



Processo nº E-12/020.721/2012
Data de Autuação: 05/12/2012
Concessionária: CEG
Assunto: AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO REGULATÓRIO E-12/020.392/2012.
Sessão Regulatória: 17 de dezembro de 2014

RELATÓRIO

Trata-se de Impugnação oferecida pela Concessionária CEG ao Auto de Infração nº. 050/2014, gerado pela Deliberação AGENERSA 1.332¹ de 31/10/2012, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 1.570² de 30/04/2013, publicadas no Diário Oficial de 05/12/2012 e 16/05/2013.

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1.332

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

ATO DO CONSELHO DIRETOR

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1.332 DE 31 DE OUTUBRO DE 2012

CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA 515199 - DEMORA NA LIGAÇÃO DE GÁS.

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-12/020.392/2012, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,0001 % (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no Art. 17, inciso VI, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007 em razão dos fatos apurados na ocorrência 515.199.

Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

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

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

Art. 5º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2012.

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA Conselheiro - Presidente, DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE Conselheira - Relatora, LUIGI EDUARDO TROISI Conselheiro, MOACYR ALMEIDA FONSECA Conselheiro, ROOSEVELT BRASIL FONSECA Conselheiro.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1.570

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1.570 DE 30 DE ABRIL DE 2013

CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA 515199 - DEMORA NA LIGAÇÃO DE GÁS.

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-12/020.392/2012, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD nº. 1.332, de 28/11/2012 de 31 de outubro de 2012, para no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a Deliberação recorrida.

Art. 2º - A presente Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2013

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

My



Inicialmente, a Concessionária CEG, sustenta a tempestividade de sua impugnação, e em sede de preliminar, alega 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 junho de 1997, estabelece o seguinte em seu parágrafo 2º da 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'.

De 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 Reguladora.

Em via de consequência, a aplicação de penalidade 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 AGETRANS - tais como OPPORTANS e ÁGUAS DE JUTURNAIBA - 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 Concessionária de serviço Público deste Estado.

Não obstante a previsão, pelo Decreto nº 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 Concessionária cujos marcos regulatórios prevêm tal situação, já que, inexistente no Contrato de Concessão da CEG, qualquer norma estabelecendo que a aplicação de penalidade 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 nº 147/2014, ante a absoluta ausência de disposição contratual que o fundamente."

Em seu mérito, alega a Concessionária. Em parte:

"(...)

III - DIVERGÊNCIA QUANTO À DATA DE OCORRÊNCIA

É devido esclarecer 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.

Ademais, inarredável torna-se ressaltar que não se observa uma uniformidade, desta Agência no que tange a data de ocorrência da infração, vez que no presente caso, a AGENERSA se utilizou do dia 27/06/2012, como data da ocorrência para fins de cálculos da multa aplicada, que sequer é a data de registro da ocorrência na Ouvidoria, critério adotado em outras oportunidades. (grifo no original).

(...)

Ressalta-se que no dia 29/05/2012, o cliente solicitou a religação de gás à Companhia, conforme este descreve em sua reclamação junto à ouvidoria desta Agência (fl. 03 do Processo Regulatório E-12/20.392/2012), porém, não houve o cumprimento no prazo previsto no Contrato de Concessão.

Conforme previsto no Contrato de Concessão, Anexo II, 13 - Prazo de Atendimento aos Usuários, A - Serviços Obrigatórios - corte/religação em instalações, a empresa possui 24 horas para efetuar os serviços especificados.

Há de se observar, portanto, segundo as próprias declarações do cliente, posteriormente ratificadas pelo Conselho Diretor da AGENERSA, o erro da Concessionária deu-se na data em que não houve a visita, ou seja, 30/05/2012.

Para tanto, pelos fatos aduzidos, tem-se a conclusão que somente no dia 30/05/2012, incorreram os adverbos que caracterizaram a infração do Contrato de Concessão, devendo a aplicação dos cálculos referente à penalidade imposta terem por base a data em que a cliente mostrou sua insatisfação com o atendimento prestado.

Sendo assim, observa-se que para fins de cálculo da presente multa deve ser considerado o mês de maio de 2012, logo, o percentual de multa deve ser calculado sobre o faturamento acumulado da CEG no período de maio de 2011 a abril de 2012, 12 (doze) meses anteriores a data da infração.

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 nº. 050/2014.

