

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 315

DE 25 DE SETEMBRO DE 2008.

CONCESSIONÁRIA CEG. AUTO DE INFRAÇÃO - ART.1º DA DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 119/07.

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-12/020.319/2007, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aceitar a defesa prévia da CEG ao Auto de Infração nº. 07/2008, de 29 de abril de 2008, por tempestiva, negando-lhe provimento.

Art. 2º - Reiterar os termos do Auto de Infração nº. 07/2008 e do Art. 1º da Deliberação AGENERSA nº. 119 de 26 de junho de 2007.

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

Rio de Janeiro, 25 de setembro de 2008.

José Carlos dos Santos Araújo  
Conselheiro-Presidente

Ana Lúcia Sanguedo Boynard Mendonça  
Conselheira

Darcília Aparecida da Silva Leite  
Conselheira

José Cláudio Murat Ibrahim  
Conselheiro

Sérgio Burrowes Raposo  
Conselheiro



AGENERSA

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

**Processo nº.:** E-12/020.319/2007  
**Autuação:** 21/08/2007  
**Concessionária:** CEG  
**Assunto:** Auto de Infração  
**Relato:** 25 de setembro de 2008

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL  
Agência Reguladora de Energia e Saneamento  
Estado do Rio de Janeiro  
AGENERSA  
Data 25, 08, 2007  
Processo E- 12, 020, 319, 2007  
12 Fis.

## RELATÓRIO

Trata-se de processo regulatório iniciado através da REQ SECEX nº. 039/07, datada de 21 de agosto de 2007.

A fl. 03, foi acostada no presente processo a Deliberação AGENERSA nº. 119<sup>1</sup> datada de 25 de junho de 2007, a qual trata das Metas e Melhoria – Redução das Perdas.

Em 22 de agosto de 2008, o presente processo foi enviado a CAPET, para que a mesma providenciasse o cálculo da penalidade imposta pela Deliberação AGENERSA nº. 119/07.

A fl. 06, foi acostada no presente processo a Deliberação AGENERSA nº. 027<sup>2</sup> datada de 25 de maio de 2006, a qual trata das Metas e Melhoria – Redução das Perdas.

<sup>1</sup> DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº.119 26 DE JUNHO DE 2007. CONCESSIONÁRIA CEG. METAS E MELHORIAS. REDUÇÃO DAS PERDAS.

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 tendo em vista o que consta no processo regulatório E-04/079.378/2001, À UNANIMIDADE,  
DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à CEG a penalidade de multa, prevista no item (ii), inciso IV e §1º da Cláusula Décima do Contrato de Concessão, no valor 0,04% (quatro centésimos por cento) do montante do seu faturamento dos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, devido ao descumprimento do prazo estabelecido no art. 3º da Deliberação AGENERSA nº027 de 25.05.2006.

Art. 2º - Determinar à Concessionária o encaminhamento a esta Agência Reguladora, até 30 de abril de 2008, do diagnóstico completo e pormenorizado das perdas, dividido por perdas físicas e não físicas, incluindo o zoneamento completo da área de Concessão em termos de perdas físicas e não físicas, desde a data da assinatura do Contrato de Concessão até a data da publicação da presente decisão no Diário Oficial.

Art. 3º - A presente Deliberação entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de junho de 2007.

<sup>2</sup> DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 027 DE 25 DE MAIO DE 2006.



AGENERSA

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

Às fls. 08/09, a CAPET, através da sua CI. AGENERSA-RJ/CAPET Nº. 58 / 2007, atendendo ao despacho SECEX de 22/08/07, envia cálculos para atendimento a Deliberação 119/07, como segue:



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

SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS CIVIL  
 Agência Reguladora de Energia e Saneamento  
 Banco do Estado do Rio de Janeiro  
 AGENERSA

Data 09/08/2007  
 Processo E-12/020.319/2007  
 09 fls.

CI. AGENERSA-RJ/CAPET Nº 58 / 2007

Rio de Janeiro, 23 de agosto de 2007.

Serviço Público Estadual

De: CAPET  
Para: SECEX

Assunto: Cálculo de Penalidade  
Processo E-12-020.319/2007

E-12/020.319/2007  
22/08/07 Fls.: 08  
Rubrica:

Em atendimento ao despacho SECEX de 22/08/07, enviamos cálculos promovidos por esta CAPET, conforme determina a Deliberação AGENERSA 119/07, com algumas considerações.

**Dos Fatos:**

a) A Deliberação AGENERSA 119/07, de 26/06/2007, em seu Art. 1º, determinou a aplicação de penalidade de 0,04% (quatro centésimos por cento) do montante do faturamento da Concessionária CEG nos últimos 12 meses anteriores à data de ocorrência, conforme disposição contratual;

b) A Deliberação AGENERSA nº 027/06, de 25/05/2006, em seu Art. 3º, estabeleceu um prazo de 60 (sessenta) dias para que a Concessionária apresentasse "... diagnóstico completo e pormenorizado das perdas... desde a data da assinatura do Contrato de Concessão até a data da publicação da presente decisão no Diário Oficial.";

b-1) A publicação se deu em 05/06/2006;

b-2) Esta CAPET anexou ao presente processo cópia da Deliberação.

**CONCESSIONÁRIA CEG - METAS E MELHORIAS - REDUÇÃO DAS PERDAS.**

**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-04/079.378/2001, por unanimidade, DELIBERA:**

Art. 1º - Considerar cumprido o disposto no art. 2º da Deliberação AGETRANSP nº 025, de 30/08/2005.

Art. 2º - Considerar que o documento intitulado "Verificação e Certificação do Processo de Avaliação de Perdas nos Sistemas de Distribuição de Gás nas Companhias CEG e CEG RIO", elaborado pelo Centro Tecnológico da Universidade Federal Fluminense e encaminhado a esta Agência Reguladora por parte da CEG, não corresponde ao exigido no subitem 3.1 do Anexo II do Contrato de Concessão.

Art. 3º - Estabelecer prazo de 60 (sessenta) dias para que a CEG apresente o diagnóstico completo e pormenorizado das perdas, dividido por perdas físicas e não físicas, incluindo o zoneamento completo da área de Concessão em termos de perdas físicas e não físicas, desde a data da assinatura do Contrato de Concessão até a data da publicação da presente decisão no Diário Oficial.

Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.



AGENERSA

Data 23 de 10/2007

Processo E- 12.020.319/2007  
84 Fls.

