

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 384

DE 26 DE MAIO DE 2009.

CONCESSIONÁRIA CEG — AUTO DE INFRAÇÃO - PENALIDADE — DELIBERAÇÃO
AGENERSA Nº. 300/08 — REGULATÓRIO E-04/079.378/2001 .

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-12/020.308/2008, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela CEG, em face do Auto de Infração nº. 036/08, de 13/11 /2008, negando-lhe provimento.

Art. 2º - Por autotutela, declarar a nulidade do Auto de Infração 036/2008, de 13/11/2008.

Art. 3º. Determinar à Secretaria Executiva a expedição de novo Auto de Infração, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, utilizando-se o IGP-M como índice de atualização para o cálculo da multa, que deverá incidir sobre o valor histórico do somatório dos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração.

Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2009.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro Presidente
ANA LÚCIA SANGUÊDO BOYNARD MENDONÇA
Conselheira
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira Revisora
SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro
(Relator)



DATA: 12/09/2008

AGENERSA Proc. E-12/020.308/2008

Fls: 49

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

Processo nº.: E-12/020.308/2008
Autuação: 12/09/2008
Concessionária: CEG
Assunto: Auto de Infração – Penalidade – Deliberação
Agenersa nº. 300/08 – Regulatório E-
04/079.378/2001.
Relato: 30 de abril de 2009

VOTO

Trata-se de processo regulatório iniciado pela REQ SECEX nº. 072/08, de 12/08/08, para a aplicação de multa à Concessionária CEG, em função da Deliberação AGENERSA nº. 300/08 de 28.08.08. Em 03/10/08, o presente processo foi enviado à CAPET para cálculo da penalidade a ser aplicada a Concessionária, nos termos do Art. 1º dessa Deliberação.

Às fls. 07/08, consta CI. AGENERSA-RJ/CAPET Nº. 51/2008, na qual a CAPET, tece considerações que reproduzo a seguir, em parte:

1ª (...) Foram utilizados o IGP-M, o mesmo referencial para a atualização das tarifas anuais da Concessionária, ainda que em título de comparação, e a taxa SELIC, conforme determinado pelo Parecer 01/2004-ASJUR/DMS, que é o valor a ser considerado. O resultado está apresentado no quadro abaixo:

Deliberação AGENERSA 300/08		
CONCESSIONÁRIA CEG		
FATURAMENTO MENSAL - jul/07 a jun/08		
Mês/ R\$	Valor Histórico	Multa 0,06%
jul/07	155.992.426,68	93.595,46
ago/07	149.260.330,88	89.556,20
set/07	153.281.717,77	91.969,03
out/07	151.370.865,81	90.822,52
nov/07	154.465.066,24	92.679,04
dez/07	156.696.381,61	94.017,83
jan/08	162.888.742,51	97.733,25
fev/08	169.241.017,39	101.544,61
mar/08	177.909.731,43	106.745,84
abr/08	178.694.022,95	107.216,41
mai/08	188.265.314,70	112.959,19
jun/08	182.657.469,46	109.594,48
Total	1.980.723.087,43	1.188.433,85
Atualização	2.001.910.233,88	1.201.146,14
Atualização	2.015.669.283,54	1.209.401,57



DATA: 12/09/2008

Proc. E- 12/020.308/2008

AGENERSA

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

2º. Os valores totais apurados por esta CAPET são R\$ 1.201.146,14 (um milhão, duzentos e um mil, cento e quarenta e seis reais e quatorze centavos), pela SELIC, e R\$ 1.209.401,57 (um milhão, duzentos e nove mil, quatrocentos e um reais e cinqüenta e sete centavos), pelo IGP-M.

Consultada, a Procuradoria desta AGENERSA, em resposta a despacho da SECEX, assevera "(...) a existência de demanda judicial de nº. 2004.001.091719-2, ajuizada pela Concessionária CEG em face da extinta ASEP-RJ (...)."

A Procuradoria, ressalta que "(...) a despeito de ainda não ter sido julgado o mérito da presente demanda, a Concessionária não se encontra amparada por liminar, razão pela qual inexistente por ora óbice legal que impeça esta AGENERSA, de cobrar a penalidade pecuniária imposta através de seu colegiado."

Finalizando informa "(...) que a minuta de Auto de Infração (...) atende às determinações da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007. Neste sentido, recomenda o (...) prosseguimento dos autos em apreço."