Em seu pedido, de início, prescreve que "(...) confia esta Concessionária no recebimento da presente Impugnação com efeito suspensivo, bem como no recebimento da presente Impugnação com efeito suspensivo, bem como no acolhimento da matéria elencada preliminarmente, considerando-se nulo o auto de infração (...)"



E, finaliza, consignando que: "(...) Na remota hipótese de rejeição da preliminar ora suscitada, no mérito, 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, tornando sem efeito a aludida autuação, o que confia será deferido, por ser medida de extremo bom senso e Justiça."

Às fls. 87/93, a Procuradoria, após fazer um breve relato dos fatos, se manifesta a respeito da Impugnação em análise, momento em que certifica sua tempestividade, e expõe seu parecer, no seguinte sentido:

"I - Das Preliminares.

. Da alegação de nulidade do Auto de Infração. Ausência de previsão no contrato de concessão.

"(...)

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 atribuições³.

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 possuísse o supracitado regulamento de fiscalização e de eventual aplicação de penalidades, "não é razoável imaginar que, até então, esta Agência Reguladora não dispusesse de instrumentos para efetivar a aplicação

³ Artigo 4º, inciso I da Lei estadual nº. 4556, de 06 de junho de 2005. Cria, estrutura, dispõe sobre o funcionamento da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro - AGENERSA, e dá outras providências.

by



das sanções previstas no Contrato de Concessão", conforme entendimento firmado pela Ilma. Conselheira Relatora, Darcília Aparecida da Silva Leite⁴.

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.

. Da alegação de nulidade do Auto de Infração. Descumprimento às formalidades legais.

" Em síntese, alega a Concessionária que o Auto de Infração impugnado é nulo, sob a alegação de inexistir a motivação do ato administrativo. Aduz que no campo 10 não consta de forma pormenorizada a motivação que ensejou a aplicação de penalidade de multa, dificultando assim a ampla defesa.

Como se nota, a defesa trazida pela Concessionária CEG é desprovida de amparo jurídico, pois os documentos mencionados no anexo do Auto de Infração, tais como Relatório/Voto/Deliberação e Memória de Cálculo são considerados pela legislação como parte integrante do ato administrativo, traduzindo, pois, o conceito de motivação na forma do §1º, art. 48 da Lei nº. 5.427/2009.

Dessa forma, observa-se que o Auto de Infração impugnado contempla as exigências formais previamente estabelecidas.

(...)

II - 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 apresentada e, conseqüentemente, improvida a Defesa apresentada pela Concessionária CEG."

Em complementação ao parecer supracitado, a Ilma. Procuradora desta AGENERSA ressalta, especialmente, no que tange ao item "Divergência quanto à data da ocorrência", 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 se 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.

⁴ Conselheira Darcília Leite – Processo nº. E-12/020.059/2007 – Voto – 30/10/2007 – Página 4 de 9.



Ademais disso, sugiro manifestação prévia da CAPET, eis que detém a expertise na matéria em voga.

Por outro lado, cumpre destacar em atenção à decisão judicial proferida no âmbito da Ação Anulatória nº. 0336828-60.2013.8.19.0001 que foi deferida a tutela antecipada "para, em virtude da caução prestada, suspender a exigibilidade do crédito decorrente da multa aplicada.", permanecendo em vigor até o presente momento. Outrossim, revela sublinhar que o Mandado de Citação e Intimação em referência foi recebido por esta Procuradoria em 16/04/2014, posterior, portanto, ao recebimento do Auto de Infração pela delegatária.

Diante do exposto, esta Procuradoria opina pela suspensão, por ora, da exigibilidade do crédito decorrente da multa aplicada, sem prejuízo de apreciação pelo Conselho-Diretor da impugnação ao Auto de Infração nº. 050/2014." (grifos no original)

Enviados os autos à CAPET, esta Câmara, ressalta que "(...) a configuração da infração se dá no momento em que o cidadão ou um terceiro, no caso, a Administração Pública, aciona a Agência, caracterizando o efetivo conhecimento (...)." E relata que: "(...) a caracterização da data da ocorrência pode se dar em 2 (dois) momentos principais e distintos: 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 (...)."

E expõe, ainda, que: "(...) considerou que a infração ficou configurada no momento em que foi dada entrada do Ofício do MP no Protocolo desta autarquia, assim, a data da ocorrência passou a ser o ponto inicial da infração no âmbito desta AGENERSA (...)."

