

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 946

Publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro

Parte I - 30 de dezembro de 2011

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 946 DE 20 DE DEZEMBRO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG. PROCESSO E-04/079.377/2001 -
DELIBERAÇÃO ASEP/RJ Nº 332/03 - APLICAÇÃO DE PENALIDADE.

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-
33/100.442/2003, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º. Aceitar a defesa prévia da concessionária CEG ao Auto de
Infração nº 025/2008, de 15 de setembro de 2008, por que
tempestiva e, no mérito, e negar-lhe provimento.

Art. 2º Reiterar os termos do Auto de Infração nº 025/2008, de 15
de setembro de 2008.

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

publicação.

Rio de Janeiro, 20 de dezembro de 2011.

José Bismarck Vianna de Souza

Conselheiro-Presidente

Darcilia Aparecida da Silva Leite

Conselheira

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro

Sérgio Burrowes Raposo

Conselheiro-Relator



AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIROSECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS - CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DATA: 21/11/2003

Proc. E-33/100.442/2003

Fls: 175

Processo nº.: E-33/100.442/2003
Autuação: 21/11/2003
Concessionária: CEG
Assunto: Processo E-04/079.377/01 – Deliberação ASEP-RJ nº 197/02 – Deliberação ASEP-RJ 332/03 – Aplicação de Penalidade.
Relato: 20 de dezembro de 2011

RELATÓRIO

Trata-se de Defesa¹ protocolizada nesta Agência Reguladora, em 22/09/08, pela concessionária CEG, em face do Auto de Infração nº 025/08², instrumento através do qual é cobrada a penalidade de multa imposta na Deliberação ASEP-RJ nº 197/02³, integrada pelas Deliberações ASEP-RJ nº 332/03 e 408/04.

Ressalto que o presente regulatório foi instaurado tendo em vista a CI ASEP-RJ/SECEX nº. 80/03⁴, de 05/11/03, enviada à CAPET, na qual solicita o levantamento dos valores a serem recolhidos pela Concessionária. Com a CI seguem anexas, as cópias das Deliberações ASEP-RJ nº 197/02 e 332/03, e cópias de suas respectivas publicações no DOERJ.

A CEG, em 07/11/03, protocoliza ao processo principal (E-04/079.377/2001), tempestivamente, Embargos de Declaração contra a Deliberação ASEP-RJ nº. 332/03⁵.

¹ Fl. 134/150

² Fl. 124

³ DELIBERAÇÃO ASEP-RJ/CD Nº 197/02 DE 21 DE FEVEREIRO DE 2002.

APLICA MULTA À CONCESSIONÁRIA COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO – CEG O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - ASEP-RJ, no uso de suas atribuições legais e regimentais e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório E-04/079.377/2001, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar multa à Concessionária, no valor de 0,02% do montante do seu faturamento dos últimos 12 (doze) meses, com base no prescrito na CLÁUSULA DEZ - PENALIDADES, no item (ii), multa, INCISO IV do Contrato de Concessão – “descumprir norma legal ou regulamentar, determinação da ASEP-RJ ou qualquer disposição ou cláusula deste contrato”, pelo não cumprimento da Segunda Parte, do item 2.2., do Anexo II – Parte 1 – Metas de Melhoria - “Pontas de linha de rede de alta e média pressão (gás natural ou manufaturado); prazo máximo para implantação de 2 (dois) anos”, tanto no que se refere ao prazo estabelecido, quanto aos pontos indicados a serem telemetrizados.” (NOVA REDAÇÃO DADA PELA DELIBERAÇÃO ASEP-RJ Nº 332, DE 28 DE OUTUBRO DE 2003)

Art. 2º - Conceder à Concessionária um prazo máximo de 60 (sessenta) dias úteis, a partir da presente deliberação, para cumprimento do prescrito no item 2.2 do Anexo II do Contrato de Concessão.”

⁴ Fl. 02/06.

⁵ DELIBERAÇÃO ASEP/RJ-CD nº 332/03 28 DE OUTUBRO DE 2003



AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO21/11/2003
Data: 21 / 11 / 2003
Proc. E-33/100.442/2003
Fls. 176

Através da CI/CAPET 148/03⁶, enviada pela CAPET à CAENE, em 11/11/03, na qual solicita informar o prazo de ocorrência da infração tendo em vista o que reza o Contrato de Concessão da CEG.

Em resposta, através da CI CAENE nº 056/03⁷, a CAENE informa que conforme o Contrato de Concessão, a Concessionária teria o prazo máximo de 2 (dois) anos para implantação do sistema de telemetria, e conclui: "Dessa forma, entendemos que a data de ocorrência da infração relativa à multa aplicada à Concessionária através da Deliberação ASEP-RJ/CD 332/03, é de julho de 1999".

Em resposta à CI ASEP-RJ/SECEX nº. 80/03, de 05/11/03, a CAPET apresenta os cálculos dos valores solicitados, considerando como faturamento as Receitas com Vendas, item 311 do balancete analítico mensal apresentado pela Concessionária.

Na Sessão Regulatória de 25/11/03, o Conselho Diretor decide negar conhecimento e rejeitar efeitos infringentes aos Embargos opostos, declarando-os de fins meramente protelatórios, culminando com a Deliberação ASEP-RJ/CD nº 350/03⁸.

O processo é enviado pelo DECON ao Superintendente da SUFIC, em 08/12/03, através de despacho, no qual informa que:

"(...) Ressaltamos que é do nosso entendimento que os valores a serem atualizados pela variação do IGPM só devem sofrer as atualizações a partir de 21/07/99, data do

RECURSO INTERPOSTO PELA CONCESSIONÁRIA CEG RIO S.A. CONTRA A DELIBERAÇÃO ASEP-RJ Nº. 197, DE 21 DE FEVEREIRO DE 2002. NEGADO PROVIMENTO. MANTIDA A DELIBERAÇÃO, COM ACRÉSCIMO DE ESCLARECIMENTO DA PENALIDADE E FIXAÇÃO DE PRAZO PARA OPAGAMENTO DA MULTA.

O Conselho Diretor da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ, no uso de suas atribuições legais e regimentais e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-04/079.377/2001, por unanimidade, **DELIBERA**:

Artigo 1º. Negar provimento ao recurso da Concessionária CEG RIO S.A., mantendo a Deliberação ASEP-RJ/CD nº 197, de 21 de fevereiro de 2002, em todos os seus termos.

Artigo 2º. Dar nova redação ao artigo 1º da Deliberação ASEP-RJ/CD nº 197, como se segue:

"Artigo 1º. Aplicar multa à Concessionária, no valor de 0,02% do montante do seu faturamento dos últimos 12 (doze) meses, com base no prescrito na CLÁUSULA DEZ - PENALIDADES, no item (ii), multa, INCISO IV do Contrato de Concessão – "descumprir norma legal ou regulamentar, determinação da ASEP-RJ ou qualquer disposição ou cláusula deste contrato", pelo não cumprimento da Segunda Parte, do item 2.2., do Anexo II – Parte 1 – Metas de Melhoria - "Pontas de linha de rede de alta e média pressão (gás natural ou manufaturado); prazo máximo para implantação de 2 (dois) anos", tanto no que se refere ao prazo estabelecido, quanto aos pontos indicados a serem telemetrizados."

