05/2013 Pág. 115
Rubrica R/97 4444389-1

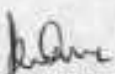
como de infração, porquanto o AI encontra-se viciado e causando prejuízo – ainda que de natureza disponível - à Delegatária. Os mencionados argumentos, ao contrário, apenas devem levar este Conselho - Diretor à reflexão quanto à importância de se incluir no dispositivo que aplicar a sanção, a data da infração, sempre em observância à maior transparência na decisão e à necessidade de otimizar os trabalhos da CAPET.

Do exposto, proponho ao Conselho – Diretor:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG e dar-lhe provimento, para invalidar o Auto de Infração nº. 032/2014, tornando-o sem efeito.

Art. 2º - Determinar à SECEX, em conjunto com as Câmaras Técnicas CAENE e CAPET, a lavratura de Auto de Infração para a aplicação da penalidade de multa inserta no art. 1º da Deliberação AGENERSA nº. 1599, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, considerando-se, para fins de cálculo da penalidade pecuniária, a data de 10/08/2009.

Assim voto.


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro - Relator



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Processo nº E-12/003.325/2013
Data: 20/05/2013
Folha: 116
Assinatura: [assinatura]

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2243 DE 30 DE OUTUBRO DE 2014

**CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO -
PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO
REGULATÓRIO E-12/020.607/2011.**

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório E-12/003.325/2013, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG e dar-lhe provimento, para invalidar o Auto de Infração nº. 032/2014, tornando-o sem efeito.

Art. 2º - Determinar à SECEX, em conjunto com as Câmaras Técnicas CAENE e CAPET, a lavratura de Auto de Infração para a aplicação da penalidade de multa inserta no art. 1º da Deliberação AGENERSA nº. 1599, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, considerando-se, para fins de cálculo da penalidade pecuniária, a data de 10/08/2009.

[Assinaturas manuscritas]

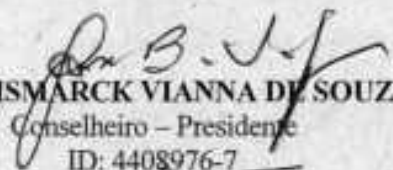


Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

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

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de Outubro de 2014


JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Conselheiro - Presidente

ID: 4408976-7


LUIGI EDUARDO TROISI

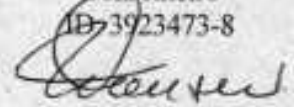
Conselheiro

ID: 4429960-5


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA

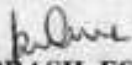
Conselheiro

ID: 3923473-8


MOACYR ALMEIDA FONSECA

Conselheiro

ID: 4356807-6


ROOSEVELT BRASIL FONSECA

Conselheiro - Relator

ID: 4408294-0