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

**Das análises:**

1) O cálculo do atraso tomou por base os faturamentos mensais da CEG desde agosto de 2005 a julho de 2006, sendo que a atualização do montante foi feita até maio de 2007, mês anterior ao da data de publicação da Deliberação AGENERSA 119/07. O indicador utilizado é o IGP-M, o mesmo referencial para a atualização das tarifas anuais da Concessionária. O resultado está apresentado no quadro abaixo:

<sup>1</sup> CLAUSULA DEZ - PENALIDADES

A CONCESSIONÁRIA estará sujeita às penalidades de: (...) (ii) multa (...) sempre que:

(...) IV. descumprir norma legal ou regulamentar, determinação da ASEP -RJ ou qualquer disposição ou cláusula deste Contrato.

§1º. A penalidade de multa será aplicada pela ASEP-RJ, não podendo exceder a 0,1% (um décimo por cento) do montante do faturamento da CONCESSIONÁRIA nos últimos 12 (doze) meses anteriores à ocorrência da infração.



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

Deliberação AGENERSA 119/2007		
CONCESSIONÁRIA CEG		
FATURAMENTO MENSAL - ago/2005 a jul/2006		
Mês/ R\$	Valor Histórico	Multa 0,04%
ago/05	96.420.458,87	38.568,18
set/05	94.562.060,35	37.824,82
out/05	99.122.977,76	39.649,19
nov/05	96.324.589,94	38.529,84
dez/05	106.310.882,01	42.524,35
jan/06	118.163.120,93	47.265,25
fev/06	99.986.055,25	39.994,42
mar/06	110.081.254,92	44.032,50
abr/06	111.127.417,57	44.450,97
mai/06	115.159.465,11	46.063,79
jun/06	113.187.809,73	45.275,12
jul/06	119.151.467,33	47.660,59
<b>Total</b>	<b>1.279.597.559,77</b>	<b>511.839,02</b>
<b>Atualização</b>	<b>1.323.620.480,59</b>	<b>529.448,19</b>

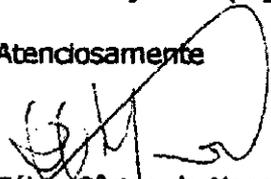


AGENERSA  
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO  
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2) O valor total apurado por esta CAPET é de R\$ 529.448,19 (quinhentos e vinte e nove mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e dezenove centavos).

3) Destacamos, por oportuno, a diferença entre atualização monetária, multa por atraso no pagamento e juros de mora. A atualização monetária se dá quando a multa deliberada dista em certo intervalo de tempo da data de efetiva aplicação. Nesse caso, a CAPET promove a atualização até a referida data. No caso de multa pelo atraso no pagamento e juros de mora, compete ao órgão arrecadador desta Agência promover tais cálculos, pois esta Câmara não dispõe da informação da data da cobrança e do pagamento da mesma.

Atenciosamente

  
Fábio Côrtes do Nascimento  
Analista de Regulação Administrador  
Matr. 0154-5

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.319/2007

Data 22/08/07 Fols.: 09

Rubrica 

  
Alexandre Marcelo Guêdes Pereira  
Gerente CAPET - Economista  
Matr. 147-9

2

Às fls. 10 deste processo foi acostada a <sup>3</sup>DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 153, de 17 de dezembro de 2007.

Às fls. 14 deste processo foram acostadas a <sup>4</sup>DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 228, de 25 de março de 2008..

<sup>3</sup> DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº.153 28 DE AGOSTO DE 2007. CONCESSIONÁRIA CEG. METAS E MELHORIAS – REDUÇÃO DAS PERDAS – EMBARGOS À DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº119, DE 26/06/2007.

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 tendo em vista o que consta no processo regulatório nº. E-04/079.378/2001, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os Embargos interpostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 119, de 26/06/2007, negando-lhes provimento.

Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.  
Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2007.

<sup>4</sup> DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 228 DE 25 DE MARÇO DE 2008. CONCESSIONÁRIA CEG. METAS E MELHORIAS – REDUÇÃO DAS PERDAS.



AGENERSA Data 21/08/2007

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

Processo E- 121020.319/2007  
66 Fls.

Às fls. 16 deste processo foi acostada Minuta de Auto de Infração, no valor a ser cobrado da Concessionária de R\$ 529.448,19.

Em 09 de abril de 2008, a SECEX encaminha a presente Minuta de Auto de Infração à Procuradoria desta Agência para ser analisada.

As fls. 18, a Procuradoria desta Agência se manifesta através do Sr. Marcus Simonini Ferreira, Analista de Regulação, e com a anuência do Procurador Geral, Sr. Luis Marcelo M. Nascimento, como segue: (i) *Verificando os requisitos de validade constatei que a minuta em voga está de acordo com os dispositivos dos artigos 8º, 9º e 10º, I a VII da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, de 04 de setembro de 2007 e (ii) Verifico ainda que os requisitos de validade do ato administrativo (competência, finalidade, forma, motivo e objeto).*

Em 28 de abril de 2008, o presente processo foi enviado a SECEX para prosseguimento.

Às folhas 20 deste processo consta o Auto de Infração nº 07/2008, devidamente preenchido e assinado pelas partes envolvidas, ou seja, AGENERSA e a Concessionária CEG.

Como já é de costume a Concessionária CEG em 14 de maio de 2008, protocolizou nesta Agência sua defesa prévia, a qual descrevo resumidamente a seguir:

Alega a Concessionária, preliminarmente, nulidade do Auto de Infração nº. 07/2008. Cita o parágrafo 2º da Cláusula Décima do Contrato de Concessão<sup>5</sup>, e infere que "(...) a aplicação de penalidades em face da Concessionária somente é possível, por meio de processo administrativo, regularmente instaurado no âmbito dessa Agência Reguladora", que "(...) se a intenção do Poder Concedente fosse a de que, as penalidades aplicadas em face desta Concessionária, seriam mediante a lavratura de auto de Infração, haveria expressa disposição no Contrato de Concessão, como ocorre com <sup>6</sup>outras Concessionárias de Serviço Público deste Estado."

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-04/079.378/2001, por unanimidade,

**DELIBERA:**

Art. 1º - Deferir o pleito formulado pela CEG, por meio da Correspondência DJRI-E-125/08, de 05/03/2008, no sentido de estender para o dia 30/07/2008 o prazo concedido para o encaminhamento a esta Agência Reguladora do diagnóstico completo e pormenorizado das perdas, dividido por perdas físicas e não físicas, incluindo o zoneamento completo da área de Concessão em termos de perdas físicas e não físicas, desde a data da assinatura do Contrato de Concessão até a data da publicação da presente decisão no Diário Oficial.

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

<sup>5</sup> § 2º - As penalidades, que guardarão proporção com gravidade da infração, serão aplicadas mediante procedimento administrativo em que se assegure à Concessionária amplo direito de defesa.