Artigo 3º. Fixar o prazo de 30 (trinta) dias para o pagamento da multa.

⁶ Fl. 26

⁷ Fl. 27

⁸ DELIBERAÇÃO ASEP/RJ-CD Nº 350/03 DE 25 DE NOVEMBRO DE 2003

CONCESSIONÁRIAS CEG E CEG RIO, S.A. – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO À DELIBERAÇÃO ASEP-RJ/CD - 332/03 QUE MANTEVE A DELIBERAÇÃO ASEP-RJ/CD 197/02 - NEGA CONHECIMENTO, REJEITA EFEITOS INFRINGENTES E FAZ ADVERTÊNCIA.

O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – ASEP/RJ, no uso de suas atribuições legais e regimentais e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório Nº E-04/079.377/2001, por unanimidade, **DELIBERA**:

Art. 1º - Negar conhecimento e rejeitar efeitos infringentes aos Embargos opostos, declarando-os de fins meramente protelatórios.

Art. 2º - Advertir as Concessionárias que, em persistindo a interposição de Embargos, comprovadamente procrastinatórios, será aplicada a multa prevista no parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil.



DATA: 21 / 11 / 2003

Proc. E-33 / 100.442 / 2003

AGENERSA

Fls: 177x

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

fato gerador da multa, tendo como base de cálculo o montante acumulado dos últimos 12 (doze) meses. No entanto, pela planilha calculada pela CAPET, eles consideram a atualização mensalmente, ou seja, a partir da competência que serviu como base de cálculo, iniciando-se por julho de 1998.

Assim, realizamos cálculos sobre as duas possibilidades, pois não é da nossa competência definir qual seja o critério de cálculo a ser enviado a CEG.

Outra questão importante, que não foi abordada, é quanto à possibilidade da aplicação de juros sobre o saldo devedor, pois a Lei 2.686/97 não entra no detalhe de aplicar juros sobre as multas impostas pela ASEP-RJ. Assim, aguardamos instruções quanto ao procedimento a ser realizado caso a Concessionária não pague no prazo de 30 (trinta) dias.

Informamos que muito embora não esteja normatizado quanto à cobrança de juros sobre os valores de multa a serem recolhidos pelas Concessionárias, sugerimos, que seja aplicado o que preconiza o artigo 161, § 1º da Lei 5.172/66, artigo 406 da Lei 10.406/2002 e artigo 192, § 3º da /88."

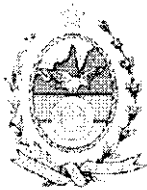
A Assessoria Jurídica apresenta seu parecer nº 01/2004 – ASEP-RJ/ASJUR – DMS, no qual conclui que:

"(...) entende esta Assessoria Jurídica que: a) a base de cálculo da multa deve coincidir com o montante adotado para a taxa de regulação, excluídas do conceito de faturamento receitas estranhas aos serviços regulados; b) não podem ser excluídos da base de cálculo da multa os valores relativos a quaisquer tributos por inexistência de autorização legal ou contratual; c) a correção monetária, deve incidir sobre o montante do faturamento apurado somente a partir da data do fato que deu origem à imposição; d) quanto aos juros, duas são as possibilidades: d.a) a incidência dos juros legais fixados nos parâmetros do art. 406 do Código Civil, hoje taxa SELIC, ou caso assim não entender o E. Conselho Diretor; d.b) correção monetária cheia, calculada a cada período de 30 (trinta) dias acrescida de juros contratuais de 1% (hum por cento) incidentes com idêntica periodicidade a partir do vencimento da multa."

Na 7ª Reunião Interna⁹ de 07/04/04, o Conselho Diretor decide por unanimidade a utilização da taxa SELIC para cálculo das multas conforme parecer 01/04 da ASJUR.

O processo é enviado pela Secretária Executiva à SUFIC, em 15/07/04, através de despacho, no qual solicita que a SUFIC efetue os cálculos de acordo com o deliberado pelo Conselho Diretor, em reunião.

⁹ Fl. 65/66



DATA: 21 / 11 / 2003

Proc. E-33 / 100.442 / 2003

AGENERSA

Fls: 178

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

Em resposta, a SUFIC, em 16/07/04, apresenta seu parecer, no qual esclarece que:

“Para atendimento da determinação, (...) esta Superintendência Financeira demanda maiores esclarecimentos acerca da metodologia de cálculo a ser adotada, tendo em vista a necessária segurança quanto à adequação dos cálculos em relação à legislação pertinente, sobretudo no que se refere ao disposto contratualmente, às Deliberações do Conselho Diretor e ao Parecer 01/04 – A SEP-RJ/ASJUR-DMS (através do qual o Conselho Diretor fundamentou a aprovação da taxa SELIC para cálculo da multa em tela).

Quanto à solicitação de preparação dos expedientes relativos às cobranças, conforme despacho exarado à fl. 67, ratifico nosso entendimento (decorrente de reunião realizada em 08/07/04) de que essa Secretaria Executiva se encarregará dos respectivos procedimentos.

Aproveito, ainda, a oportunidade para propor que, uma vez acolhida a solicitação de encaminhamento do presente processo, nos termos do despacho em tela, quando aquela assessoria encaminha o parecer conclusivo acerca da metodologia de cálculo a ser utilizada, seja enviado o processo à CAPET, para que tal Câmara efetue os cálculos e indique o montante devido até a data de vencimento da obrigação. Assim, esta Superintendência Financeira passaria a instruir o processo tendo em vista o recebimento da multa (...) deixando a análise dos aspectos regulatórios para o órgão considerado como mais completo.”

Através do ofício ASEP-RJ nº 308/04¹⁰, de 16/07/04, a CEG é comunicada que até a presente data não consta o recebimento da multa em tela.

Através do ofício ASEP-RJ nº 421/04¹¹, de 31/08/04, a CEG é novamente comunicada que até a presente data não consta o recebimento da multa em tela.

Em resposta, através da correspondência DIRII-E- 282/04¹², de 30/08/04, a CEG informa que tal demanda encontra-se *sub judice* na 8ª Vara de Fazenda do Rio de Janeiro, por meio do processo 2004.001.075288-9, processo no qual foi deferida liminar suspendendo os efeitos das Deliberações ASEP-RJ/CD nº 197/02 e 332/03.

Através da correspondência DIRII-E- 286/04¹³, de 02/09/04, a CEG reitera as informações contidas na correspondência DIRII-E- 282/04.

Através de despacho, de 06/12/04, a Assessoria Jurídica em seu parecer conclui: *“(…) mantém-se para todos os efeitos processuais o indeferimento parcial da tutela antecipada, devendo, todavia, a ASEP-RJ abster-se de lavrar a multa.”*

¹⁰ Fl. 714

¹¹ Fl. 72

¹² Fl. 73

¹³ Fl. 77



AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIROSE
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E
SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
DATA: 21 / 11 / 2003
Proc. E-33 / 100.442 / 2003
Fls: 379 X

Na Sessão Regulatória de 17/02/04, o Conselho Diretor decide anular, com efeito *ex tunc*, a Deliberação ASEP-RJ/CD nº 350/03; conhecer e dar provimento parcial aos embargos à Deliberação, afim de que seja sanada a contradição existente, culminando com a Deliberação ASEP-RJ/CD nº 408/04¹⁴.