A CEG, em 26/11/08, protocolizou nesta AGENERSA sua Defesa Prévia, a qual descrevo, resumidamente, a seguir:

A Concessionária, inicialmente, aponta que (...) notadamente no campo 10.4, quanto ao Art. 10, inciso V e Art. 11 da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, estabelecem que o prazo para apresentação de impugnação, era de **05 (cinco) dias úteis**, após seu recebimento. **(Grifos no original)**

Frisa a Concessionária que (...) ante o feriado do dia 20/11/08, (...) foi editado o Decreto Estadual nº. 41.531 de 04/11/08, (...) considerando como ponto facultativo o dia 21/11/08, (...) nas repartições públicas estaduais, o que foi (...) aderido por essa AGENERSA.

Alega a Concessionária, preliminarmente, nulidade do Auto de Infração nº. 036/08, no qual (...) o Conselho Diretor dessa AGENERSA, por meio da Deliberação n.º 300, de 28/08/2008, aplicou penalidade de multa pecuniária em face desta Concessionária, por ter supostamente descumprido o prazo estabelecido no artigo 1º. da Deliberação n.º 228, de 25/03/2008, para apresentação do diagnóstico completo e pormenorizado das perdas, objeto do Auto de Infração n.º 036/2008.

Posteriormente, foi instaurado o processo regulatório n.º E-12/020.308/2008, com o escopo específico de materializar a cobrança da penalidade de multa pecuniária, através do citado Auto de infração.

(...) é importante registrar que, o objeto do presente Auto de Infração já foi exaustivamente discutido em processo regulatório específico anterior, ensejando (...) aplicação de penalidade de multa pecuniária em face desta Concessionária.



DATA: 12/09/2008

AGENERSA

Proc. E-

Fls: 50

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

(...) portanto, (...) a sistemática adotada por essa Agência Reguladora, não observa a correta técnica processual, pois (...) primeiro deveria ser lavrado o Auto de Infração ante a constatação de suposta irregularidade, com a posterior discussão das razões fáticas e jurídicas (...).

Entende esta Concessionária, (...) com base na melhor técnica processual, que o Auto de Infração deveria ser a peça inaugural do processo administrativo, apurador dos fatos e não a peça final, como de fato ocorre no âmbito dessa AGENERSA, sob pena de contrariedade do seu objetivo.

Em face do exposto (...) a Concessionária requer o acolhimento da presente preliminar (...) de nulidade do Auto de Infração n°. 036/2008, na forma da fundamentação acima..”

(...) conclui-se que a aplicação de penalidades (...) somente é possível, por meio de processo administrativo, regularmente instaurado no âmbito dessa Agência Reguladora e (...) a aplicação de penalidades (...) por meio da lavratura de Auto de Infração (...) não encontra amparo no Contrato de Concessão, celebrado com o Poder Concedente, razão pela qual é (...) indevida.

Pelo exposto, (...) a Concessionária vem (...) requerer o acolhimento da presente preliminar, com a declaração da nulidade do Auto de Infração n°. 036/2008, pela absoluta ausência de disposição contratual que o fundamente.

Mencionando a Instrução Normativa AGENERSA/CD n°. 001/2007, a Concessionária alega que (...) é imperioso consignar de início que, a materialização da cobrança penalidade de multa pecuniária (...) através do Auto de Infração n°. 036/2008, teve por base a Instrução Normativa AGENERSA/CD n°. 001/2007, integrada posteriormente pela Instrução Normativa AGENERSA/CD n°. 001/2008.

Constata-se que a edição da Instrução Normativa AGENERSA/CD n°. 001/2007, norma a qual se baseia o Auto de Infração n°. 036/2008, implica em nítida violação aos preceitos do Contrato de Concessão e aos princípios que regem o Direito Administrativo.

Nesse diapasão, verifica-se que tanto a Instrução Normativa AGENERSA/CD n°. 001/2007, quanto o presente Auto de Infração, não observaram o vertente dispositivo contratual, na medida em que cerceiam a tese defensiva desta Concessionária, tão-somente quanto à forma do Auto de Infração (...).

Em vista do exposto, (...) servimo-nos da presente para requerer o acolhimento da presente preliminar, com a declaração de nulidade da Instrução Normativa AGENERSA/CD n°. 001/2007, e do Auto de Infração n°. 035/2008.

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, o ilustre Gerente da Câmara de Energia e a Secretária Executiva dessa AGENERSA, não cumpriram com as formalidades legais exigidas para a lavratura do Auto de Infração **(Grifos no original)**



DATA: 12/09/2008

Proc. E-12/020.308/2008 AGENERSA

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

Da análise desses elementos constitutivos, constata-se, cabalmente, que o Auto de Infração n.º 036/2008, não preenche os requisitos necessários a fim de configurar a sua validade.