<sup>6</sup> OPPORTANS e ÁGUAS DE JUTURNAIBA



Assinala que o prolapado Auto de Infração descumpriu as formalidades legais e que “Na remota hipótese de não acolhimento da preliminar acima suscitada, tem-se que deverá ser considerado **nulo** o presente auto de infração, na medida em que, os ilustres Gerentes da Câmara de Energia e Secretária Executiva dessa AGENERSA, não cumpriram as formalidades legais exigidas para a lavratura do auto de infração (...).”

Menciona a Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, em obediência ao disposto no inciso V do artigo 10º, cita que “Da análise desses elementos constitutivos, constata-se cabalmente que os autos de infração nº 07/2008, não preenchem os requisitos necessários a fim de configurar a sua validade”.

Aponta que “no campo 10 do auto de infração ora impugnado, não consta o artigo da Deliberação que aplicou a penalidade de multa pecuniária a esta Concessionária”, (...) no campo 10.3 do auto de infração, não foi apontada a tipificação da penalidade aplicada, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, em obediência ao disposto no inciso V do artigo 10º da mencionada norma (...) como também (...) no campo 10.3.1 do auto de infração, o valor fixado a título de multa pecuniária, não teve os seus valores discriminados em principal e atualização monetária”.

Assevera que “(...) a falta de informações e formalidades acima elencadas, fere a legislação vigente e, via de conseqüência, cerceia o inalienável direito desta Concessionária ao contraditório e à ampla defesa (...)”, e, por fim, requer “(...) a declaração de nulidade” dos autos de infração nº 07/2008.

Ao se tratar da Violação ao Princípio da Economia Processual a Concessionária alega que:

“Toda a matéria constante do presente auto de infração, integrante do processo E-12/020.319/2007, foi exaustivamente discutida nos autos do processo regulatório nº. E-04/079.378/2001”.

“Nos autos do processo regulatório nº. E-04/079.378/2001, foram aplicadas duas penalidades de multa pecuniária, sendo uma delas objeto do presente auto de infração”.

“Se a matéria objeto do presente auto de infração foi discutida em outro processo regulatório, tendo inclusive ensejado a aplicação de penalidade em face desta Concessionária, não há que se falar na abertura de outro processo regulatório, mormente na lavratura de um auto de infração”.



AGENERSA

Data 12/08/2007  
Processo E-12/020.319/2007  
68 Fis.

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

"Dessa forma, entende esta Concessionária que (...) a instauração do processo regulatório E-12/020.319/2007 e (...) do auto de infração nº. 007/2008, violam o princípio da Economia Processual (...) já que existe processo administrativo instaurado para apurar o mérito versado nos presentes autos, e que inclusive, já ensejou a aplicação de penalidades de multa pecuniária em face desta empresa".

"Vale frisar, que a aplicação de nova penalidade em face desta Concessionária, constituiria manifesto bis in idem das penalidades de multa pecuniária aplicadas nos autos do processo E-04/079.378/2001".

"É vedado à Administração Pública instaurar novo processo administrativo, acerca de fato que já é objeto de um processo administrativo anteriormente instaurado".

"A questão se agrava mais ainda, quando se verifica que o processo administrativo E-12/020.319/2007 é posterior ao processo E-04/079.378/2001".

"Além da nítida constatação quanto à violação do princípio da Economia Processual, observa-se também a ocorrência de litispendência entre os processos regulatórios já mencionados".

"Em vista do exposto (...) requer o acolhimento da presente preliminar (...) de nulidade do processo regulatório E-12/020.319/2007 e (...) a declaração de nulidade do auto de infração nº. 007/2008, na forma da fundamentação acima".

Pretende a nulidade dos citados autos de infração sob o argumento de "(...) falta de critério para fixação de penalidades", iluminando que "Passados dez anos desde o início da Concessão, constata-se que esta Agência Reguladora, somente com a edição da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, em 21/09/2007, estabeleceu os critérios para aplicação de penalidades<sup>7</sup>

Persegue a nulidade dos propalados autos de infração alegando "(...) descumprimento às formalidades legais", e que "(...) na forma da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/07, a condição sine qua non para a lavratura do auto de infração, é a determinação de sua lavratura, por ato do Conselho Diretor dessa AGENERSA", que (s.m.j) "(...) não há, nem na Deliberação AGENERSA nº 119/07, que aplicou a penalidade de multa pecuniária em face desta Concessionária, e tampouco nos autos do processo E-04/079.378/2001, qualquer determinação desse respeitável Conselho Diretor para a lavratura do presente auto de infração", que "O disposto no artigo 8º da instrução normativa AGENERSA/CD nº. 001/07 é claro ao estabelecer que a Secretaria Executiva e uma das Câmaras Técnicas, não podem de ofício, proceder à lavratura de um ato de infração. A lavratura do auto de infração precede de determinação do Conselho Diretor".

Insistindo na nulidade da Deliberação AGENERSA Nº. 119/07 e do Auto de Infração nº. 007/2008, alega que "(...) esse respeitável Conselho Diretor deixou de

<sup>7</sup> Aduz que " A edição da referida Instrução Normativa, mais do que nunca, confirma à época da aplicação da penalidade imputada(...) pelo artigo 1º da Deliberação AGENERSA nº. 119/07.



analisar, nos autos do processo E-04/079.378/2001, novas informações trazidas pela mesma aos autos do referido processo e (...) em que pese a grande relevância dessas informações (...) nem a Deliberação AGENERSA nº. 119/07, nem os votos proferidos, se manifestaram ou proferiram entendimento sobre os termos dos novos fatos trazidos por esta Concessionária aos autos do processo”.

“Na medida em que o Conselheiro que pediu vista do processo, solicitou a essa Concessionária à remessa de documentos, houve a reabertura da fase instrutória do processo regulatório E-04/079.378/2001”.

“Diante da reabertura da fase de instrução, certamente deveria o voto de vista, fazer menção ao teor da correspondência remetida por esta Concessionária, considerando tratar-se de um documento novo, que contém informações de suma relevância para o desdobramento do processo E-04/079.378/2001”.

“Tais informações jamais poderiam deixar de ser expostas no voto de vista proferido, (...) por certo, prejudicou a formação do convencimento dos demais Conselheiros (...) por ocasião da análise do feito”.

“Com decorrência lógica dos princípios do contraditório e da ampla defesa, entende esta Concessionária que toda a matéria alegada em sede de defesa deve ser analisada (...) a quem compete o julgamento”.

“Sendo assim (...) cabe o acolhimento da presente preliminar, com a declaração de nulidade da Deliberação AGENERSA nº. 119/07 (...) do auto de infração nº. 007/2008, reincluindo-se o feito na pauta da Sessão Regulatória, para que sejam analisados os novos fatos (...) do processo E-04/079.378/2001.