Na Sessão Regulatória de 27/04/04, o Conselho Diretor decide conhecer e dar provimento parcial aos embargos opostos a fim de republicar a Deliberação ASEP-RJ/CD nº 408/04, culminando com a Deliberação ASEP-RJ/CD nº 448/04¹⁵.

O processo é enviado pela SECEX à Assessoria Jurídica, através de despacho, de 07/04/05, no qual solicita que a mesma restitua o processo tão logo esteja encerrado o processo para os demais procedimentos administrativos.

O processo é enviado pela SECEX à Assessoria Jurídica, através de despacho, de 05/01/06, no qual solicita informação sobre a situação da Ação Anulatória.

Em resposta, através de despacho, de 24/01/06, a Assessoria Jurídica em seu parecer conclui que:

"(...) ficam mantidos os efeitos da decisão exarada em 1ª instância, a qual deferiu parcialmente a tutela antecipada no que tange a suspensão da multa aplicada.

Outrossim, embora mantidos os efeitos processuais do deferimento parcial da liminar em tela, o que impossibilita esta Agência de efetuar a lavratura da multa, útil se torna

¹⁴ DELIBERAÇÃO ASEP-RJ/CD Nº 408 DE 17 DE FEVEREIRO DE 2004.

CONCESSIONÁRIA: COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO – CEG - RETIFICAÇÃO DA DELIBERAÇÃO ASEP-RJ/CD Nº 332/03, DE 28 DE OUTUBRO DE 2003.

O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – ASEP-RJ, no uso de suas atribuições legais e regimentais e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório Nº E-04/079.377/2001, por unanimidade, **DELIBERA**:

Art. 1º. Anular, com efeito *ex tunc*, a Deliberação ASEP-RJ/CD nº 350/03, de 25 de novembro de 2003;

Art. 2º. Conhecer e dar provimento parcial aos embargos à Deliberação ASEP-RJ/CD Nº 332/03, de 28 de outubro de 2003, afim de que seja sanada a contradição existente;

Art. 3º. Alterar a redação da Deliberação ASEP-RJ/CD Nº 332/03, de 28 de outubro de 2003, passando a vigorar com a seguinte redação:

"Artigo 1º. Aplicar multa à Concessionária, no valor de 0,02% do montante do seu faturamento dos últimos 12 (doze) meses, com base no prescrito na CLÁUSULA DEZ - PENALIDADES, no item (ii), multa, INCISO IV do Contrato de Concessão – "descumprir norma legal ou regulamentar, determinação da ASEP-RJ ou qualquer disposição ou cláusula deste contrato", pelo não cumprimento da Segunda Parte, do item 2.2., do Anexo II – Parte 1 – Metas de Melhoria - "Pontas de linha de rede de alta e média pressão (gás natural ou manufaturado); prazo máximo para implantação de 2 (dois) anos", tanto no que se refere ao prazo estabelecido, quanto aos pontos indicados a serem telemetrizados.

Artigo 3º. Fixar o prazo de 30 (trinta) dias para o pagamento da multa.

Artigo 4º. Esta Deliberação entra em vigor na data de sua publicação."

¹⁵ DELIBERAÇÃO ASEP-RJ/CD Nº 448/04 DE 27 DE ABRIL DE 2004.

CONCESSIONÁRIA: COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO - CEG - EMBARGOS À DELIBERAÇÃO ASEP-RJ/CD Nº 408/04, DE 17 DE FEVEREIRO DE 2004.

O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - ASEP-RJ, no uso de suas atribuições legais e regimentais e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-04/079.377/2001, por unanimidade, **DELIBERA**:

Art. 1º - Por conhecer e dar provimento parcial aos Embargos opostos a fim de republicar a Deliberação ASEP-RJ/CD Nº 408/04, nos termos aprovados em Sessão Regulatória realizada em 17 de fevereiro de 2004.



AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIROAGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
Sede: Rua Rio de Janeiro, 100 - Centro - Rio de Janeiro
DATA: 21 / 11 / 2003
Proc. E- 33 / 100 . 442 / 2003
Fls: 130

destacar a necessidade constante de acompanhamento da evolução processual, face à interposição, pela CEG, de Recurso Especial (nº 2005.135.10132), encontrando-se, por ora, em tramitação interna, nos termos regimentais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro."

O processo é enviado pela SECEX à Assessoria Jurídica, através de despacho, de 01/03/07, no qual solicita que seja verificado o andamento do processo judicial.

Em resposta, através de despacho, de 23/03/07, a Assessoria Jurídica, em seu parecer, conclui que:

"(...) Destaca-se, conforme se extrai do andamento processual anexo, que a CEG não se encontra amparada por Tutela Antecipada no que tange à penalidade pecuniária imposta."

"Nesse sentido, não há óbice legal à cobrança de multa administrativa."

"Contudo, vale ressaltar que ainda não foi apreciado o mérito da presente Ação Judicial, o que se impõe acompanhar o feito até ulterior manifestação judicial."

O processo é enviado pela SECEX à CAPET, através de despacho, de 22/07/08, no qual solicita análise quanto à necessidade de atualização de planilha de cálculo, à fl. 30, do valor a ser cobrado referente à multa imposta

Em resposta, através da CI AGENERSA-RJ/CAPET nº 36/08, na qual informa que:

"(...) Destacamos que não há base para nova atualização dos valores acima dispostos, até a data posterior à que foi utilizada, pois o entendimento é que a penalidade só deve ser atualizada até a aplicação da penalidade original. O que poderia ocorrer é uma cobrança de juros e mora por atraso no pagamento. Sugerimos que a Procuradoria seja consultada sobre o assunto, para saber se há óbices legais quanto ao tema, pois trata-se de medida disciplinar e não arrecadatória. 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."

O processo é enviado pela SECEX à Procuradoria, através de despacho, de 11/08/08, no qual solicita análise da minuta do Auto de Infração, rogando que seja verificada a existência de demanda judicial, informando a situação processual da mesma, bem como sobre a existência de recurso administrativo pendente no processo regulatório, e ainda se a referida minuta atende a Instrução Normativa CODIR/AGENERSA nº 001/2007 que a mesma restitua o processo tão logo esteja encerrado para os demais procedimentos administrativos. Solicita também que seja informada sobre a possibilidade de cobrança pecuniária.



AGENERSA

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

Em resposta, através de despacho, de 04/09/08, a Procuradoria em seu parecer assevera que o Auto de Infração atende aos termos do Art. 10º da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, e ressalta que a memória de cálculo deve acompanhar o mesmo.

O processo é distribuído a este gabinete, conforme a resolução do Conselho Diretor nº. 119/08¹⁶, de 24/09/08.

Em 25/09/08, o processo é encaminhado ao meu gabinete. A seguir apresento, resumidamente, os termos da Defesa:

Inicialmente, a Concessionária: *"(...) Entende que, 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 desta AGENERSA, sob pena de contrariedade do seu objetivo.*

Em face do exposto, pugna esta Concessionária pela declaração de nulidade do Auto de Infração nº 025/08 (...).