E procede sua manifestação, asseverando que a CEG "(...) alega que a data de infração utilizada por esta CAPET é diferente do efetivo registro. Uma simples verificação das datas leva por terra tal arrazoado, pois utilizamos a data de 26/07/2012, quando deveríamos ter utilizado 14/06/2012 (...)." E esclarece também que: "(...) a Concessionária intenta que seja considerada a data de 30/05/2012 (vide folhas 63) como a de efetiva caracterização do fato gerador da demanda junto à AGENERSA. Por respeito ao contraditório, efetuamos uma simulação de acordo com a data proposta pela CEG e, mais uma vez, constatamos que as alegações de oneração excessiva da delegatária não tem consistência. Como são usados parâmetros aleatórios para o cálculo de multa, tais como faturamento e índices inflacionários oficiais (ou reconhecidos pelo mercado como tais, que é o caso do IGPM, aliás, previsto em Contrato de Concessão), não há, portanto, controle preciso ou permanente pelas partes em relação aos mesmos (...)." E por fim, conclui sua manifestação ressaltando que: "(...) Recalculada a multa, conforme sugestão da CEG, anotamos que o novo valor apurado é maior do que a multa original, cujo montante era de R\$ 3.011,14. Logo, a alegação da delegatária que esta sendo prejudicada, 'ao passo que este gera ônus indevido à Concessionária...', não se sustenta." (grifo no original).

Em nova análise dos autos, o jurídico desta Agência sugere, inicialmente, o julgamento "(...) da Impugnação ao Auto de Infração 050/2014, ressaltando apenas a suspensão, por ora, da exigibilidade do crédito decorrente da multa aplicada (...)". Destacando que "(...) o entendimento exarado pela CAPET é consentâneo com a interpretação adotada pelo Conselho - Diretor da AGENERSA nos processos pelos quais não há como precisar a data efetiva da infração, notadamente,



naqueles em que a natureza do fato dificulta ou até mesmo impede o conhecimento de plano pela Administração Pública, motivando a edição da Instrução Normativa nº. 045/2014⁵. (grifo no original).

E esclarece, ainda, que dentre os aspectos versados no ato administrativo em questão, registra-se a inserção do §3º do artigo 14 da Instrução Normativa AGENERSA/CODIR nº. 001/2017⁶. Entendendo, também, por oportuno, ressaltar que: "(...) a Instrução Normativa é ato administrativo que visa orientar órgãos setoriais e seccionais a fim de facilitar a tramitação de expedientes relacionados com o sistema e que estejam com instrução e resolução sob responsabilidade desse órgão, bem como facilitar a execução de leis, decretos e regulamentos⁷ (...) trata-se de ato administrativo cujo fim é disciplinar no âmbito interno da Administração assuntos que envolvem a rotina administrativa ou matérias preestabelecidas em legislação (...)".

Compreendendo, assim, que: "(...) em que pese a produção de efeitos da Instrução Normativa serem condicionados, por óbvio, à sua publicidade (publicação em Diário Oficial), não se olvida afirmar que o entendimento exarado pela Procuradoria às fls. 92/93, qual seja: '(...) 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', é consentâneo com assim com a supracitada interpretação adotada pelo Conselho-Diretor da AGENERSA nos processos da presente ou semelhante natureza. Soma-se, ainda, o fato de que o conteúdo abordado pela Instrução Normativa não tem o condão de criar, inovar no mundo jurídico, isto porque recebe plena vedação pelo princípio da legalidade, recordando-se aqui que 'toda atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.'⁸ (...)". (grifo no original)

Assevera também que: "(...) a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, é clara ao dispor que são cláusulas essenciais, além de outras, as penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação, conforme se vê da leitura do art. 23, confirmando assim o entendimento supracitado. Sobreleva notar que adoção de entendimento contrário ao aqui esposado esbarraria, ainda, na segurança jurídica. Em outras palavras, adotando determinado comportamento sob o crivo da lei e permanecendo esta lei válida, não é correto que a Administração venha anular os atos praticados sob a alegação de os mesmos foram praticados com base em interpretação equivocada.

E conclui sua promoção evidenciando que: "(...) não vê óbice ao prosseguimento do feito (julgamento da impugnação), ressaltando, outrossim, a suspensão, por ora, da exigibilidade do crédito

⁵ ALTERA O ART. 14 DA INSTRUÇÃO NORMATIVA AGENERSA CODIR Nº. 001 DE 04 DE SETEMBRO DE 2007, ALTERADA PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA AGENERSA CODIR Nº. 035, DE DEZEMBRO DE 2012. Publicada em 19/09/2014.