Aponta que, (...) no campo 10 do Auto de Infração ora impugnado, não consta de forma pormenorizada a motivação que ensejou a aplicação de penalidade de multa pecuniária em face desta Concessionária, o que, (...) dificulta o amplo direito de defesa (...).

Verifica-se (...) que, no campo 10.3.1 do Auto de Infração ora impugnado, o valor fixado a título de multa pecuniária, não teve os seus valores discriminados em principal e atualização monetária, o que, (...) é suficiente para demonstrar o vício de forma do mesmo.

(...) Portanto, tem-se por evidente que a falta das 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, na forma do artigo 5º, LV da Carta Magna.

Por meio do Art. 1º da Deliberação AGENERSA n.º. 300/08, o (...) Conselho Diretor (...) aplicou penalidade de multa pecuniária em face desta Concessionária, sob a pecha de descumprimento do prazo fixado no Art. 1º da Deliberação AGENERSA n.º. 228/08, para apresentação 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.

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 Tecnológico 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.

De modo a entender e atender às novas exigências dessa AGENERSA, esta Concessionária contratou novamente os serviços do Centro Tecnológico da Universidade Federal Fluminense, para execução de um trabalho de Consultoria Técnico-Científica, para Avaliação e Certificação de Perdas nos Sistemas de Distribuição de Gás.

Muito embora esta Concessionária entenda que não tenha descumprido qualquer meta contratual, (...) através da correspondência DJRI-E-526/08, de 30 de setembro de 2008, foi apresentado a essa AGENERSA o trabalho de zoneamento e separação das perdas, em perdas físicas e não físicas, o qual foi elaborado pela própria Concessionária, na forma determinada pelo Conselho Diretor dessa Agência Reguladora.

Dessa forma, (...) esse respeitável Conselho Diretor não pode ignorar que a meta contratual já foi anteriormente atendida, e (...) que esta Concessionária mantém uma conduta pautada na transparência e na ampla disponibilidade de informações com essa Agência Reguladora.



AGENERSA

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

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DATA: 12/09/2008

Proc. E: 12/020.308/2008

Fls: 51

Esta Recorrente demonstrou ter atingido a meta contratual prevista no item 3.1 do Contrato de Concessão desde setembro de 2000, de modo que todas as penalidades aplicadas até a presente data, em face desta Concessionária, (...) perdem o seu objeto.

Portanto, uma vez que foram trazidos novos fatos aos autos do processo regulatório E-04/079.378/2001, (...) requer esta Concessionária (...) a revogação da penalidade aplicada pelo artigo 1º da Deliberação AGENERSA nº. 300/08 e (...) julgando-se improcedente o Auto de Infração n.º 036/2008.

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

Caso assim não se entenda, a penalidade não tem qualquer fundamento, pois não houve no caso nenhum procedimento prévio imposto, seja pela Agência Reguladora, seja pelo marco regulatório, no sentido de estabelecer critérios para aplicação de penalidades.

Por tais razões, (...) as sanções administrativas aplicadas às entidades reguladas, são atos de natureza regulatória, (...) pressupõem não apenas vigiar e punir, mas principalmente, intervir e corrigir anomalias verificadas em determinado ordenamento setorial.

No entendimento da Concessionária (...) seria medida mais salutar, (...) a determinação de outras medidas que (...) pudessem ensejar a materialização do interesse público. Além do mais, (...) a aplicação indiscriminada de certas sanções pelo Órgão Regulador, pode além de gerar uma instabilidade jurídica, provocaria um clarividente prejuízo para os usuários do serviço público concedido.

A Concessionária diante dos argumentos apresentados, no que tange os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, assevera que baseado nos (...) fatos acima demonstrados, (...) não houve efeitos ensejadores de tal penalidade. Assim, não há de se cogitar em penalizar esta Concessionária, (...) por meio do Auto de Infração n.º. 036/08, como também (...) deve o órgão julgador pautar-se pela razoabilidade e proporcionalidade para a fixação da condenação, o que não ocorreu no que se refere tanto à penalidade aplicada, quanto ao seu quantum.

Sendo assim é (...) indispensável que (...) o valor fixado a título de multa pecuniária, constante do Auto de Infração n.º. 036/2008, seja reduzido.

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 remota hipótese de manutenção do Auto de Infração lavrado, (...) os cálculos realizados pelo mesmo, estão em desacordo com os procedimentos definidos pelo Contrato de Concessão.