O Contrato de Concessão celebrado entre o Governo do Estado do Rio de Janeiro e esta Concessionária em 21 de julho de 1997, estabelece o seguinte em seu parágrafo 2º da Cláusula Décima:

"As penalidades, que guardarão proporção com a gravidade da infração serão aplicadas mediante procedimento administrativo, em que se assegure à CONCESSIONÁRIA amplo direito de defesa."

Do teor da cláusula destacada, conclui-se que a aplicação de penalidades, em face da Concessionária, somente é possível por meio de processo administrativo, regularmente instaurado no âmbito dessa Agência Reguladora.

Em via de consequência, a aplicação de penalidades, em face desta Concessionária, por meio da lavratura de Auto de Infração, é a medida que não encontra amparo no Contrato de Concessão celebrado com o Poder Concedente, razão pela qual é manifestamente indevida.

(...) Portanto, 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 outras Concessionárias de Serviço Público deste Estado.

¹⁶ Fl. 151



AGENERSA

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

(...) Pelo exposto, servimo-nos da presente para requerer o acolhimento da presente preliminar, com a declaração da nulidade do Auto de Infração nº 025/2008, pela absoluta ausência de disposição contratual que o fundamente.

(...) Como é de conhecimento desta AGENERSA, a Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, publicada no DOERJ de 21/09/07, estabeleceu os requisitos para a lavratura do Auto de Infração, consoante modelo anexo à referida normativa.

(...) Na verdade, constata-se que os ilustres agentes da AGENERSA, responsáveis pela sua lavratura, deixaram de obedecer a alguns requisitos de formalidade.

Constata-se, também, que 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.

Verifica-se, ainda, que 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.

(...) Portanto, na forma da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, a condição "sine qua nom" para a lavratura do Auto de Infração, é a determinação de sua lavratura, por ato do Conselho Diretor dessa AGENERSA.

(...) O disposto no artigo 8º da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007 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 necessita de determinação do Conselho Diretor.

(...) Passados dez anos desde o início da Concessão, constata-se que essa Agência Reguladora, somente com a edição da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, em 21/09/2007, estabeleceu os critérios para a aplicação de penalidades.

A edição da referida Instrução Normativa, mais do que nunca, confirma a inexistência de critérios específicos à época da aplicação da penalidade de multa imputada em face desta Concessionária, a qual é objeto do Auto de Infração nº 025/08.

Sob esse aspecto, não caberia a aplicação de qualquer penalidade à Concessionária, estando a mesma viciada pela ausência de critérios objetivos para a sua aplicação e gradação.

No mérito, a Concessionária assevera que: "(...) Com efeito, a Deliberação que ensejou a lavratura do Auto de Infração nº 025/08, faz referência ao não



DATA: 21 / 11 / 2003

Proc. E- 33 / 100 . 442 / 2003

AGENERSA

Fls: 193

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

cumprimento do item 2.2 do Anexo II – Metas de Melhoria do Contrato de Concessão, que fala apenas em “Telemetria”.

Ocorre que o presente processo tem por escopo específico um sub-item do item 2.2, qual seja telemetria de “pontas de linha de rede de alta e média pressão (gás natural ou manufaturado)” e não integralmente o item 2.2, já que o mesmo engloba outro sub-item além do objeto do presente processo, que vem a ser telemetria para “clientes com demandas iguais ou superiores a 400.000 m³/mês”. Aliás, esse tema é objeto de outro processo regulatório (nº E- 04/079.377/2001).

(...) De fato, não existe neste processo regulatório nenhum estudo técnico da CAENE fundamentando a conclusão de que o projeto da CEG não atenderia o disposto no Contrato. Nenhuma das assertivas dos técnicos da antiga ASEP, atual AGENERSA, no que se refere ao aspecto específico debatido nesse Contrato, foi fundamentada tecnicamente.

Com efeito, inexistente em qualquer ponto do Contrato qualquer disposição no sentido de submeter previamente o citado Projeto à Agência Reguladora e, se assim não dispõe o Contrato, não há porque se atribuir tal obrigação à Concessionária, criticá-la ou penalizá-la por isso.

(...) Em vista de todo exposto, resta inconteste que esta Concessionária cumpriu com a meta prevista no 2º sub-item do item 2.2 do Anexo II do Contrato de Concessão, não sendo cabível a aplicação de quaisquer penalidades à Concessionária, ou determinação de prazo para cumprimento da meta já cumprida, o que se constituiria em um impensável e absurdo equívoco.

(...) Na hipótese de não acolhimento das alegações acima expostas, cumpre a esta Concessionária esclarecer que, para que possa a Agência Reguladora penalizar, como fez por meio da aplicação de uma penalidade de multa pecuniária, deve antes regular, e mais, fiscalizar.

No caso em tela, quando da aplicação da penalidade objeto do Auto de Infração ora impugnado, não houve regulação ou fiscalização prévias sobre práticas realizadas pela Concessionária.

Como dito anteriormente, somente em 21/09/07 esse respeitável Conselho Diretor regulamentou o assunto, através da edição da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, estabelecendo critérios para aplicação de penalidades.

A edição da referida normativa tem o condão de ratificar integralmente os argumentos ora apresentados, no sentido de que, a penalidade de multa pecuniária aplicada pela Deliberação AGENERSA nº 197/02, cobrada pelo Auto de Infração nº 025/08, foi realizada sem a observância dos critérios específicos.



DATA: 21 / 11 / 2003

Proc. E-33 / 100 . 442 / 2003

AGENERSA

Fls: 134

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

(...) Não obstante, ainda que se pudesse, apenas para efeito de argumentação, pretende penalizar esta Concessionária, é cediço, que na fixação da penalidade, 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".

Assim, já que não houve comprovação de que tenha esta Concessionária agido culposamente, não havendo até o presente momento dano a ser reparado, ou ainda que existisse, não se revestindo da extensão necessária ou razoável a configurar a penalização pecuniária, nem tampouco, nos elevados patamares fixados, nos fazem crer que a multa aplicada possui nítida finalidade arrecadatória.

(...) Na hipótese de manutenção do Auto de Infração lavrado, entende esta Concessionária que, em que pesem o conhecimento e percuciência do ilustre gerente da CAPET, o fato é que, os cálculos realizados pelo mesmo, estão em desacordo com os procedimentos definidos pelo Contrato de Concessão.

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

Para calcular o valor da multa aplicada pela Deliberação AGENERSA nº 197/02, integrada pelas Deliberações nº 332/03 e 408/04, a CAPET procedeu à atualização monetária dos valores referentes ao faturamento desta Concessionária, no período entre jul/98 a jun/99. Tal entendimento encontra-se absolutamente equivocado, ensejando a majoração indevida do valor da multa aplicada.

Vale dizer, também, que o procedimento adotado pela CAPET não guarda qualquer amparo 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 no original)

Da leitura acima, constata-se que não há qualquer determinação para que o montante do faturamento da Concessionária seja atualizado monetariamente, quando do cálculo da multa.

Na verdade, a cláusula acima exposta estabelece que deve ser utilizado como parâmetro para cálculo da multa, o faturamento da Concessionária nos últimos doze



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

meses **anteriores à ocorrência da infração**, o que implica, necessariamente, na utilização dos valores históricos do faturamento.