⁶ Art. 1º - O art. 14 da Instrução Normativa AGENERSA/CODIR nº 001/2007, passa a vigorar com a seguinte redação:

(...)

§ 3º - Considera-se praticada a infração no dia do efetivo ilícito ou, quando impossível a exata apuração dessa data, o dia em que a AGENERSA obtive ciência da infração."

⁷ Registre-se que a presente definição sempre foi sustentada em sede doutrinária. Contudo, o Decreto nº 44.970, de 25 de setembro de 2014, que Aprova o Manual de Redação Oficial do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências, expressamente consignou o conceito de Instrução Normativa, além de dispor de outros atos administrativos.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 2014, p.19.



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: E-12.020.721/2012
Data: 05/12/2012
Folha: 139
Matrícula: 30.44382774

decorrente da multa aplicada, bem como que o entendimento de fls. 104/105, exarado pela CAPET guarda correlação com outros feitos da presente natureza, se coadunando, ainda, com a interpretação mantida no tempo pela AGENERSA, de forma que a Instrução Normativa nº 045/2014 apenas consignou, disciplinando expressamente, a presente interpretação, objetivando assim facilitar o exercício das atribuições regulatórias." (grifo no original).

Através do Ofício AGENERSA/CODIR/SS nº 141/2014, a Concessionária CEG foi intimada a apresentar suas Razões Finais.

É o relatório.


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
CONSELHEIRO - RELATOR



Processo nº. E-12/020.721/2012
Data de Autuação: 05/12/2012
Concessionária: CEG
Assunto: AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE DE MULTA - PROCESSO
REGULATÓRIO E-12/020.392/2012.
Sessão Regulatória: 17 de dezembro de 2014

VOTO

O presente processo tem por objetivo analisar Impugnação oferecida pela Concessionária CEG ao Auto de Infração nº. 050/2014, gerado pela Deliberação AGENERSA 1.332¹ de 31/10/2012, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 1.570² de 30/04/2013, publicadas no Diário Oficial de 05/12/2012 e 16/05/2013.

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1.332

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

ATO DO CONSELHO DIRETOR

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1.332 DE 31 DE OUTUBRO DE 2013

CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA 515199 - DEMORA NA LIGAÇÃO DE GÁS.

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-12/020.392/2012, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,0001 % (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no Art. 17, inciso VI, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007 em razão dos fatos apurados na ocorrência 515.199.

Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

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

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

Art. 5º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2012.

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA Conselheiro - Presidente, DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE Conselheira - Relatora, LUIGI EDUARDO TROISI Conselheiro, MOACYR ALMEIDA FONSECA Conselheiro, ROOSEVELT BRASIL FONSECA Conselheiro.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1.570

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1.570 DE 30 DE ABRIL DE 2013

CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA 515199 - DEMORA NA LIGAÇÃO DE GÁS.

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-12/020.392/2012, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD nº. 1.332, de 28/11/2012 de 31 de outubro de 2012, para no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a Deliberação recorrida.

Art. 2º - A presente Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2013

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



Registro, inicialmente, a tempestividade da presente defesa, tendo em vista sua apresentação em tempo hábil, conforme disposição expressa da Instrução Normativa CODIR nº. 001/2007.

Preliminarmente, a Concessionária alega suposta ausência de previsão do Auto de Infração no Contrato de Concessão e por isso, em seu entendimento, enseja óbice à aplicação da penalidade.

Neste aspecto, entendo que para aplicação de uma penalidade quando da identificação contratual basta uma imposição legal, não sendo a ausência de previsão no instrumento concessivo causa obstativa para a sua realização.

Além do mais, nunca é tarde lembrar que o princípio da legalidade subsume a imposição legal frente a atuação administrativa, devido 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 art. 4º, da Lei n.º 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 técnicos, 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 n.º 38.618/2005.

Ademais, 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.

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 analisar o mérito da presente impugnação.

Em síntese, a Concessionária requer que seja declarada a nulidade do Auto de Infração nº. 050/2014, sustentando a invalidade do auto de infração, em razão de definição indevida da data da prática da infração.