Dessa forma, impugna esta Concessionária os cálculos realizados pela CAPET, no que concerne ao quantum apurado da penalidade de multa pecuniária, bem como com relação à



DATA: 12/09/2009
12/020.308/2008
AGENERSA

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

atualização monetária dos valores constantes ao faturamento dos 12 (doze) últimos meses anteriores à ocorrência da infração, até a data em que foi proferida a Deliberação.

Nesse contexto, (...) o faturamento correto da CEG, referente ao mês de julho de 2007 a junho de 2008, (...) devido da multa pecuniária aplicada por esse respeitável Conselho Diretor, em face desta Concessionária, por meio da Deliberação AGENERSA n.º 300/08, é demonstrado no quadro abaixo:

Mês de Referência	Faturamento CEG (R\$)
jul-07	150.970.245,12
ago-07	148.201.599,27
set-07	151.903.807,23
out-07	153.984.724,47
nov-07	152.927.217,06
dez-07	154.914.960,50
jan-08	161.799.670,92
fev-08	168.535.533,71
mar-08	177.729.609,15
abr-08	177.363.480,02
mai-08	187.523.856,90
jun-08	185.968.104,67
Total	1.970.822.809,02

Calculando o percentual de 0,06% (seis centésimo por cento) do valor de R\$ 1.970.822.809,02, obtém-se como valor (...) a quantia de R\$ 1.182.493,69, (...) portanto (...) há uma diferença de R\$ 5.940,17 entre o valor supostamente devido a título de penalidade pecuniária por esta Concessionária, e o valor (...) elaborado pela CAPET. Logo, esta Concessionária (...) impugna (...) o valor da multa materializada pelo Auto de Infração n.º 036/2008 (...).

(...) Sendo assim, além da clarividente diferença acima apontada, entre o valor constante da memória de cálculo da CAPET e o valor supostamente devido a título de penalidade pecuniária por esta Concessionária, cabe ser impugnado (...) o cálculo da atualização monetária realizada pela CAPET, entendendo que o valor supostamente devido a título de multa é o montante de R\$ 1.182.493,69, referente aos valores históricos calculados, e não o quantum de R\$ 1.201.146,14.

Em 23/12/08, o presente processo é encaminhado à Procuradoria desta AGENERSA para análise e pronunciamento quanto aos documentos acostados às fls.15/30, dos autos o qual oferece seu parecer, reproduzido em parte, como segue:

"Perquirindo a fase processual que se encontra o feito, verifica-se que a Concessionária CEG ofereceu, tempestivamente, **Defesa Prévia** em face do **Auto de Infração** lavrado em

DATA: 12/09/2008

AGENERSA Proc. E. 12.020.308/2008

Fls: 52



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

função de decisão proferida pelo Conselho Diretor, consolidada na Deliberação AGENERSA nº. 300, de 26 de Agosto de 2008 (...).”

Em relação à alegação de nulidade do Auto de Infração quanto à violação ao princípio da economia processual, a Procuradoria assinala que: “Em que pese a 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 3.1 do Anexo II do Contrato de Concessão, o presente processo objetiva a efetiva aplicação de penalidade, não violando (...) o princípio da economia processual.”

Em relação à alegação de nulidade do Auto 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** relativos à esfera de suas atribuições (...).”

“(...) 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 do Auto de Infração 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 que nos campos 10 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 (...).”

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

“Em razão de toda discussão apresentada no referido processo, não cabe agora discutir o que já foi amplamente debatido naquele processo, pois o que aqui se discute é a aplicação da penalidade através do Auto de Infração, (...) ao contrário do que afirma a Concessionária.”

No que tange os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade “(...) Alega a Concessionária que esta AGENERSA carece de critérios objetivos que visem regulamentar a aplicação de penalidades em face de seus regulados.”

“Não é tarde lembrar que o Contrato de Concessão, em sua Cláusula Décima, disciplina com clareza as penalidades aplicáveis à Concessionária CEG. Dentre elas, se insere a penalidade de multa, objeto (...) do presente Auto de Infração.”

Das alegações de mérito suscitadas pela Concessionária “(...) em ambas as peças de defesa, cabe destacar que a Defesa Prévia não se revela sucedâneo recursal, razão pela qual não devem ser acolhidas.”



DATA: 12/09/2009

Proc. E-12/020.308/2008 AGENERSA

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

"Vale lembrar que 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 e tempestivamente interposto pela Concessionária nos autos do Processo Regulatório E -04/079.378/2001 que determinou a aplicabilidade de multa, em perfeito cumprimento de todas as instâncias regimentais."