Assim, mesmo que seja aplicada em momento posterior à ocorrência da infração, a multa deve ser calculada levando em conta o exato momento da infração.

Por fim, é importante registrar que na descrição de memória de cálculo, realizada pela CAPET, menciona-se abstratamente a utilização de índices para a atualização monetária, quando disponíveis da edição da Deliberação final.

Porém, vislumbra-se que na demonstração do cálculo na planilha anexa ao Auto de Infração ora impugnado, em nenhum momento é apontado qual é o valor pormenorizado da atualização, com os respectivos valores empregados, o que é suficiente para ensejar a obscuridade dos cálculos da CAPET.

Além da falta de previsão contratual e normativa sobre a questão, entende esta Concessionária que, não pode a mesma ser penalizada por essa AGENERSA, pela longa demora na análise do processo e consequente aplicação da multa.

Eventual discussão sobre a existência de atualização monetária somente é possível, após a aplicação da penalidade, porém, nunca em relação ao faturamento utilizado para o cálculo da multa.

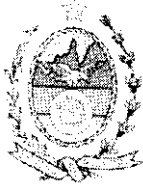
Dessa forma, impugna esta Concessionária o valor da multa encontrado pela CAPET, entendendo que se há algum quantum devido a título de multa, este se refere ao montante calculado sob os valores históricos, no importe de R\$ 47.199,23.

Na remota hipótese de não serem acolhidos os argumentos desta Concessionária, entendemos que a atualização monetária dos valores, não foi realizada em observância aos índices do IGP-M, referentes ao período de apuração. E se foi, não foi apresentada de forma pormenorizada a esta Concessionária.

Dessa forma, o valor devido a título de multa pecuniária, correspondente a 0,02% do valor acima mencionado, é de R\$ 47.199,23, e não de R\$ 63.769,02, como apontado pela memória de cálculo apresentada pela CAPET.

Assim, impugna esta Concessionária o valor calculado a título de multa pecuniária encontrado pela CAPET, devendo ser acolhido o valor ora apresentado, qual seja, R\$ 47.199,23. ”

Por fim, a Concessionária conclui: “Face ao exposto, louvando-se, principalmente, nos doutos suplementos com que o Eminentíssimo Julgador enriquecerá a futura decisão, confia esta Concessionária no acolhimento das matérias elencadas preliminarmente, anulando-se o Auto de Infração nº 025/08.



DATA: 21 / 11 / 2003

Proc. E-33 / 100.442 / 2003

AGENERSA

Fls: 186

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

Na remota hipótese de rejeição das preliminares ora suscitadas, no mérito, que sejam tornadas insubsistentes as alegações descritas no Auto de Infração nº 025/08, julgando-se improcedente o mesmo, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua lavratura, tornando sem efeito a aludida autuação, (...)."

O presente processo, em 10/10/11, foi encaminhado à Procuradoria para análise e pronunciamento quanto aos documentos acostados às fls. 134/150.

A Procuradoria, considerando a natureza técnica de tais alegações, primeiramente, roga análise das mesmas pela CAPET.

Em resposta à Procuradoria à CAPET, às fls. 155/157, apresenta seu parecer, o qual, a seguir apresento em parte:

"1) No tópico "Do valor da multa constante do Auto de Infração ora impugnado", a Concessionária aponta que os cálculos efetuados estão fora do acordado nos termos do Contrato de Concessão, impugnando o valor apurado e a atualização monetária do mesmo.

2) Cabe ressaltar, previamente, que a contestação da atualização monetária do valor apurado infere a aceitação tácita de que o levantamento dos valores históricos de faturamento utilizados nos cálculos desta CAPET está correto, bem como a multa daí decorrente.

O procedimento desta CAPET é constante e matematicamente fundamentado: a partir do valor histórico da multa pecuniária é realizada a atualização monetária, até o mês imediatamente anterior à data de emissão da Deliberação correspondente, obedecendo a prática determinada pelo Conselho Diretor.

Quer a Concessionária caracterizar como "obscuridade" o fato de não constar da planilha utilizados. Cabe lembrar, que no corpo da CI CAPET 36/2008, de 23/07/08, às folhas 119 e 120, consta o item "c", cujo inteiro teor transcrevemos a seguir, com os grifos nossos:

"c) O cálculo do atraso tomou por base os faturamentos mensais da CEG desde julho de 1998 até junho de 1999, sendo adotado como término da atualização o mês de janeiro de 2002, para o qual havia índices de atualização disponíveis quando da edição da Deliberação inicial. Foi utilizado o IGP-M, o mesmo referencial para a atualização das tarifas anuais da Concessionária. O resultado está apresentado no quadro abaixo:"

Verifica-se, claramente, que há a menção explícita à data-base (junho de 1999), à data final (janeiro de 2002) e ao índice utilizado (IGP-M), ressaltando-se o fato de que se trata do mesmo indicador adotado para o reajuste tarifário anual da CEG.



AGENERSA

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

Por amor ao debate, vamos refazer o cálculo:

- Valor histórico: R\$ 235.995.990,65;
- IGP-M junho/1999: 160,573;
- IGP-M janeiro/2002: 216,944
- Variação: 1,351061 511
- Valor histórico atualizado: R\$ 318.845.099,71;
- Valor histórico da multa (0,02% sobre o valor atualizado): R\$ 63.769,02.

Quanto ao tema, cabe reproduzir, ainda, o texto publicado pela Concessionária no Jornal do Brasil, por ocasião da tabela tarifária a vigor a partir de 01/01/2007, tabela esta constante do Processo Regulatório E-33/100.099/2006, à folha 32:

"Comunicamos que, conforme previsto no Contrato de Concessão assinado entre o Governo do Estado do Rio de Janeiro e a CEG, e na Deliberação ASEP-RJ/CD nº 555, de 03/12/04, estaremos promovendo a atualização das tarifas de gás com vigência a partir de 01/01/2007, conforme tabela abaixo, visando cobrir o impacto da variação do índice de inflação ocorrida no período de 01/12/2005 a 30/11/2006, aplicada à tarifa, excluídos o custo de aquisição do gás e os tributos incidentes."

A Concessionária não informou a seus clientes/consumidores quais eram os índices originais e final adotados, qual foi a variação percentual, nem sequer o índice de inflação adotado. A tabela dispõe, tão somente, dos valores de tarifa-limite para cada faixa. Portanto, não cabe a propalada alegação de obscuridade no presente caso.

A Concessionária também contesta a aplicação de atualização monetária até o estabelecimento da decisão (deliberação), fazendo uso da velha tese de responsabilizar a AGENERSA pela demora na análise do processo e aplicação de multa. Destacamos que, dada 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."

Após os devidos esclarecimentos da CAPET, a Procuradoria apresenta seu parecer, como segue, em parte:

Preliminarmente "(...) A Concessionária CEGRIO elucida (...) que o presente processo administrativo fere o princípio da economia processual (...).