Neste ponto, vale destacar 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, de terceiros ou da própria Delegatária; ou pela ação fiscalizatória do Ente Regulador, com o devido registro do descumprimento observado/constatado.

Fato é que a materialidade do ato supre lacunas de entendimento, mas a repetição da feito, de forma explícita ou implícita, leva obrigatoriamente, a uma solução de prudência, o que aconteceu no presente caso.

Até porque, nos processos pelos quais onde não há como precisar a data efetiva da infração, notadamente naqueles em que a natureza do fato dificulta ou até mesmo impede o conhecimento de plano pela Administração Pública, será considerada a prática da infração no dia do efetivo ilícito ou, quando impossível dessa data, o dia em que a AGENERSA obteve a ciência da infração, nos termos da Instrução Normativa nº. 045/2014³.

Dentre os aspectos versados no ato administrativo em tela, registra-se a inserção do §3º ao art. 14 da Instrução Normativa AGENERSA/CODIR nº 001/2007, que dispõe:

"Art. 1º - O art. 14 da Instrução Normativa AGENERSA/CODIR nº. 001/2007, passa a vigorar com a seguinte redação:

(...)

§3º - Considera-se praticada a infração no dia do efetivo ilícito ou, quando impossível dessa data, o dia em que a AGENERSA obteve ciência da infração."

Por isso, em uma primeira análise, esta Autarquia considerou que a infração ocorreu no momento em que foi dada entrada do Ofício do MP no protocolo desta AGENERSA, dia 26/07/2012, contando, a partir deste dia, o ponto inicial da infração cometida pela Delegatária no âmbito desta Agência.

Ocorre que a Concessionária, em sua impugnação, intenta que seja considerada a data de 30/05/2012, conforme fls. 68, como a de efetiva caracterização do fato gerador da demanda junto à AGENERSA.

Por respeito ao Princípio do Contraditório, a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária desta Autarquia, efetuou nova simulação, de acordo com a data proposta pela CEG, e, uma vez mais, ficou constatado que as alegações de oneração excessiva alegada pela Delegatária não tem consistência.

Isso porque, recalculada a multa, conforme sugestão da própria Concessionária em sua peça de defesa, restou apurado um valor maior do que a multa original, cujo montante o montante era de R\$ 2.859,22 (dois mil oitocentos e cinquenta e nove reais e vinte e dois centavos).

³ INSTRUÇÃO NORMATIVA CODIR Nº. 045 DE 03 DE SETEMBRO DE 2014: ALTERA O ART. 14 DA INSTRUÇÃO NORMATIVA AGENERSA CODIR Nº. 001 DE 04 DE SETEMBRO DE 2007, ALTERADA PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA AGENERSA CODIR Nº. 035, DE DEZEMBRO DE 2012. Publicada em 19/09/2014.



Efetuada nova simulação, utilizando a data que a Concessionária entende ser a devida, a CAPET apurou que o valor atualizado ficou no montante de R\$ 3.011,14 (três mil e onze reais e quatorze centavo), razão pela qual, concordo com a Concessionária e entendo que assiste razão a CEG no que tange ao valor da multa aplicada.

A título de informação, ressalto que, em face da penalidade de multa decorrente da Deliberação 1.332/2012, a Concessionária ingressou com ação declaratória de nulidade de ato administrativo com pedido de antecipação de tutela, que tramita perante a 14ª Vara de Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro sob o nº 03326828-60.2013.8.19.0001, medida esta, que foi deferida pelo i. Magistrado, nos seguintes termos:

"(...) Assim, estando presentes os requisitos legais da prova inequívoca e da verossimilhança das alegações e não havendo perigo da irreversibilidade da medida, deve a mesma ser deferida. Ademais, a natureza da caução prestada pela parte autora pressupõe solvabilidade em caso de necessidade do pagamento do débito. Em face do exposto, DEFIRO A TUTELA ANTECIPADA para, em virtude da caução prestada, suspender a exigibilidade do crédito decorrente da multa aplicada."

Em que pese o deferimento da medida liminar supracitada, entendo que não há óbice para o julgamento da presente impugnação, ressaltando, outrossim, a suspensão, por ora, da exigibilidade do crédito decorrente da multa aplicada, o que se coaduna com a interpretação mantida no tempo pela AGENERSA, de forma que a Instrução Normativa nº 045/2014 apenas consignou, disciplinando expressamente o presente entendimento, objetivando, assim, facilitar o exercício das atribuições regulatórias.