Quando o assunto trata do valor da multa constante do Auto de Infração Impugnado "A Concessionária 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 e (...) Por fim, (...) não há qualquer determinação para que o montante do faturamento da Concessionária seja atualizado monetariamente, quando do cálculo da multa."

"(...) a CAPET (...) afirmou que a atualização monetária utilizada ao caso em tela "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 §17 da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão."

"Em razão do exposto, havendo amparo contratual para a atualização monetária em tela, as alegações da Concessionária não se coadunam com os pronunciamentos técnico e jurídico supracitados, razão pela qual não merecem procedência."

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

Do acima exposto, conclui-se que mais uma vez a Concessionária utiliza-se de artifícios ou destinos legais para procrastinar o pagamento de penalidades, a rigor, irrecorríveis, porque absolutamente devidas. Lembrando que há por parte desta Agência respeito pelos direitos de ampla defesa garantidos a todas as pessoas físicas e jurídicas no País, no caso em tela, não há como aceitar as ponderações da Concessionária.

Assim, sugiro ao Conselho Diretor acompanhar os pareceres da CAPET e da Procuradoria desta Agência, prolatando a seguinte decisão:

1. Aceitar a defesa prévia da Concessionária ao Auto de Infração 36/2008, por tempestiva, negando-lhe provimento no mérito.
2. Reiterar os termos do Auto de Infração 36/2008 e do Art. 1º da Deliberação AGENERSA 300, de 28.08.08.

Assim voto.


Sérgio Raposo
Conselheiro Relator.

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL

Processo nº. E-12/020.308/2008

Data 12/09/2008

Fls.: 53

Rubrica _____

Ao Gabinete da Conselheira Darcilia Aparecida da Silva Leite,

Encaminhamos o presente processo, de ordem superior, para possibilitar o atendimento ao disposto no ***caput*** do art. 73 do Regimento Interno desta Autarquia.

Em 30 de abril de 2009.


Luis Manoel V. Evaristo

Assessor de Conselheiro

Mat. 273-3

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
Processo nº. E-12/020.308/2008	
Data 12/09/2008	Fls.: 54
Rubrica _____	

À Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária,

Encaminhamos o presente processo, de ordem superior, solicitando análise e pronunciamento quanto à Defesa da CEG, acostada às fls. 15/30.

Em 04 de maio de 2009.


Thaís Milezi Sartório

Mat. 218-8

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.308/2008Data 12/09/08 Fls.: 55Rubrica 

DESPACHO PROCESSO E-12/020.308/2008

CONCESSIONÁRIA: CEG

ASSUNTO: Penalidade de multa aplicada por deliberação - Defesa ao Auto de Infração

PARA: Gabinete da Conselheira Darcília Leite

DATA: 13 de maio de 2009

Em atendimento ao despacho de folhas 54, analisamos os aspectos econômico-financeiros embutidos na Defesa da Concessionária CEG quanto ao Auto de Infração 036/2008.

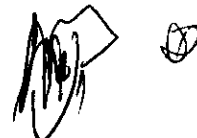
1) O tópico "Da penalidade fixada x princípios da proporcionalidade e razoabilidade", ainda que relacionado à matéria financeira, traz argumentos mais afeitos à análise da Procuradoria e da Conselheira Relatora, por se pautarem em princípios, não em números:

2) No tópico "Do valor da multa constante do Auto de Infração nº 036/2008", alega a Concessionária o desacordo dos cálculos em relação aos procedimentos do Contrato de Concessão, impugnando o "quantum" apurado e atualização monetária dos valores, especificando o que seria o "faturamento correto" (sic) da CEG, cuja não observação teria levado a CAPET a apurar um valor histórico superior àquele considerado apropriado pela Concessionária, além de um valor maior de multa pecuniária, o que a Delegatária contesta.

Esta CAPET esclarece que os valores observados como faturamento são retirados diretamente dos balancetes da Concessionária, do campo "Receita de Vendas" (grifo nosso), e que os números dispostos na tabela constante de nossa CI 51/2008 (às folhas 7 e 8) estão corretos, seja unitariamente, seja o total consolidado.