Assinala que “Na improvável hipótese de serem ultrapassadas todas as preliminares suscitadas por esta Concessionária, entende a mesma que a lavratura do presente auto de infração, lhe devolve a oportunidade para que venha a exercer seus direitos ao contraditório e à ampla defesa”, passando a relatar questões de mérito presentes no Processo Regulatório nº. E-12/020.378/2001.

“Por meio da Deliberação AGENERSA nº. 119/07, (...) o Conselho Diretor analisou o cumprimento (...) das determinações impostas pela Deliberação AGENERSA nº. 027/06”.

“Em decorrência (...) foi aplicada nova penalidade de multa pecuniária à Concessionária (...) por essa Agência Reguladora (artigo 1º. Da Deliberação AGENERSA nº. 119/07) e, além disso, foram conferidos novos prazos para apresentação da documentação (...) solicitada pela Deliberação AGENERSA nº. 027/06 (artigo 2º. da Deliberação AGENERSA nº. 119/07)”.



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

Ao discorrer sobre a conclusão do processo E-04/079.378/2001 e o cumprimento da meta contratual o Conselho Diretor, por meio do artigo 2º. Da Deliberação AGENERSA nº. 119/07, pede que a Concessionária apresente um diagnóstico completo e pormenorizado de perdas, dividido em perdas físicas e não físicas, em atendimento ao disposto no item 3.1 do Anexo II do Contrato de Concessão”.

“Em diversas oportunidades, esta Concessionária já havia proferido seu entendimento, no sentido de que a meta contratual já havia sido atendida quando da apresentação do estudo realizado pelo Centro Técnico da Universidade Federal Fluminense em 22 de setembro de 2000, denominado “Consultoria Técnico-Científica – Verificação e Certificação do Processo de Avaliação de Perdas nos Sistemas de Distribuição de Gás nas companhias CEG e CEG RIO. Assim, a meta contratual a que trata o item 3.1 do Anexo II do Contrato de Concessão, já havia sido cumprida pela CEG há quase sete anos”.

“Em atendimento aos questionamentos acima descritos, o Centro Tecnológico da Universidade Federal Fluminense apresentou os seguintes esclarecimentos:

- 1) “Diante da falta de uma definição técnica precisa do que se entende por perda não física e considerando-se que o termo ‘zoneamento completo da área de concessão’ significa ‘a área geográfica total definida no Contrato de Concessão’, cumpre-nos informar que o trabalho de consultoria técnico-científica contratado pela CEG e CEG-RIO junto a UFF sobre a verificação e a certificação do processo de avaliação de perdas nos sistemas de distribuição de gás nas companhias CEG e CEG-RIO, concluído em 22 de



AGENERSA Data 21, 08, 2007  
Processo E- 12, 020, 319, 2007 71 Fls.

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

JUSTIÇA: A.

setembro 2000, atende plenamente a meta estabelecida no item supracitado. Fundamentamos nossa afirmação levando-se em consideração que as perdas certificadas no âmbito daquele trabalho englobam todo e qualquer tipo de perda. Além disso, as perdas foram contabilizadas de forma global para todos o sistema de distribuição incluído na área geográfica de concessão." (sic) (grifo nosso)

2) "Como é do conhecimento de V.Sras., o trabalho contratado naquela época teve como objetivo avaliar e certificar as perdas nos sistemas de distribuição no período compreendido entre julho de 1997 a dezembro de 1999. O atual parecer, o qual emprega a mesma metodologia utilizada na elaboração do trabalho anterior, tem por finalidade cobrir o período compreendido entre janeiro de 2002 a dezembro de 2006. Considerando-se que os dados disponibilizados pelas companhias para a realização desse trabalho devem ser mais precisos, em decorrência de ações modernizadoras específicas implementadas ao longo dos últimos anos, é de se esperar que as incertezas envolvidas no processo de contabilização das perdas sejam menores." (sic)

"Sendo assim (...) o parecer acima transcrito traz aos autos informações relevantes (...) para ensejar o arquivamento do processo E-04/079.378/2001, considerando (...) que a meta constante do item 3.1 do Anexo II do Contrato de Concessão foi considerada cumprida por uma renomada instituição acadêmica".

"Uma vez que esta Concessionária demonstrou ter atingido a meta contratual prevista no item 3.1 do Contrato de Concessão em setembro de 2000 (...) as penalidades aplicadas à CEG (...) perdem o seu objeto".

"Assim (...) a penalidade constante do artigo 1º. Da Deliberação AGENERSA nº. 119/07, como também o artigo 2º da Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 229/02, com redação dada pela Deliberação AGETRANSP nº. 025/05 perdem (...) seu objeto".

"Portanto, uma vez que foram trazidos novos fatos aos autos do processo regulatório E-00/079.378/2001, (...) requer esta Concessionária (...) a revogação da penalidade que lhe foi aplicada, (...) julgando-se improcedente o auto de infração nº. 007/2008".



AGENERSA

Data

21/08/2007

Processo E-

12/020/319/2007

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

42 Fls.

Alega a Concessionária que, "(...) para que possa a Agência Reguladora penalizar, deve antes regular (...)".

"A título de exemplificação, a Comissão de Serviços Públicos de Energia (...) no Estado de São Paulo, por meio da Portaria CSPE nº. 24, de 29/12/99 (...) estabeleceu critérios (...) para fixação e aplicação das penalidades por infração ao Contrato de Concessão (...) o que possibilita o exercício adequado dos direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa".

"Na hipótese de não acolhimento das alegações acima (...) é entendimento desta Concessionária que a penalidade que lhe foi aplicada pela Deliberação AGENERSA nº. 119/07, deve ser revista (...), pois dessa forma, constata-se que foram aplicadas a esta Concessionária duas penalidades em razão do mesmo fato".

A Concessionária para melhor explicar os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, cita obra sobre Direito Administrativo da renomada Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citando Augusti A. Gordilho, a qual traz a tona verdadeira lição sobre o tema:

"Segundo Gordillo (1977:183-184) 'a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é irrazoável, o que pode ocorrer, principalmente quando:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou
- c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que empresa e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se



*trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar.”<sup>2</sup>*

E continua, com a percuciência que lhe é peculiar:

*“O princípio da razoabilidade, sob a feição de proporcionalidade entre meios e fins, está contido implicitamente no artigo 2º, parágrafo único, da Lei n.º 9.784/99, que impõe à Administração Pública: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI); observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inciso VIII); adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (inciso IX); e também está previsto no artigo 29, § 2º, segundo o qual ‘os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes’.”*

*“Não há como se manter a aplicação de duas penalidades, quando não existe norma contratual que autorize sua aplicação (...) como o descumprimento do texto expresso do Contrato de Concessão, o que, (...) não é o objetivo dessa Agência, já que se configura a ocorrência de verdadeiro bis in idem”.*

*“Também na hipótese de ser mantida a penalidade de multa pecuniária aplicada pelo auto de infração (...) cumpre esclarecer que (...) o instituto do devido processo legal (...) o da razoabilidade e da proporcionalidade dos atos do Poder Público, foram alçados em princípios de organização política e em direitos constitucionais dos administrados oponíveis ao Estado e seus agentes”.*

*“(...) o ato administrativo destituído de razoabilidade dissocia-se da finalidade que a própria lei lhe confere, tomando-se, (...) ilegítimo. (...) nesse aspecto é ilustrativa a observação de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELO, in verbis:*

*“É óbvio que uma providência administrativa dezarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme a finalidade da lei. Donde, se padece deste defeito, será, necessariamente violadora do princípio da finalidade. Isto equivalerá dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a*



AGENERSA Data 21/08/2007

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

Processo E-12/020.319/2007  
74 Fis.