Pelos motivos acima expostos, e atento a todas as informações exaradas e posicionamento de nossos órgãos Técnicos, sugiro ao Conselho-Diretor:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG ao Auto de Infração nº. 050/2014 porque tempestiva, para no mérito, dar-lhe parcial provimento,

Art. 2º - Declarar, por autotutela, a nulidade do Auto de Infração nº. 050/2014.

Art. 3º - Determinar à SECEX a lavratura de novo Auto de Infração, em conjunto com a CAPET, para que seja aplicada a correta memória de cálculo da penalidade de multa em questão.

Art. 4º - Suspender o presente feito para que a Procuradoria da AGENERSA acompanhe o trâmite da ação judicial correspondente aos presentes autos, na forma da fundamentação constante no voto.

É como voto.


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro-Relator
ID: 39234738



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

AO GABINETE DO CONSELHEIRO PRESIDENTE,

De ordem superior, encaminhamos o presente processo para possibilitar o atendimento ao disposto no caput do Art. 73¹ do Regimento Interno desta Autarquia.

Rio de Janeiro, 17 de Dezembro de 2014.

[assinatura]
Luiz Carlos Miranda
Assessoria/CODIR-SS
ID Funcional: 43265200
Luiz Carlos Miranda
Assessor / CODIR-SS
Mat. 940-4 / AGENERSA
ID Funcional 43265200

¹ Art. 73 – É facultado a qualquer Conselheiro, observada a ordem de votação, requerer vista de um processo antes de proferir seu voto, pelo prazo de até 30 (trinta) dias corridos, ficando sobrestado o seu julgamento, na forma do art. 82, deste Regimento Interno.



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

Serviços Público Estadual

Processo nº E-12/020.721/2012

Data 05/12/15 Fls.: 137

Rubrica: [Assinatura]

Assessor Especial
ID nº 4422864

Processo nº.: E-12/020.721/2012.
Data de autuação: 05/12/2012.
Concessionária: CEG.
Assunto: Auto De Infração. Penalidade De Multa - Processo Regulatório E-12/020.392/2012.
Sessão Regulatória: 28/01/2015.

VOTO DE VISTA

Cuida-se de análise da Impugnação ofertada pela Concessionária CEG em face do Auto de infração n.º 50/2014, que materializou penalidade de multa determinada pelo Conselho Diretor desta AGENERSA através da Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.332/2012, integrada pela Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.570/2013.

Após a leitura do voto do Ilmo. Conselheiro Relator, em sessão regulatória de 17/12/2014, utilizando-me da previsão do artigo 73 do Regimento Interno desta Agência, requeri vista dos autos com objetivo de firmar meu entendimento sobre o tema ora discutido.

E nessa toada, retorno o feito a esta sessão regulatória apresentando minhas considerações.

Após a lavratura do Auto de infração n.º 50/2014 (fls. 26), a Concessionária, tempestivamente, apresentou impugnação com os seguintes argumentos: *i*) Ausência de previsão do auto de infração no contrato de concessão e *ii*) Divergência quanto à data da ocorrência.

Na sessão de 17/12/2014, o Ilmo. Conselheiro Relator **Silvio Carlos Santos Ferreira** conheceu a Impugnação, tendo em vista sua tempestividade, e, no mérito, deu-lhe provimento parcial e, por autotutela declarou a nulidade do auto de infração n.º 50/2014, determinando a lavratura de um novo auto de infração que contemple a correta memória de cálculo da penalidade.

Determinou, ainda, após a lavratura do novo auto de infração, a suspensão do feito para que a Procuradoria desta AGENERSA acompanhe a ação anulatória noticiada nos autos, cuja antecipação dos efeitos da tutela para suspender a exigibilidade do crédito foi deferido pelo juízo da 14ª Vara de Fazenda Pública.

Assim, no voto do Ilmo. Conselho Relator existem dois comandos legais. O primeiro se refere a anulação do auto de infração n.º 50/2014 e, conseqüentemente, lavratura de novo auto de



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

Serviços Público Estadual

Processo nº 0-15166-721-10412

Data 28/06/12 Fls.: 133

Rubrica: TS Tiago da Silva Marre
Assessor Especial
ID nº 4422664-0

infração e o segundo determinando o acompanhamento, pela Procuradoria, da ação anulatória notificada no administrativo, suspendendo a tramitação processual após a lavratura do novo auto de infração.