Em que pese a defesa trazida pela Concessionária CEG, salta aos olhos que os dois processos apontados não se confundem, uma vez que, enquanto o Processo



DATA: 31 / 11 / 2003

Proc. E- 33 / 100.442 / 2003

AGENERSA

Fls: 183

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

Regulatório nº. E-04/079.377/2001 trata do descumprimento por parte da Concessionária por ter a mesma descumprido o estabelecido no Anexo II - Parte 1 - Metas de Melhoria, Segunda Parte, do item 2.2, do Contrato de Concessão, o presente processo objetiva a efetiva aplicação de penalidade, não violando, pois, o princípio da economia processual.

No que tange a nulidade do Auto de Infração e ausência de previsão no Contrato de Concessão, tendo por base a Instrução Normativa/CD nº. 001/2007, "(...) útil se faz destacar que esta AGENERSA, por força de disposição legal, possui (...) a competência expressa de zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições.

Por sua vez, ainda que não exista cláusula contratual que preveja a lavratura de Auto de Infração, a esta AGENERSA compete notificar a Concessionária da penalidade aplicada pelo Conselho Diretor, dever consolidado nas normas que regem a teoria geral do processo que se aplica subsidiariamente ao Processo Administrativo. Tal comunicação se dá através dos instrumentos: Auto de Infração e/ou notificação.

Por outro lado, é válido registrar a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007 que "Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pela Agência (...) nas ações de fiscalização das obrigações legais e contratuais das Concessionárias CEG e CEG RIO e na aplicação de penalidades àquelas Concessionárias, quando for o caso".

Nessa linha de raciocínio, salta aos olhos que a determinação de lavratura de Auto de Infração possui a natureza de medida idônea e apta à aplicabilidade de infrações administrativas, devidamente apuradas, razão pela qual carecem de embasamento legal as alegações trazidas pela Concessionária.

No trato da alegação de nulidade do Auto de Infração, descumprimento às formalidades legais e falta de critério para fixação de penalidades, "(...) alega a Concessionária que o Auto de Infração em tela, não preenche os requisitos necessários de validade (...) nos termos da Instrução Normativa 001/2007, e no campo 10.31, não teve os valores discriminados e atualização monetária.

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 AI, não havendo fatos novos, ao contrário do que afirma a Concessionária.

Portanto os critérios usados para a aplicação de penalidades, estão de acordo com o contido em todo arcabouço jurídico norteador da relação existente entre a Delegatária e a AGENERSA.



DATA: 31/11/2003

Proc. E-33/100.442/2003

AGENERSA

Fls:

189x

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

No julgamento do Mérito "(...) entendemos que as colocações técnicas abordadas pela Concessionária neste processo, já foram devidamente analisadas pela área técnica da Agência Reguladora.

Na comparabilidade da penalidade fixada e violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade "(...) alega a Concessionária que esta AGENERSA carece de critérios objetivos que visem regulamentar a aplicação de penalidades em face de seus regulados.

A penalidade aplicada à Concessionária foi praticada de acordo com o instrumento concessivo, de forma criteriosa, observando o devido processo legal, cabendo tal prerrogativa ao Conselho Diretor da Agência Reguladora, segundo a Lei 4556/2005.

No plano da adequação, ficou evidenciado ao longo do feito que a concessionária, ora Recorrente, não diligenciou quanto ao ocorrido, cabendo sua responsabilidade quanto ao descumprimento do Contrato de Concessão. O sub-princípio da necessidade decorre da impossibilidade de obtenção do resultado pretendido por outro meio menos gravoso.

O contrato de concessão prevê que a violação de suas cláusulas resultará na imposição de penalidades. Isto porque, reconheceram as partes previamente, que esta seria uma medida necessária à impor a coerção da execução do contrato. É medida necessária também do ponto de vista legal, tanto é assim que a cláusula relativa à penalidade é reconhecida como essencial ao contrato de concessão, como dispõe o inciso VIII do art. 23 da Lei de Concessões, Lei 8987/95.

Assevera esta Procuradoria que "no tocante à multa constante do AI ora impugnado, reportamo-nos à análise feita pela CAPET às fls.155/157, da qual destacamos o seguinte trecho: "Esta CAPET mantém o entendimento de que a atualização monetária é devida e corretamente aplicada".

Isto posto, conclui a Procuradoria, com o de acordo do Procurador Geral da Agência, 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."

Por meio do ofício AGENERSA/ASSESS/SR nº. 002/11¹⁷, de 14/01/11 a Concessionária foi instada a oferecer razões finais, em conformidade com o disposto no §2º, do Art. 50, da Resolução AGENERSA nº. 02, de 23/06/09, dentro do prazo de 10 dias.

¹⁷ Fl. 169



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

Através da correspondência DIJUR-E-069/11¹⁸, de 25/01/11, a Concessionária, em resposta ao ofício acima, tece suas considerações finais, como segue:

“Em atendimento ao ofício em referência, servimo-nos da presente para reiterar os termos da Defesa interposto pela Concessionária contra o auto de infração n° 025/08, instrumento através do qual é cobrada a penalidade de multa imposta na Deliberação ASEP-RJ n°. 197/02, alterada pelas Deliberações ASEP-RJ n° 332/03 e 408/04, acostada às fls. 134/150 (...) e (...) que seja anulada a Deliberação AGENERSA no 197/02, tornando insubsistentes as alegações descritas no Auto de Infração, julgando-se improcedente o mesmo, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua lavratura, tornando sem efeito a aludida autuação, revogando-se a punição de multa que lhe foi imputada.”

É o relatório.


Sérgio Raposo.
Conselheiro-Relator.

¹⁸ Fl. 173



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: 23/11/2003

Proc. E-33/100.442/2003

Fls: 191

Processo nº.: E-33/100.442/2003

Autuação: 21/11/2003

Concessionária: CEG

Assunto: Processo E-04/079.377/01 – Deliberação ASEP-RJ nº 197/02 – Deliberação ASEP-RJ 332/03 – Aplicação de Penalidade.

Relato: 20 de dezembro de 2011

VOTO

Trata-se de Defesa protocolizada nesta Agência em 22/09/08, pela concessionária CEG, em face do Auto de Infração nº 025/08, aplicando penalidade de multa imposta na Deliberação ASEP-RJ nº 197/02¹, integrada pelas Deliberações ASEP-RJ nº 332/03 e 408/04.

A CEG, em 07/11/03, protocoliza ao processo principal (E-04/079.377/2001), tempestivamente, Embargos de Declaração contra a Deliberação ASEP-RJ nº. 332/03².

¹ DELIBERAÇÃO ASEP-RJ/CD Nº 197/02 DE 21 DE FEVEREIRO DE 2002.

APLICA MULTA À CONCESSIONÁRIA COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO – CEG O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - ASEP-RJ, no uso de suas atribuições legais e regimentais e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório E-04/079.377/2001, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar multa à Concessionária, no valor de 0,02% do montante do seu faturamento dos últimos 12 (doze) meses, com base no prescrito na CLÁUSULA DEZ - PENALIDADES, no item (ii), multa, INCISO IV do Contrato de Concessão – “descumprir norma legal ou regulamentar, determinação da ASEP-RJ ou qualquer disposição ou cláusula deste contrato”, pelo não cumprimento da Segunda Parte, do item 2.2., do Anexo II – Parte 1 – Metas de Melhoria - “Pontas de linha de rede de alta e média pressão (gás natural ou manufaturado); prazo máximo para implantação de 2 (dois) anos”, tanto no que se refere ao prazo estabelecido, quanto aos pontos indicados a serem telemetrizados.” (NOVA REDAÇÃO DADA PELA DELIBERAÇÃO ASEP-RJ Nº 332, DE 28 DE OUTUBRO DE 2003)

Art. 2º - Conceder à Concessionária um prazo máximo de 60 (sessenta) dias úteis, a partir da presente deliberação, para cumprimento do prescrito no item 2.2 do Anexo II do Contrato de Concessão.”