*finalidade íntegra a própria lei. Em consequência será anulável pelo Poder Judiciário a instâncias do interessado.<sup>3</sup>*

No mesmo sentido é pertinente à matéria ora discutida os comentários aduzidos por CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, *in verbis*:

*"(...) a cláusula do devido processo legal erige-se em escudo contra as normas jurídicas e as decisões administrativas irrazoáveis ou irracionais. Afasta-se, assim, o totalitarismo na tomada de decisões capazes de interferir com a esfera de liberdade ou com bens individuais dotados de utilidade social. Por exigência insuprimível de limitação de mérito ou de conteúdo nas decisões de caráter normativo, a nenhuma autoridade constituída, nem mesmo ao legislador legitimamente investido da representação política, é dado deliberar de forma arbitrária e incondicionada.<sup>4</sup>"*

Relativamente ao princípio da proporcionalidade, vale colher, por oportuno, o magistério da Professora SUZANA DE TOLEDO BARROS, *in verbis*:

*"O princípio da proporcionalidade strictu sensu, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exaltada".*

*"(...) A proporcionalidade em sentido estrito, como visto é um princípio que pauta a atividade do legislador segundo a existência de uma equânime distribuição de ônus"<sup>5</sup>.*

Nos ensina, dando continuidade a linha de pensamento, o doutrinador CARLOS ARI SUNDFELD, que:

*"Os princípios da racionalidade e da razoabilidade são os mecanismos adequados à identificação concreta das situações em que o legislador ultrapassa o campo de apreciação que lhe é conferido, descambando para o arbítrio puro."<sup>6</sup> (GRIFOS NOSSOS)*



AGENERSA Data 21/08/2007

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO  
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
Processo E-12/020.319/2007  
45 Fís.

*"... realmente, na perquirição da razoabilidade, não se trata de compatibilizar causas e efeitos, estabelecendo uma relação racional, mas de compatibilizar interesses e razões, o que vem a ser o estabelecimento de uma relação razoável. Se, por um lado, causas e efeitos são dados racionalmente referenciáveis um ao outro, comportando o emprego exclusivo da lógica do racional, por outro lado, interesses e razões são dados apenas experimentalmente referenciáveis, o que significa estarem sujeitos a valorações subjetivas, o que demanda um outro tipo de lógica: a lógica do razoável. Não mais uma lógica do conhecer, mas uma lógica para decidir<sup>7</sup>".*

*Sob o aspecto da conveniência, deve o julgador, (...) quando da escolha da sanção administrativa (...) que a sua escolha ou opção é a mais eficiente, uma vez que, a escolha inconveniente (...) da discricionariedade caracterizando-se em ilegalidade".*

Quando o assunto refere-se ao Valor da Multa Constante do Auto de Infração, a Concessionária, fazendo menção ao conhecimento e percuciência do Gerente da CAPET, afirma que: "(...) Na hipótese de manutenção do auto de infração lavrado, (...) os cálculos realizados pelo mesmo, estão em desacordo com os procedimentos definidos pelo Contrato de Concessão".

*"(...) impugna esta Concessionária os cálculos realizados pela CAPET, no que concerne à atualização monetária (...) ao faturamento dos 12 (doze) últimos meses anteriores a ocorrência da infração, até a data em que foi proferida a Deliberação".*

*"Vale dizer também que o procedimento adotado pela CAPET, não guarda qualquer aparo ao disposto no Contrato de Concessão.*

*Dispõe o parágrafo 1º da Cláusula Décima do Contrato de Concessão:*

*"A penalidade de multa será aplicada pela ASEP-RJ, não podendo exceder a 0,1% (um décimo por cento) do montante do faturamento da CONCESSIONÁRIA nos últimos 12 (doze) meses anteriores à ocorrência da infração." (Grifo nosso)*

*"Da leitura da norma acima (...) não há qualquer determinação para que o montante do faturamento (...) seja atualizado monetariamente, quando do cálculo da multa".*

*"Na verdade, (...) deve ser utilizado como parâmetro para cálculo da multa (...) os últimos doze meses anteriores à ocorrência da infração (...)"*



AGENERSA Data 21, 08, 2007

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO  
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
Processo E-12/020.319/2007  
76 Fls.

*"Desta forma, impugna esta Concessionária o valor de multa encontrado pela CAPET, entendendo que o valor devido a título de multa é o montante referente aos valores históricos calculados, no valor de R\$ 511.839,02".*

Após sua longa defesa a Concessionária conclui que: *"Face ao exposto (...) confia esta Concessionária no acolhimento das matérias elencadas, (...) anulando-se o auto de infração" e "(...) que sejam tomadas insubsistentes as alegações descritas no auto de infração, julgando-se improcedentes os mesmos (...) tornando sem efeito a aludida autuação (...) por ser medida de extremo bom senso e Justiça".*

Em 15 de maio de 2008, o presente processo foi enviado ao meu gabinete para minha relatoria.

Em 19 de maio de 2008, o presente processo, de ordem superior, foi enviado a Procuradoria desta Agência para que a mesma discorra seu parecer conclusivo.

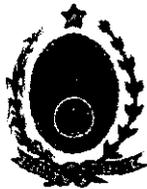
Às folhas 47, a assistente Sr<sup>a</sup>. Flavine da Procuradoria encaminha o presente processo para a CAPET e solicita parecer sobre os documentos acostados neste processo às fls. 42/44.

Às fls. 48 a CAPET responde a consulta feita pela Procuradoria, como segue:

(...) é necessário esclarecer que os cálculos referentes à penalidade de multa foram realizados tomados por base o faturamento mensal da CEG do período compreendido entre os meses de agosto de 2005 a julho de 2006 (...) art. 1º. Da Deliberação AGENERSA nº. 119/2007 (...) devemos esclarecer que a atualização monetária adotada nos casos de aplicação de penalidade de multa é procedimento rotineiro desta Agência. (...) Sendo assim, esta Câmara procedeu aos cálculos da penalidade de multa aplicada pelo art. 1º da Deliberação AGENERSA Nº. 119 de 26/06/2007, atualizando-o monetariamente (...)