Em análise do processo, verifiquei que na manifestação técnica da CAPET, às fls. 104/105, restou configurado que o valor atribuído ao auto de infração lavrado tomou por base a data do registro da ocorrência, qual seja, 27/06/2012, **desconsiderando, entretanto, a data da solicitação de religação de gás realizada pela usuária. (29/05/2012)**

Ocorre que a data de solicitação do serviço pela usuária foi parâmetro para aplicação de penalidade pela então Conselheira Relatora Darcilia Leite, assistindo razão a Concessionária, senão vejamos:

*"Trata-se de processo regulatório instaurado tendo em vista a reclamação da Sra. Daniella Machado Alves da Silva, realizada nesta Autarquia em 27/06/2012, autuada sob o nº 515.199, e cujo ponto nodal cinge-se à **demora injustificada da CEG para religação de gás em sua residência, solicitada desde 29/05/2012***

*Em sua defesa, **a Concessionária informa, inicialmente, que '(...) o fornecimento de gás foi liberado de acordo com as normas exigidas pelo Regulamento de Instalações Prediais (RIP) no dia 15/06/2012.'***

(...)

*O que se analisa no presente voto, **é o lapso temporal transcorrido entre a solicitação da usuária e o atendimento de seu pedido - 17 (dezessete) dias - , bem como os agendamentos não cumpridos pela empresa...**" (Grifei)*

Logo, o cálculo contemplando os últimos 12 (doze) meses anterior a data da prática da infração deverá levar em consideração a data 29/05/2012 e não a data 27/06/2012, nos termos do artigo 14, §3º, parte inicial, da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007, alterada pela Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 045/2014, **razão pela qual filio-me ao entendimento exarado pelo Conselheiro Relator.**

Diante do exposto, sugiro ao Conselho Diretor alteração de caráter eminentemente técnico no dispositivo do voto do Conselheiro para que conste na Deliberação o seguinte:



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

Serviços Público Estadual

Processo nº 12/000/12.11.2012

Data 25/06/12 Fls.: 139

Assinatura

Assessor Especial
Tiago da Silva Marre
ID nº 4422664-0

- Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 050/2014, porque tempestiva, e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para declarar a nulidade referido auto de infração.
- Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária e Câmara de Energia, a lavratura de novo Auto de Infração que contemple o memorial de cálculo correto, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.
- Suspender a tramitação do presente processo e encaminhá-lo a Procuradoria para acompanhamento, após a lavratura do novo auto de infração, caso não ocorra impugnação ou, em ocorrendo, após a apreciação da mesma, de maneira que não seja descumprido a decisão judicial noticiada nos autos.

É como voto.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator
ID 44089767



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

Serviços Público Estadual

Processo nº E-12/020.721/2012

Data 05/12/15 Fls.: 142

Rubrica: Tiago da Silva Marra
Assessor Especial
ID nº 4422664-0

DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 0384

DE 28 DE JANEIRO DE 2015.

Concessionária CEG - Auto de Infração.

Penalidade de Multa - Processo Regulatório E-
12/020.392/2012.

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, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/020.721/2012, por unanimidade;

DELIBERA:

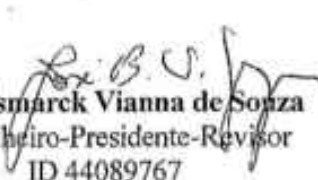
Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º 050/2014, porque tempestiva, e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para declarar a nulidade referido auto de infração.

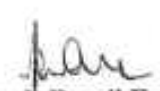
Art. 2º - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária e Câmara de Energia, a lavratura de novo Auto de Infração que contemple o memorial de cálculo correto, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

Art. 3º - Suspender a tramitação do presente processo e encaminhá-lo a Procuradoria para acompanhamento após a lavratura do novo auto de infração, caso não ocorra impugnação ou, em ocorrendo, após a apreciação da mesma, de maneira que não seja descumprido a decisão judicial noticiada nos autos.

Art. 4º - A presente deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

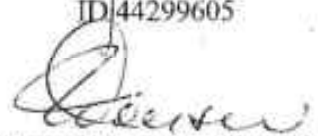
Rio de Janeiro, 28 de janeiro de 2015.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Revisor
ID 44089767


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro
ID 44082940


Sílvia Carlos Santos Ferreira
Conselheiro-Relator
ID 39234738


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro
ID 44299605


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro
ID 43568076