



Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003.223/2013
Data 15/03/2013 Fls: 102
Rubrica: [assinatura] ID 44395604

Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca

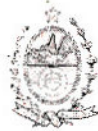
Processo nº:	E-12/003.223/2013
Autuação:	15/03/2013
Concessionária:	CEG
Assunto:	Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E- 12/020.120/2012.
Sessão Regulatória:	27 de Novembro de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de processo instaurado em razão do art. 14 da Deliberação AGENERSA nº 1510/2013¹, tendo por objetivo a execução da penalidade pecuniária imposta no citado dispositivo.

À fl. 04 consta a cópia da Deliberação supramencionada, publicada no DOERJ em 15/03/2013.

¹ AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1510 DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013 CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA DA AGENERSA - COM MAIS DE 30 DIAS APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. 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-12/020.120/2012, por unanimidade, **DELIBERA: (...) Art. 14** - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,0003% (três 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 no art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão dos fatos apurados na ocorrência 527380.Rio de Janeiro, 26 de fevereiro 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.



Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003.223/2013
Data 15/03/2013 fls: 103
Publica: ORB ID44395604

A referida Deliberação foi alvo de Recurso e resultou na Deliberação AGENERSA nº 1754/2013, a qual decidiu por conhecê-lo, posto que tempestivo, e no mérito, negar-lhe provimento.

Pela CAPET, então, foi apontado o valor total da multa em R\$ 9.454,03 (nove mil, quatrocentos e cinquenta e quatro reais e três centavos)², tendo a SECEX³ encaminhado o processo à Procuradoria da AGENERSA para análise da Minuta de Auto de Infração, verificação quanto a conformidade em relação ao disposto nas Deliberações AGENERSA nº 1510/2013 e 1754/2013, bem como verificação quanto a existência de demanda judicial e parecer quanto à possibilidade de aplicação da penalidade.

À fl. 38 a Procuradoria informou que em seu banco de dados não consta demanda judicial para o administrativo e que o AI preenche os requisitos legais.

À fl. 40 consta o Auto de Infração nº 031/2014 lavrado, assinado e entregue ao Autuado (CEG) na data de 10/03/2014.

Em 13/03/2014 a Concessionária protocola IMPUGNAÇÃO (fls. 65 a 68) ao Auto de Infração nº 031/2014 e suscita os seguintes argumentos:

I) Inicialmente, sustenta a tempestividade de sua Impugnação, vez que dispõe do prazo de 05 (cinco) dias úteis para o oferecimento de Impugnação e, por ter recebido o Auto de Infração em 10/03/2014 e esgotado seu prazo para o oferecimento da defesa em 17/03/2014, a peça impugnativa é tempestiva.

II) Em preliminar, argumenta a ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão.

² Correspondente à soma de R\$ 8.749,21 referente ao montante nominal da infração, com o valor de R\$ 704,82, relativo à atualização monetária.

³ Fl. 37.

10



Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003.223/2013
Data 15/03/2013 Fls: 104
Rubrica ORB ID 44395604

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 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."*

Requerendo *"(...) o acolhimento da presente preliminar, com a declaração da nulidade do auto de infração nº 031/2014."*

III) No Mérito, sustenta a divergência quanto à data de ocorrência, argumentando *"que as penalidades de multas aplicadas às concessionárias reguladas pela AGENERSA, nos casos de constatada irregularidade, após julgamento em Sessão Regulatória pelo Conselho Diretor da AGENERSA, são definidas 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 importando 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.

Desse modo, insta salientar que em que pese a data de registro da ocorrência 527380 ter tido espaço em 26/12/2011, nas próprias fls. 27/28 do processo regulatório



Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003.223/2013
Data 15/03/2013 fls: 105
Rubrica: OKB ID 44395604

E-12/020.120/2012, existe a informação de que a reclamação da cliente teve início em outubro de 2011.

Sendo assim, resta claro que para fins de cálculo da presente multa deve ser considerado o mês de outubro de 2011, logo, o percentual de multa deve ser calculado sobre o faturamento acumulado da CEG no período de outubro de 2010 a setembro de 2011."

Em seu pedido, requer "o recebimento da presente Impugnação com efeito suspensivo (...)", o acolhimento da matéria elencada preliminarmente para considerar nulo o Auto de Infração e que "sejam tornadas insubsistentes as alegações descritas no auto de infração, julgando-se improcedente o mesmo, eis que presente vício em cálculo de multa que onera indevidamente a Concessionária."

Em seu Parecer de fls. 70/75, a Procuradoria se manifesta a respeito da Impugnação, certificando sua tempestividade, e, no que tange à alegação de ausência de previsão do AI no Contrato de Concessão, registra que, com fundamento na IN 001/2007 e no Decreto nº 36.618/2005, "(...) 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."

Assim, conclui que "(...) 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."

No Mérito, o douto Parecer afirma que "a data da infração teve o registro na ouvidoria da AGENERSA - ora impugnada, na data de 26/12/2011, nas próprias fls."



Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca

27/28 do processo regulatório E-12/020.120/2012, existe a informação de que a reclamação da cliente teve início em outubro de 2011.

O cálculo do atraso, portanto, tomou por base os faturamentos mensais da impugnante-CEG, desde dezembro de 2010 a novembro de 2011

Na verdade, a data registrada para fins de apuração das irregularidades praticadas é a data acima assinalada - 26/12/2011.

Assim, a impugnada sempre procedeu e assim a impugnante sempre exerceu seu direito de defesa, a partir desse momento - data do registro da ocorrência na ouvidoria da AGENERSA - impugnada.

Deste modo a AGENERSA - impugnada, se comportou, conforme nos mostra as diversas deliberações exaradas ao longo do tempo.

Portanto, agiu a impugnada dentro dos limites da legislação, em respeito ao princípio da motivação."

Em conclusão, a Procuradoria opina pelo improvimento da Impugnação, considerando, ainda, "que o efeito suspensivo suscitado pela Impugnante já está previsto no art. 11, da IN CODIR 001 de 04/09/2007."

Em razões finais⁴, a Concessionária **"aponta no mérito a inconsistência dos cálculos realizados pela ilustre Câmara Técnica de Política Econômica - Tarifária (CAPET) da AGENERSA, no que refere à data da ocorrência da infração, parâmetro este devidamente definido em Instrução Normativa nº. 001/2007, desta AGENERSA."**

Em síntese, "sustenta que considerar a data da infração como aquela em que a ocorrência foi registrada na Ouvidoria da AGENERSA, apresenta-se como parâmetro de cálculo 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 como outubro/2011, data que o cliente não teve seu pleito atendido."

⁴ DIJUR-E-862/2014.



Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca

Órgão Público Estadual
Processo nº E-12/003-223, 2013
Data 15/03/2013 fls. 109
Rubrica CKB ID 44395604

Fundamentando que *"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 de infração, e esse índice, via de regra, é sempre crescente, devendo aqui ser considerada como data da infração outubro/2011"*, pugnando, com fundamento no princípio da legalidade, pela *"reanálise dos cálculos pela experta CAPET a fim de que sejam revalidadas os cálculos que embasaram a lavratura do combatido Auto de Infração, mormente porque, em que pese sua elevada sapiência, a Procuradoria da AGENERSA não detém competência sobre assuntos de matéria eminentemente financeira e contábil."*

Dessa forma, *"ao contrário do que faz querer crer a 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"*, requerendo *"i) que 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."*

Encaminhados os autos à CAPET, em seu despacho de fls. 91/92, sustenta que *"é premissa fundamental que a ocorrência seja aberta na ouvidoria deste Órgão Regulador, para que possamos exercer a tarefas a nosso cargo. Portanto, para a AGENERSA, a configuração da infração se dá no momento em que o cidadão a aciona via Ouvidoria, caracterizando o efetivo conhecimento."*

A CEG alega que a infração se deu em momento anterior ao regime (diferença de 2 meses, no caso em tela), pelo recebimento, da parte do cliente, de informação que o pleito não havia sido atendido.

A opção pela data (mês) do registro na Ouvidoria desta casa reveste-se de cuidado prudencial, pois, tendo ocorrido diversos prováveis fatos geradores de 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 Concessionária, para levantar todas as



infrações cometidas, mesmo que o cliente não viesse registrar uma ocorrência na AGENERSA.

Se agíssemos desta maneira, as ocorrências de multa cresceriam de maneira exponencial, e estaríamos agindo sem a objetiva provocação "extra-corporis".

Em virtude do relatado, é que esta CAPET considerou que a infração ficou configurada no momento em que foi aberta a ocorrência na Ouvidoria desta autarquia. A data da ocorrência passou a ser o ponto inicial da infração no âmbito da AGENERSA.

Lembremos que, em relação à 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.

É certo 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."

Às fls. 93, a Procuradoria ressalta, 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 dissonância clara com o princípio constitucional da prestação do serviço público adequado."

Em razões finais, a Concessionária⁵ discorda do Parecer exarado pela CAPET, "vez 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

⁵ DIJUR-E-1077/2014.



Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
Gabinete do Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca

Processo nº E-12/003.223/2013
Data 15/03/2013 Fls: 109
Rubrica: RB ID 44395604

imputação de penalidade. *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.*

Assim, a CAPET, não pode simplesmente utilizar-se de data mais 'prudente', escolhendo, sem qualquer fundamentação, a data de 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."

Quanto ao Parecer da Procuradoria, sustenta sua irresignação, "vez que, o que se busca através do ato pugnado é a aplicação de penalidade com uma base justa, 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."

É o relatório.


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-12/003.223/2013.
Autuação:	15/03/2013
Concessionária:	CEG
Assunto:	Auto de Infração - Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E-12/020.120/2012.
Sessão Regulatória:	27 de Novembro de 2014.