A atualização monetária utilizada como cálculo teve como índice o IGP-M, por ser este o índice utilizado para atualização monetária da tarifa limite de distribuição de gás canalizado no Estado do Rio de Janeiro, conforme o disposto no § da Cláusula Sétima do contrato de concessão (...).

Ademais, não merece ser acolhida a alegação de que não há previsão contratual de atualização monetária (...) em caso de aplicação de penalidade de multa (...). O que há sim é a proibição de que o montante exceda a 0,1% (um décimo por cento) o faturamento da Concessionária nos últimos 12 (doze) meses anteriores à infração. Sendo assim a CAPET ratifica os cálculos feitos através da/ CI AGENERSA-RJ/CAPET Nº. 58/2007 (...).



VAV A LEMBRAR  
A LPR M M.

AGENERSA

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

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL  
Agência Reguladora de Energia e Saneamento  
Banco do Estado do Rio de Janeiro  
AGENERSA  
Data 21/06/08  
Processo E-12/020.319/2007  
77 Fls.

Em 06/06/2008, o feito é encaminhado à Procuradoria da AGENERSA para análise e pronunciamento quanto aos documentos acostados às fls. 21/45, dos autos que oferece o parecer da Dr<sup>a</sup>. Flavine Meghe Metne, com o "de acordo" aposto pelo Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

*"Perquirindo a fase processual que se encontra o feito, verifica-se que a Concessionária CEG ofereceu, tempestivamente, <sup>8</sup>Defesa Prévia em face do <sup>9</sup>Auto de Infração lavrado em função de decisão proferida pelo Conselho Diretor, consolidada na Deliberação AGENERSA nº.119, de 26 de junho de 2007.(grifos no original).*

Em relação à alegação de nulidade dos Autos de Infração quanto à Ausência de previsão no contrato de concessão, a Procuradoria assinala que: **"Primacialmente (...) esta AGENERSA (...) possui, dentre outras, a competência expressa de zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos".(grifos no original)**

*"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,(...) esta AGENERSA compete notificar a Concessionária da penalidade aplicada pelo Conselho Diretor (...). Tal comunicação se dá através dos instrumentos: auto de infração e/ou notificação".*

*"Por outro lado (...) a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007 (...) "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 da Concessionária CEG e CEG RIO e na aplicação de penalidades àquelas Concessionárias, quando for o caso".*

*"Contudo (...) "não é razoável imaginar que, (...) esta Agência Reguladora não dispusesse de instrumentos para efetivar a aplicação das sanções previstas no Contrato de Concessão, conforme entendimento firmado pela Ilma. Conselheira Relatora, Darcília Aparecida da Silva Leite, nos autos E-12/020.059/2007".*

*"Nessa linha de raciocínio, (...) a determinação de lavratura de Auto de Infração possui a natureza de medida idônea e apta à aplicabilidade de infrações*

<sup>8</sup> Fls. 21/45

<sup>9</sup> Fls. 20



administrativas, (...) razão pela qual carecem de embasamento legal as alegações trazidas pela Concessionária”.

Quanto à pretensão da Concessionária de nulidade dos autos sob a alegação de descumprimento às formalidades legais, a Procuradoria assinala que: “Em síntese (...) o Auto de Infração (...) não preenche os requisitos necessários de validade (...) e aponta nos campos 10,010.3 e 10.3.1 do citado instrumento não constam: o artigo da deliberação que aplicou a penalidade de multa, tipificação da penalidade aplicada e os valores discriminados em principal e atualização monetária”.

“Por outro lado (...) “os atos processuais solenes são considerados válidos ainda que praticados por forma diversa da prescrita em lei, desde que alcancem sua finalidade essencial”. Logo, (...) não merecem prosperar as alegações trazidas pela Concessionária CEG, pois (...) o citado instrumento cumpriu a finalidade essencial (...) a de notificar a Concessionária quanto à aplicabilidade quando da prestação do serviço público inadequado”.

“Dessa forma, os supostos vícios suscitados pela Concessionária quando comparados com a finalidade essencial do auto de Infração, não tem o condão de ensejar a declaração de nulidade do citado instrumento, sob pena de clara ofensa ao princípio da proporcionalidade”.

Em relação à alegação de nulidade dos Autos de Infração quanto à violação ao princípio da economia processual, a Procuradoria assinala que “Em que pese à defesa trazida pela CEG, salta aos olhos que os dois processos apontados não se confundem, uma vez que, enquanto o Processo Regulatório nº. E-04/079.378/2001, trata do cumprimento da meta (...) do item 30. do Anexo II do Contrato de Concessão, o presente processo objetiva (...) a aplicação de penalidade, não violando, pois, o princípio da economia processual”.

Quanto à pretensão da Concessionária de nulidade do auto de Infração sob a alegação de falta de critérios para fixação da penalidade, a Procuradoria assinala que: “Em prosseguimento, através do §2º da aludida Cláusula depreende-se que a aplicação das penalidades disciplinadas fica condicionada à observância do princípio da proporcionalidade. Desse modo, serão aplicadas de acordo com a gravidade da <sup>10</sup>infração”.

Quanto à pretensão da Concessionária de nulidade dos autos sob a alegação de descumprimento às formalidades legais, a Procuradoria assinala que “(...) não há nos autos do presente processo qualquer determinação para lavratura do Auto de Infração

<sup>10</sup> §2º. 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”.



em espeque, o que não se coaduna com o inteiro teor do artigo 8º<sup>11</sup> da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, razão pela qual entende ser nulo o citado instrumento”.

Ao que se refere à Nulidade da Deliberação AGENERSA nº. 119/2007 e do Auto de Infração nº. 007/2008, “A luz do Código de Processo Civil Brasileiro (art. 458), são requisitos essenciais da sentença:

- I - O relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
- II - Os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III - O dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem;

“Da leitura (...) extrai-se que o juiz não é obrigado a se pronunciar sobre todas as ocorrências havidas no regular andamento do processo, bastando apenas breve registro das principais ocorrências. (...) o juiz não é obrigado a se pronunciar sobre todo conteúdo dos autos, pois a sentença (...) contém um silogismo através do qual permite a solução final dada à controvérsia discutida nos autos. Por isso (...) a necessidade dela resumir todo o processo”.

“Quanto às alegações de mérito trazidas pela Concessionária em ambas as peças de defesa, cabe destacar que a Defesa Prévia na se revela sucedâneo recursal, razão pela qual não devem ser acolhidas”.