Quanto à contestação da atualização monetária do valor apurado, esclarecemos que, após apurados os valores mensais de faturamento, são calculadas as parcelas mensais de multa, brutas, na proporção do percentual aplicado; após totalizadas, se tornam objeto de atualização monetária, consoante prática determinada pelo Conselho Diretor. No presente processo, a CEG, ao contestar a aplicação de atualização monetária até o estabelecimento da decisão (deliberação), mantém a velha tese de responsabilização da Agência Reguladora pela demora na análise do processo e aplicação de multa. Entretanto, haja vista a necessidade de apuração transparente e consistente dos fatos e elementos processuais, bem como a existência dos instrumentos de embargos e recursos, largamente utilizados pela Concessionária ao longo dos processos, exige-se um tempo para a decisão do CODIR. Esta CAPET mantém o entendimento de que a atualização monetária é devida e corretamente aplicada.

3) Quanto aos tópicos "Da tempestividade da presente defesa", "Nulidade do Auto de Infração nº 036/2008 – momento da lavratura do Auto de Infração", "Ausência de previsão no





Contrato de Concessão”, “Da nulidade do Auto de Infração nº 036/2008 e da Instrução Normativa AGENERSA CD nº 001/2007”, “Descumprimento às formalidades legais” e “Da exigência de regulação prévia antes de se penalizar”, o entendimento desta CAPET é que não há argumentação sobre aspectos econômico-financeiros, razão pela qual sugerimos uma análise acurada pela Procuradoria.

4) O tópico “Da insubsistência da penalidade de multa pecuniária” se prende a aspectos técnicos que, entendemos, devem ser analisados pela CAENE.

Atenciosamente

Fábio Côrtes do Nascimento
Analista de Regulação Administrador

Alexandre Marcelo Guedes Pereira
Gerente da CAPET

RECEBIDO
EM 15/05/2009
Vera Lúcia Barcellos
Assinante da Rubrica
Mat. 234-5 - AGENERSA

À SECEX,

De ordem superior, encaminhamos o presente processo, para atendimento ao disposto no § 2º do art. 64 do R.I. desta Autarquia.

em 21/05/09.

Renato Otto Kloss
Assessor
Mat. 282-4 - AGENERSA

**AGENERSA
SECEX**
21 MAI 2009
Hora: João Carlos Alveido da Conceição
Recebido por: [Handwritten]
Mat. 2014 - AGENERSA 2



CEG RIO

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/020 308 / 2008
Data 12 / 05 / 09 Fls.: 57
Rubrica: 4

Rio de Janeiro/RJ, 21 de maio de 2009.

DJRI - E- 189/09

A

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA
Rua 13 de maio, nº 23 – 23º andar

NESTA

At. Ilmo. Sr. José Carlos dos Santos Araújo
Presidente da AGENERSA

A Secex
Em 21.05.09

José Carlos S. Araújo
Conselheiro - Presidente

Ref.: Cópia de Processos Regulatórios

Prezado Senhor,

Vimos, por meio desta, solicitar a V.S^a. que nos seja disponibilizada cópia dos seguintes Processos Regulatórios, das concessionárias CEG e CEG RIO, os quais serão julgados na Sessão Regulatória Ordinária do dia 26/05/09: E-12/020.276/2008, E-12/020.281/2008, E-12/020.282/2008, E-12/020.284/2008, E-12/020.308/2008, E-12/020.313/2008, E-12/020.139/2009.

Ademais, solicitamos também que nos seja disponibilizada cópia dos processos E-12/020.214/2007 e E-12/020.215/2007, das concessionárias CEG e CEG RIO, respectivamente.

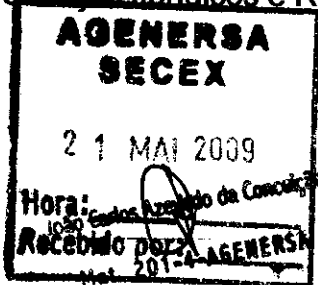
Certos do atendimento do nosso pleito, subscrevemo-nos,

Atenciosamente,

Armando Laudorio
Diretor de Serviços Jurídicos e Relações com Investidores

AGENERSA-Protocolo	
ID	0489
Data:	21/05/09
Horário:	14:36
Rubrica:	A

Assistente
Mat. 249-3



Rosana Corrêa
Assistente
Mat. 283-2 - AGENERSA
21/5/09

COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO-CEG
Av. Pedro II, 68 - São Cristóvão
CEP 20.941-070 - Rio de Janeiro
RJ - Brasil
Tel.: (21) 3115-6565
www.ceg.com.br



PR
Documento Gerenciado
Data e Rubrica
081
21/05/09
A
Armando Laudorio
Diretor de Serviços Jurídicos e Relações com Investidores

OFÍCIO SECEX nº. 137
(favor mencionar na resposta)

Rio de Janeiro, 21 de maio de 2009.