VOTO

Trata-se de decidir a Impugnação tempestivamente apresentada pela CEG contra o Auto de Infração nº 031/2014, através do qual a AGENERSA realiza a cobrança da multa fixada pelo art. 14 da Deliberação nº. 1510/2013, integrada pela Deliberação nº 1754/2013, originária do processo E-12/020.120/2012.

Em análise aos conhecidos e idênticos argumentos apresentados pela Concessionária nas Impugnações a Autos de Infração lavrados por esta Autarquia, entendo por afastar os fundamentos exibidos neste feito, reportando-me, sem transcrevê-las, às razões de decidir exaustivamente expostas nos autos dos processos E-12/020.083/2011, E-12/020.539/2011 e E-12/020.579/2011, porquanto pertinentes ao presente caso concreto. Isso porque:

1) 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, não cabendo ao intérprete restringir o que a lei não restringiu;

2) É indiscutível a validade do Auto de Infração nº 031/2014, uma vez que, como já mencionado e combatido nos processos supracitados, não se mostra razoável que o inteiro teor da fundamentação fosse transcrito no Auto de Infração, instrumento apenas materializador da penalidade imputada em processo específico. Ademais, as motivações constam nos votos proferidos nos autos do processo E-12/003.644/2013,

[assinatura]



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-12/003.223/2013
Data 15/03/2013 Fls: 111
Rubrica ORB 20.11439 Seru

cujas Deliberações autorizam a lavratura do Auto de Infração aqui impugnado, ressaltando-se que foi oportunizado à Concessionária o amplo direito de defesa.

No que tange ao mérito, a Concessionária sustenta a invalidade do auto de infração, em razão de definição indevida da data da prática da infração, considerando esta como Outubro/2011, contudo, tal argumento não merece prosperar.

Em análise dos fatos apurados na instrução processual, extrai-se que a solicitação de religação de gás pelo Usuário ocorreu no mês de Agosto/2011, porém, como o prazo contratual disposto para tanto é de 24 (vinte e quatro) horas, observa-se que em 26/12/2011 a Concessionária permanecia em mora.

Conforme se depreende do despacho da CAPET¹, foi considerada para o cálculo do atraso a data de 26/12/2011, data em que o Usuário efetuou a reclamação nesta Autarquia, sendo este um critério razoável, e portanto, legítimo, tendo em vista que nesta data a Concessionária ainda estava descumprindo o contrato de concessão, o que demonstra a validade do cálculo da multa, ora impugnado.

A atuação do sancionador está limitada aos princípios constitucionais, mormente no que tange à razoabilidade na dosimetria da pena, que foi observada no presente caso, considerando o prazo de demora para atendimento da solicitação do Usuário.

Tal atuação, no cumprimento do seu dever de punir o infrator contratual, se legitima pela participação da Concessionária em todas as fases do procedimento sancionador.

Contudo, em que pese a observância dos princípios do contraditório e ampla defesa, caracterizando o devido processo legal administrativo, a CEG não rechaçou as informações prestadas pelo Usuário sobre a demora no atendimento, o que garante a

¹ Fls. 24/25.



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

Secretaria Pública Estadual
Processo nº E-12/003-223/2013
Data 15/09/2013
Rubrica [assinatura] 24.44395604

validade do Auto de Infração, não havendo que se falar em oneração indevida da Concessionária.

Tal entendimento é corroborado pela Procuradoria², afirmando 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 dissonância clara com o princípio constitucional da prestação do serviço público adequado."*

Diante do exposto, proponho ao Conselho – Diretor:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG e negar-lhe provimento, mantendo-se íntegro o Auto de Infração nº. 031/2014, para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

Assim voto.

Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro - Relator

² Parecer de fls. 93.



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 E-121003.223/2013
Data 15/03/2013
Rubrica ORB

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2000 DE 27 DE NOVEMBRO DE 2014

**CONCESSIONÁRIA CEG - Auto de Infração -
Penalidade de MULTA - Processo Regulatório E-
12/020.120/2012.**

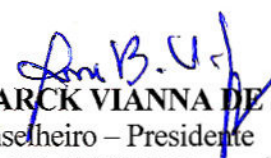
**O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E
SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA**, no uso de
suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório E-
12/003.223/2013, por unanimidade,

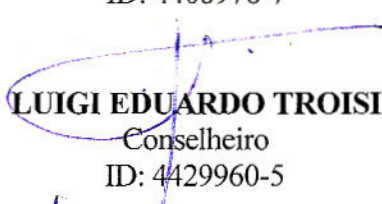
DELIBERA:

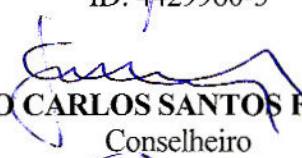
Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG e negar-lhe provimento,
mantendo-se íntegro o Auto de Infração nº. 031/2014, para que surta seus jurídicos e legais efeitos.

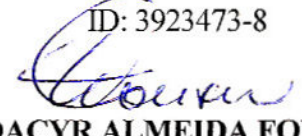
Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

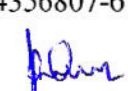
Rio de Janeiro, 27 de Novembro de 2014


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