“(...) não é a defesa prévia em face de Auto de Infração um sucedâneo recursal, ou um segundo recurso objetivando a reforma de decisão final do órgão julgador, que já apreciou recurso administrativo previamente tempestivamente interposto pela Concessionária nos autos do Processo Regulatório E-04/079.378/2001 que determinou a aplicabilidade de multa, em perfeito cumprimento (...) regimental”.

Do valor da multa constante do Auto de Infração Impugnado: “A (...) CEG alega (...) que os cálculos realizados pela CAPET, (...) até a data em que foi proferida a Deliberação, estão em desacordo com os procedimentos definidos pelo Contrato de Concessão”.

<sup>11</sup> Art.8. Se, da apreciação do mérito, o Conselho Diretor da AGENERSA decidir, nos autos do processo regulatório instaurado na forma do art. 7º, que a Concessionária efetivamente incorreu em infração, nos termos da lei e/ou dos Contratos de Concessão, determinará à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica, a aplicação da pena cominada, por meio de lavratura de “Auto de Infração”, como base no modelo incluído no anexo III.

**Parágrafo único.** Para cada infração cometida, será lavrado um “Auto de Infração (AI), em duas vias.



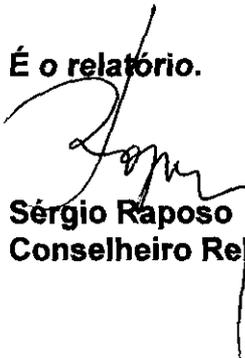
AGENERSA Data 21/08/2007

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO  
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
Processo E- 121020.319/2007  
80 Fís.

Em que pesem as alegações da Concessionária, é oportuno iluminar a existência do Parecer nº. 01/2004 – ASEP-RJ/ASJUR da lavra do Dr. Davi Marques da Silva, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, que aborda, dentre outros assuntos, o critério temporal de imposição de atualização monetária. Em sua manifestação, conclui pautado na cautelosa fundamentação (...): inexistindo critério legal ou contratual expresso, deve-se computar a título de faturamento somente os valores históricos, incidindo correção monetária sobre os montantes apurados a partir do fechamento do período do doze meses (base de cálculo) corrigindo-se mensalmente a partir daquela data e não impor-se uma atualização do faturamento prévio, sob pena de desequilíbrio da relação contratual. Logo, "(...) a CAPET (fls. 48/49 afirmou que a atualização monetária utilizada ao caso em tela "teve como índice o IGPM-m por ser este o índice utilizado para atualização monetária da tarifa limite de distribuição de gás canalizado no Estado do Rio de Janeiro, conforme o disposto NP §17 da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão".

Conclui que : "Com base no exposto, observa-se que o Auto de Infração nº. 007/2008, impugnado atende aos requisitos legais, razão pela qual devem ser mantidos e, conseqüentemente improvida a Defesa Prévia apresentada pela Concessionária CEG".

É o relatório.

  
Sérgio Raposo  
Conselheiro Relator.



AGENERSA

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

**Processo nº.:** E-12/020.319/2007  
**Autuação:** 21/08/2007  
**Concessionária:** CEG  
**Assunto:** Auto de Infração  
**Relato:** 25 de setembro de 2008

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL	
Agência Reguladora de Energia e Saneamento	
Banco do Estado do Rio de Janeiro	
AGENERSA	
Data	21/08/2007
Processo E-	121020.319/2007
	81 Fls.

**voto**

Trata-se de processo regulatório iniciado através da REQ SECEX nº. 039/07, datada de 21 de agosto de 2007, referindo-se à obrigação da Concessionária CEG de apresentar à AGENERSA diagnóstico de perdas físicas e não-físicas, desde a data da assinatura do contrato de Concessão, o que não ocorreu até hoje.

Preliminarmente, cumpre ressaltar que a concessionária vem descumprindo essa obrigação e instruções posteriores de suas agências reguladoras desde 2005, como consta do relatório deste processo. As deliberações AGETRANSP de 30.08.05, AGENERSA nº. 027 de 25.05.06 e AGENERSA nº. 119 de 26.06.07, entre outras, foram cumpridas apenas em parte ou não foram cumpridas. Sendo que a última, teve o seguinte teor:

**Art. 1º** - Aplicar à CEG a penalidade de multa, prevista no item (ii), inciso IV e §1º da Cláusula Décima do Contrato de Concessão, no valor 0,04% (quatro centésimos por cento) do montante do seu faturamento dos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, devido ao descumprimento do prazo estabelecido no art. 3º da Deliberação AGENERSA nº027 de 25.05.2006.

**Art. 2º** - Determinar à Concessionária o encaminhamento a esta Agência Reguladora, até 30 de abril de 2008, do diagnóstico completo e pormenorizado das perdas, dividido por perdas físicas e não físicas, incluindo o zoneamento completo da área de Concessão em termos de perdas físicas e não físicas, desde a data da assinatura do Contrato de Concessão até a data da publicação da presente decisão no Diário Oficial.

A pedido da concessionária, houve, no passado, flexibilizações de prazo para que esta pudesse melhor se adequar à obrigação contratual, porém, até agora sem sucesso.



AGENERSA Data 29/08/2007  
Processo E- 12.020.319/2007  
82 Fts.

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

Assim, esta Agência não viu alternativa à imposição de mais um auto de infração à CEG, número 07/2008, por descumprimento de obrigação contratual e inobservância de prazo, no valor de R\$ 529.448,19 em 29.04.08.

Como consta do relatório, a concessionária mais uma vez protocolizou, em 14.05.08, tempestivamente, sua defesa prévia, alegando, entre outros argumentos, a nulidade do auto de infração em virtude de que a aplicação de penalidades em face da concessionária somente seria possível por meio de processo administrativo regularmente instalado... como se esse não houvesse sido o caso.

Para melhor explicitar o entendimento que proponho seja acolhido por esse egrégio Conselho, reproduzo partes do parecer de nossa Procuradoria sobre a defesa prévia da CEG, a seguir:

*"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,(...) esta AGENERSA compete notificar a Concessionária da penalidade aplicada pelo Conselho Diretor (...). Tal comunicação se dá através dos instrumentos: auto de infração e/ou notificação".*

*"Por outro lado (...) a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007 (...) "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 da Concessionária CEG e CEG RIO e na aplicação de penalidades àquelas Concessionárias, quando for o caso".*

*"Contudo (...) "não é razoável imaginar que, (...) esta Agência Reguladora não dispusesse de instrumentos para efetivar a aplicação das sanções previstas no Contrato de Concessão, conforme entendimento firmado pela Ilma. Conselheira Relatora, Darcília Aparecida da Silva Leite, nos autos E-12/020.059/2007".*

*"Nessa linha de raciocínio, (...) a determinação de lavratura de Auto de Infração possui a natureza de medida idônea e apta à aplicabilidade de infrações administrativas, (...) razão pela qual carecem de embasamento legal as alegações trazidas pela Concessionária".*

Quanto à pretensão da Concessionária de nulidade dos autos sob a alegação de descumprimento às formalidades legais, a Procuradoria assinala que: *"Em síntese (...) o Auto de Infração (...) não preenche os requisitos necessários de*



AGENERSA Data 24/08/2007  
Processo E- 12/020.319/2007 83 Fls.