ÀS
CONCESSIONÁRIAS CEG / CEG RIO

**Ilmo Sr.
Armando Laudorio
Diretor de Serviços Jurídicos e Relações com Investidores**

**Assunto: Sessão Regulatória de 26/05/2009
Ref.: CEG/CEG RIO – DJRI-E 189/09 - cópia dos processos
constantes da pauta da sessão regulatória de 26/05/2009
(favor mencionar na resposta)**

Senhor Diretor,

Sirvo-me do presente com base nos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, para encaminhar cópia de inteiro teor dos processos inscritos para julgamento na sessão regulatória de 26/05/2009.

E-12/020.309/2008	CEG	Auto de Infração - Penalidade de Multa - Deliberação AGENERSA 300/08.
E-12/020.276/2008	CEG	Substituição do medidor de gás sem o aviso prévio de 90 (noventa) dias
E-12/020.281/2008	CEG	Termo de Notificação 005/08 - proteção e sinalização das obras realizadas em vias e logradouros públicos
E-12/020.282/2008	CEG	Termo de Notificação 006/08 - proteção e sinalização das obras realizadas em vias e logradouros públicos
E-12/020.284/2008	CEG	Termo de Notificação 006/08 - proteção e sinalização das obras realizadas em vias e logradouros públicos
E-12/020.313/2008	CEG RIO	Auto de Infração - Penalidade de Multa - Deliberação AGENERSA 291/08
E-12/020.139/2009	CEG	Atualização de Tarifas de Gás - GLP com vigência a partir de 01/08/2009

Atenciosamente,


**Cíntia Ritz R. Pinheiro
Secretária Executiva**

*Thays Costa - CEG - Estagiária
Rubido 21-05-09*

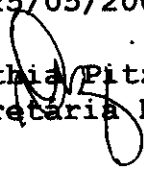
DESPACHO
PROCESSO E-12/020.308/2008

AO GABINETE DA CONSELHEIRA DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE

1. Em atendimento ao disposto no parágrafo 2º do art. 64 do Regimento Interno desta autarquia, foi encaminhado através do Ofício SECEX nº 137/09 e recebido pelas Concessionárias CEG e CEG RIO cópia de inteiro teor dos autos, conforme correspondência DJRI-E 189/09.

2. Retorno o presente processo.

Em 25/05/2009


Cíntia Pitz P. Pinheiro
Secretária Executiva

2



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

Processo nº. E-12/020.308/2008
 Data de Autuação 12 de setembro de 2008
 Concessionária CEG
 Assunto Auto de Infração – Penalidade – Deliberação
 AGENERSA nº 300/08 – Regulatório E-
 04/079.378/2001
 Sessão Regulatória 26 de maio de 2009

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.308/2008

Data 12/09/2008 Fls.: 59

Rúbrica: *d*

Voto de Vista

Na Sessão Regulatória realizada em 30/04/2009, solicitei vista do presente processo, conforme a prerrogativa conferida no art. 73 do Regimento Interno desta Autarquia.

Isto porque senti a necessidade, em primeiro lugar, de melhor analisar a argumentação formulada na peça de defesa da Concessionária quanto ao valor da multa constante do Auto de Infração, colhendo, para tanto, o posicionamento da Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária.

Quanto ao tópico em comento, a CEG alegou um suposto equívoco nos valores utilizados nos cálculos do Órgão Técnico, referentes ao seu faturamento nos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração.

A Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária manifestou-se em 13/05/2009, afirmando que *“No tópico ‘Do valor da multa constante do Auto de Infração nº 036/2008’, alega a Concessionária o desacordo dos cálculos em relação aos procedimentos do Contrato de Concessão, impugnando o ‘quantum’ apurado e atualização monetária dos valores, especificando o que seria o ‘faturamento correto’ (sic) da CEG, cuja não observação teria levado a CAPET a apurar um valor histórico superior àquele considerado apropriado pela Concessionária, além de um valor maior de multa pecuniária, o que a Delegatária contesta”* e que *“(…) os valores*

u



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

observados como faturamento são retirados diretamente dos balancetes da Concessionária, do campo 'Receita de Vendas' (grifo nosso), e que os números dispostos na tabela constante de nossa CI 51/2008 (às folhas 7 e 8) estão corretos, seja unitariamente, seja o total consolidado".