² DELIBERAÇÃO ASEP/RJ-CD nº 332/03 28 DE OUTUBRO DE 2003

RECURSO INTERPOSTO PELA CONCESSIONÁRIA CEG RIO S.A. CONTRA A DELIBERAÇÃO ASEP-RJ Nº. 197, DE 21 DE FEVEREIRO DE 2002. NEGADO PROVIMENTO. MANTIDA A DELIBERAÇÃO, COM ACRÉSCIMO DE ESCLARECIMENTO DA PENALIDADE E FIXAÇÃO DE PRAZO PARA OPAGAMENTO DA MULTA.

O Conselho Diretor da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ, no uso de suas atribuições legais e regimentais e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-04/079.377/2001, por unanimidade, DELIBERA:

Artigo 1º. Negar provimento ao recurso da Concessionária CEG RIO S.A., mantendo a Deliberação ASEP-RJ/CD nº 197, de 21 de fevereiro de 2002, em todos os seus termos.

Artigo 2º. Dar nova redação ao artigo 1º da Deliberação ASEP-RJ/CD nº 197, como se segue:

“Artigo 1º. Aplicar multa à Concessionária, no valor de 0,02% do montante do seu faturamento dos últimos 12 (doze) meses, com base no prescrito na CLÁUSULA DEZ - PENALIDADES, no item (ii), multa, INCISO IV do Contrato de Concessão – “descumprir norma legal ou regulamentar, determinação da ASEP-RJ ou qualquer disposição ou cláusula deste contrato”, pelo não cumprimento da Segunda Parte, do item 2.2., do Anexo II – Parte 1 – Metas de Melhoria - “Pontas de linha de rede de alta



DATA: 21/11/2003

AGENERSA

Proc. E-33/100.442/2003

Fls. 152

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

Inicialmente a CAENE informa que conforme o Contrato de Concessão, a Concessionária teria o prazo máximo de dois anos para implantação do sistema de telemetria, e conclui: *"Dessa forma, entendemos que a data de ocorrência da infração relativa à multa aplicada à Concessionária através da Deliberação ASEP-RJ/CD 332/03, é de julho de 1999"*.

Na Sessão Regulatória de 25/11/03, o Conselho Diretor decide rejeitar efeitos infringentes aos Embargos opostos, declarando-os de fins meramente protelatórios, culminando com a Deliberação ASEP-RJ/CD nº 350/03³.

O processo é enviado pelo DECON ao Superintendente da SUFIC, em 08/12/03, através de despacho, no qual informa que:

"(...) Ressaltamos que é do nosso entendimento que os valores a serem atualizados pela variação do IGPM só devem sofrer as atualizações a partir de 21/07/99, data do fato gerador da multa, tendo como base de cálculo o montante acumulado dos últimos 12 (doze) meses. No entanto, pela planilha calculada pela CAPET, eles consideram a atualização mensalmente, ou seja, a partir da competência que serviu como base de cálculo, iniciando-se por julho de 1998.

Assim, realizamos cálculos sobre as duas possibilidades, pois não é da nossa competência definir qual seja o critério de cálculo a ser enviado à CEG.

Informamos que muito embora não esteja normatizado quanto à cobrança de juros sobre os valores de multa a serem recolhidos pelas Concessionárias, sugerimos, que seja aplicado o que preconiza o artigo 161, § 1º da Lei 5.172/66, artigo 406 da Lei 10.406/2002 e artigo 192, § 3º da /88."

A Assessoria Jurídica apresenta parecer, no qual conclui que:

"(...) entende esta Assessoria Jurídica que: a) a base de cálculo da multa deve coincidir com o montante adotado para a taxa de regulação, excluídas do conceito de faturamento receitas estranhas aos serviços regulados; a incidência dos juros

e média pressão (gás natural ou manufaturado); prazo máximo para implantação de 2 (dois) anos", tanto no que se refere ao prazo estabelecido, quanto aos pontos indicados a serem telemetrizados."

Artigo 3º. Fixar o prazo de 30 (trinta) dias para o pagamento da multa.

³ DELIBERAÇÃO ASEP/RJ-CD Nº 350/03 DE 25 DE NOVEMBRO DE 2003

CONCESSIONÁRIAS CEG E CEG RIO, S.A. – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO À DELIBERAÇÃO ASEP-RJ/CD - 332/03 QUE MANTEVE A DELIBERAÇÃO ASEP-RJ/CD 197/02 - NEGA CONHECIMENTO, REJEITA EFEITOS INFRINGENTES E FAZ ADVERTÊNCIA.

O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – ASEP/RJ, no uso de suas atribuições legais e regimentais e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório Nº E-04/079.377/2001, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Negar conhecimento e rejeitar efeitos infringentes aos Embargos opostos, declarando-os de fins meramente protelatórios.

Art. 2º - Advertir as Concessionárias que, em persistindo a interposição de Embargos, comprovadamente procrastinatórios, será aplicada a multa prevista no parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil.



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

legais fixados nos parâmetros do art. 406 do Código Civil, hoje taxa SELIC, ou caso assim não entender o E. Conselho Diretor; correção monetária cheia, calculada a cada período de 30 (trinta) dias acrescida de juros contratuais de 1% (hum por cento) incidentes com idêntica periodicidade a partir do vencimento da multa.”

Na 7ª Reunião Interna⁴ de 07/04/04, o Conselho Diretor decide por unanimidade a utilização da taxa SELIC para cálculo das multas conforme parecer 01/04 da ASJUR.

Inconformada a CEG recorreu ao Judiciário, tendo acolhida na 8ª Vara de Fazenda do Rio de Janeiro, por meio do processo 2004.001.075288-9, no qual foi deferida liminar suspendendo os efeitos das Deliberações ASEP-RJ/CD nº 197/02 e 332/03.

Na Sessão Regulatória de 17/02/04, o Conselho Diretor decide anular, com efeito *ex tunc*, a Deliberação ASEP-RJ/CD nº 350/03; conhecer e dar provimento parcial aos embargos à Deliberação, a fim de que seja sanada a contradição existente, culminando com a Deliberação ASEP-RJ/CD nº 408/04⁵.

Na Sessão Regulatória de 27/04/04, o Conselho Diretor decide conhecer e dar provimento parcial aos embargos opostos a fim de republicar a Deliberação ASEP-RJ/CD nº 408/04, culminando com a Deliberação ASEP-RJ/CD nº 448/04⁶.

Solicitada, a Assessoria Jurídica, em 24/01/06, oferece parecer onde conclui que:

⁴ Fl. 65/66

⁵ DELIBERAÇÃO ASEP-RJ/CD Nº 408 DE 17 DE FEVEREIRO DE 2004.