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

validade (...) e aponta nos campos 10,010.3 e 10.3.1 do citado instrumento não constam: o artigo da deliberação que aplicou a penalidade de multa, tipificação da penalidade aplicada e os valores discriminados em principal e atualização monetária”.

“Por outro lado (...) “os atos processuais solenes são considerados válidos ainda que praticados por forma diversa da prescrita em lei, desde que alcancem sua finalidade essencial”. Logo, (...) não merecem prosperar as alegações trazidas pela Concessionária CEG, pois (...) o citado instrumento cumpriu a finalidade essencial (...) a de notificar a Concessionária quanto à aplicabilidade quando da prestação do serviço público inadequado”.

“Dessa forma, os supostos vícios suscitados pela Concessionária quando comparados com a finalidade essencial do auto de Infração, não tem o condão de ensejar a declaração de nulidade do citado instrumento, sob pena de clara ofensa ao princípio da proporcionalidade”.

Em relação à alegação de nulidade dos Autos de Infração quanto à violação ao princípio da economia processual, a Procuradoria assinala que “Em que pese à defesa trazida pela CEG, salta aos olhos que os dois processos apontados não se confundem, uma vez que, enquanto o Processo Regulatório nº. E-04/079.378/2001, trata do cumprimento da meta (...) do item 30. do Anexo II do Contrato de Concessão, o presente processo objetiva (...) a aplicação de penalidade, não violando, pois, o princípio da economia processual”.

Quanto à pretensão da Concessionária de nulidade do auto de Infração sob a alegação de falta de critérios para fixação da penalidade, a Procuradoria assinala que: “Em prosseguimento, através do §2º da aludida Cláusula depreende-se que a aplicação das penalidades disciplinadas fica condicionada à observância do princípio da proporcionalidade. Desse modo, serão aplicadas de acordo com a gravidade da infração”.

Quanto à pretensão da Concessionária de nulidade dos autos sob a alegação de descumprimento às formalidades legais, a Procuradoria assinala que “(...) não há nos autos do presente processo qualquer determinação para lavratura do Auto de Infração em espeque, o que não se coaduna com o inteiro teor do artigo 8º da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, razão pela qual entende ser nulo o citado instrumento”.

Ao que se refere à Nulidade da Deliberação AGENERSA nº. 119/2007 e do Auto de Infração nº. 007/2008, “A luz do Código de Processo Civil Brasileiro (art. 458), são requisitos essenciais da sentença:

- I - O relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;



AGENERSA Data 21/08/2007

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

Processo E-12.1020.319/2007  
84 Fls.

- II - Os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III - O dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem;

*"Da leitura (...) extrai-se que o juiz não é obrigado a se pronunciar sobre todas as ocorrências havidas no regular andamento do processo, bastando apenas breve registro das principais ocorrências. (...) o juiz não é obrigado a se pronunciar sobre todo conteúdo dos autos, pois a sentença (...) contém um silogismo através do qual permite a solução final dada à controvérsia discutida nos autos. Por isso (...) a necessidade dela resumir todo o processo".*

*"Quanto às alegações de mérito trazidas pela Concessionária em ambas as peças de defesa, cabe destacar que a Defesa Prévia na se revela sucedâneo recursal, razão pela qual não devem ser acolhidas".*

*"(...) não é a defesa prévia em face de Auto de Infração um sucedâneo recursal, ou um segundo recurso objetivando a reforma de decisão final do órgão julgador, que já apreciou recurso administrativo previamente tempestivamente interposto pela Concessionária nos autos do Processo Regulatório E-04/079.378/2001 que determinou a aplicabilidade de multa, em perfeito cumprimento (...) regimental".*

*Do valor da multa constante do Auto de Infração Impugnado: "A (...) CEG alega (...) que os cálculos realizados pela CAPET, (...) até a data em que foi proferida a Deliberação, estão em desacordo com os procedimentos definidos pelo Contrato de Concessão".*

*Em que pesem as alegações da Concessionária, é oportuno iluminar a existência do Parecer nº. 01/2004 – ASEP-RJ/ASJUR da lavra do Dr. Davi Marques da Silva, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, que aborda, dentre outros assuntos, o critério temporal de imposição de atualização monetária. Em sua manifestação, conclui pautado na cautelosa fundamentação (...): inexistindo critério legal ou contratual expresso, deve-se computar a título de faturamento somente os valores históricos, incidindo correção monetária sobre os montantes apurados a partir do fechamento do período do doze meses (base de cálculo) corrigindo-se mensalmente a partir daquela data e não impor-se uma atualização do faturamento prévio, sob pena de desequilíbrio da relação contratual." Logo, "(...) a CAPET (fls. 48/49 afirmou que a atualização monetária utilizada ao caso em tela "teve como índice o IGPM-m por ser este o índice utilizado para atualização monetária da tarifa limite de distribuição de gás canalizado no Estado do Rio de Janeiro, conforme o disposto NP §17 da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão".*



AGENERSA Data 21/08/2007

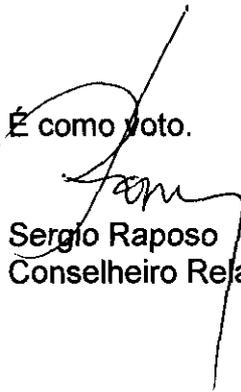
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO  
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
Processo E- 12/020.319/2007  
85 fls.

Conclui que : "Com base no exposto, observa-se que o Auto de Infração nº. 007/2008, impugnado atende aos requisitos legais, razão pela qual devem ser mantidos e, conseqüentemente improvida a Defesa Prévia apresentada pela Concessionária CEG".

Assim, proponho ao Conselho Diretor:

1. Aceitar a defesa prévia da CEG ao auto de infração 07/2008, de 29.04.08, por tempestiva, negando-lhe provimento por inteiro, por não ter a argumentação apresentada qualquer fundamento, como exposto por nossa Procuradoria.
2. Reiterar os termos do auto de infração 07/2008 e do art. 1º da deliberação AGENERSA nº 119 de 26.06.07.

É como voto.

  
Sergio Raposo  
Conselheiro Relator