Considerando, portanto, que o mencionado Órgão Técnico conferiu e ratificou os números utilizados nos seus cálculos para a fixação do valor da multa imposta à CEG, esclarecendo, ainda, que extraiu tais dados dos balancetes advindos da própria Concessionária, considero esclarecido o apontado questionamento.

Em segundo lugar, da análise dos autos, verifiquei que a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, no descritivo de cálculo do valor da multa, procedeu à sua atualização monetária de duas formas: (i) com base na Taxa SELIC e (ii) com base no IGP-M; verifiquei ainda que o valor utilizado no Auto de Infração foi o primeiro.

Ocorre que, com fundamento no Parecer nº 01/2004 ASEP-RJ/ASJUR-DMS, da Assessoria Jurídica da extinta ASEP-RJ, o entendimento adotado nesta Agência Reguladora tem sido a utilização do IGP-M para a citada atualização monetária, por se tratar do índice eleito contratualmente para a atualização das tarifas do serviço público em questão.

Na oportunidade, cumpre lembrar que a utilização da Taxa SELIC, de acordo com as alternativas ventiladas no citado parecer, bem assim à luz da decisão do Conselho Diretor da extinta ASEP-RJ, firmada em Reunião Interna Ordinária¹, ocorrerá nas hipóteses de atraso no pagamento da multa já imposta, configurando juros moratórios. É a dicção do parágrafo único do art. 14 da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, que alude ao seu emprego "a partir do vencimento da obrigação até o seu efetivo recolhimento".

¹ De 07/04/2004.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.308/2008

Data 12/09/2008 Fls.: 60

Assinatura: *u*



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

Assim, no exercício do poder-dever de autotutela da Administração Pública, é imprescindível recomendar ao Conselho Diretor a anulação do Auto de Infração ora questionado, com a consequente lavratura de um novo instrumento punitivo, calculando-se a atualização monetária da multa com base no IGP-M.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer a Impugnação apresentada pela CEG em face do Auto de Infração nº 036/2008, de 13/11/2008, negando-lhe provimento;
- Por autotutela, declarar a nulidade do Auto de Infração nº 036/2008, de 13/11/2008;
- Determinar à Secretaria Executiva a expedição de novo Auto de Infração, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, utilizando-se o IGP-M como índice de atualização para o cálculo da multa, que deverá incidir sobre o valor histórico do somatório dos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração.

É o Voto.

Darcilia Leite

Conselheira

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.308/2008

Data 12/09/2008

Folha: 61

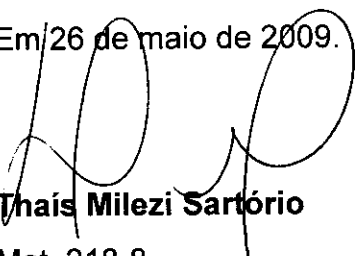
Rúbrica:

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
Processo nº. E-12/020.308/2008	
Data 12/09/2008	Fls.: 62
Rubrica _____	

Ao Gabinete do Conselheiro Sérgio Raposo,

Encaminhamos o presente processo, de ordem superior, considerando o resultado da votação ocorrida na Sessão Regulatória realizada na data de hoje.

Em 26 de maio de 2009.



Thaís Milezi Sartório
Mat. 218-8



DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 384

DE 26 DE MAIO DE 2009.

CONCESSIONÁRIA CEG - AUTO DE INFRAÇÃO -
PENALIDADE - DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 300/08 -
REGULATÓRIO E-04/079.378/2001

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-12/020.308/2008, por unanimidade,

DELIBERA:

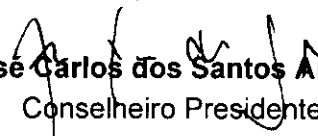
Art. 1º - Conhecer a Impugnação apresentada pela CEG em face do Auto de Infração nº 036/2008, de 13/11/2008, negando-lhe provimento.


Art. 2º - Por autotutela, declarar a nulidade do Auto de Infração nº 036/2008, de 13/11/2008.


Art. 3º - Determinar à Secretaria Executiva a expedição de novo Auto de Infração, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, utilizando-se o IGP-M como índice de atualização para o cálculo da multa, que deverá incidir sobre o valor histórico do somatório dos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração.

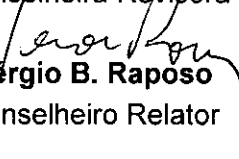
Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2009.


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro Presidente


Ana Lucia Sanguêdo Boynard Mendonça
Conselheira


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira Revisora


Sérgio B. Raposo
Conselheiro Relator

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DATA: 12/09/08.

Proc. E-12.020.308/08.

Fls: 63/1