CONCESSIONÁRIA: COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO – CEG - RETIFICAÇÃO DA DELIBERAÇÃO ASEP-RJ/CD Nº 332/03, DE 28 DE OUTUBRO DE 2003.

O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – ASEP-RJ, no uso de suas atribuições legais e regimentais e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório Nº E-04/079.377/2001, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º. Anular, com efeito *ex tunc*, a Deliberação ASEP-RJ/CD nº 350/03, de 25 de novembro de 2003;

Art. 2º. Conhecer e dar provimento parcial aos embargos à Deliberação ASEP-RJ/CD Nº 332/03, de 28 de outubro de 2003, afim de que seja sanada a contradição existente;

Art. 3º. Alterar a redação da Deliberação ASEP-RJ/CD Nº 332/03, de 28 de outubro de 2003, passando a vigorar com a seguinte redação:

“Artigo 1º. Aplicar multa à Concessionária, no valor de 0,02% do montante do seu faturamento dos últimos 12 (doze) meses, com base no prescrito na CLÁUSULA DEZ - PENALIDADES, no item (ii), multa, INCISO IV do Contrato de Concessão – “descumprir norma legal ou regulamentar, determinação da ASEP-RJ ou qualquer disposição ou cláusula deste contrato”, pelo não cumprimento da Segunda Parte, do item 2.2., do Anexo II – Parte 1 – Metas de Melhoria - “Pontas de linha de rede de alta e média pressão (gás natural ou manufaturado); prazo máximo para implantação de 2 (dois) anos”, tanto no que se refere ao prazo estabelecido, quanto aos pontos indicados a serem telemetrizados.

Artigo 3º. Fixar o prazo de 30 (trinta) dias para o pagamento da multa.

Artigo 4º. Esta Deliberação entra em vigor na data de sua publicação.”

⁶ DELIBERAÇÃO ASEP-RJ/CD Nº 448/04 DE 27 DE ABRIL DE 2004.

CONCESSIONÁRIA: COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO - CEG - EMBARGOS À DELIBERAÇÃO ASEP-RJ/CD Nº 408/04, DE 17 DE FEVEREIRO DE 2004.

O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - ASEP-RJ, no uso de suas atribuições legais e regimentais e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-04/079.377/2001, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Por conhecer e dar provimento parcial aos Embargos opostos a fim de republicar a Deliberação ASEP-RJ/CD Nº 408/04, nos termos aprovados em Sessão Regulatória realizada em 17 de fevereiro de 2004.



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

"(...) ficam mantidos os efeitos da decisão exarada em 1ª instância, a qual deferiu parcialmente a tutela antecipada no que tange a suspensão da multa aplicada.

Outrossim, embora mantidos os efeitos processuais do deferimento parcial da liminar em tela, o que impossibilita esta Agência de efetuar a lavratura da multa, útil se torna destacar a necessidade constante de acompanhamento da evolução processual, face à interposição, pela CEG, de Recurso Especial (nº. 2005.135.10132), encontrando-se, por ora, em tramitação interna, nos termos regimentais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro."

Em 23/03/07, a Assessoria Jurídica, oferece novo parecer, como abaixo:

"(...) Destaca-se, conforme se extrai do andamento processual anexo, que a CEG não se encontra amparada por Tutela Antecipada no que tange à penalidade pecuniária imposta."

"Nesse sentido, não há óbice legal à cobrança de multa administrativa. Contudo, vale ressaltar que ainda não foi apreciado o mérito da presente Ação Judicial, o que se impõe acompanhar o feito até ulterior manifestação judicial."

A defesa acostada aos autos pela Concessionária registra, em parte 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 desta AGENERSA.*

Em face do exposto abaixo, pugna esta Concessionária pela declaração de nulidade do Auto de Infração nº 025/08 (...)."

(...) No mérito, a Concessionária assevera que: "(...) Com efeito, a Deliberação que ensejou a lavratura do Auto de Infração nº 025/08, faz referência ao não cumprimento do item 2.2 do Anexo II – Metas de Melhoria do Contrato de Concessão, que fala apenas em "Telemetria".

Ocorre que o presente processo tem por escopo específico um sub-item do item 2.2, qual seja telemetria de "pontas de linha de rede de alta e média pressão (gás natural ou manufaturado)" e não integralmente o item 2.2, já que o mesmo engloba outro sub-item além do objeto do presente processo (...).

(...) De fato, não existe neste processo regulatório nenhum estudo técnico da CAENE fundamentando a conclusão de que o projeto da CEG não atenderia o disposto no Contrato. Nenhuma das assertivas dos técnicos da antiga ASEP, atual AGENERSA, no que se refere ao aspecto específico debatido nesse Contrato, foi fundamentada tecnicamente.

(...) Em vista de todo exposto, resta inconteste que esta Concessionária cumpriu com a meta prevista no 2º sub-item do item 2.2 do Anexo II do Contrato de



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

Concessão, não sendo cabível a aplicação de quaisquer penalidades à Concessionária (...).

(...) Assim, já que não houve comprovação de que tenha esta Concessionária agido culposamente, não havendo até o presente momento dano a ser reparado, ou ainda que existisse, não se revestindo da extensão necessária ou razoável a configurar a penalização pecuniária, nem tampouco, nos elevados patamares fixados, nos fazem crer que a multa aplicada possui nítida finalidade arrecadatória.

(...) Na hipótese de manutenção do Auto de Infração lavrado, entende esta Concessionária que, em que pesem o conhecimento e percuciência do ilustre gerente da CAPET, o fato é que, os cálculos realizados pelo mesmo, estão em desacordo com os procedimentos definidos pelo Contrato de Concessão.

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

(...) Impugna esta Concessionária o valor da multa encontrado pela CAPET, entendendo que se há algum quantum devido a título de multa, este se refere ao montante calculado sob os valores históricos, no importe de R\$ 47.199,23.

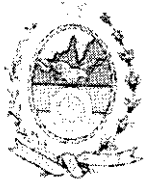
Na remota hipótese de não serem acolhidos os argumentos desta Concessionária, entendemos que a atualização monetária dos valores, não foi realizada em observância aos índices do IGP-M, referentes ao período de apuração. E se foi, não foi apresentada de forma pormenorizada a esta Concessionária.

Dessa forma, o valor devido a título de multa pecuniária, correspondente a 0,02% do valor acima mencionado, é de R\$ 47.199,23, e não de R\$ 63.769,02, como apontado pela memória de cálculo apresentada pela CAPET.

Por fim, a Concessionária conclui: "Face ao exposto, louvando-se, principalmente, nos doutos suplementos com que o Eminentíssimo Julgador enriquecerá a futura decisão, confia esta Concessionária no acolhimento das matérias elencadas preliminarmente, anulando-se o Auto de Infração nº 025/08 (...). "

A CAPET apresenta parecer, o qual, a seguir, apresento em parte:

"1) No tópico "Do valor da multa constante do Auto de Infração ora impugnado", a Concessionária aponta que os cálculos efetuados estão fora do acordado nos termos do Contrato de Concessão, impugnando o valor apurado e a atualização monetária do mesmo.



DATA: 21/11/2003

AGENERSA Proc. E- 33100.442/2003

Fls. 196

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

2) Cabe ressaltar, previamente, que a contestação da atualização monetária do valor apurado infere a aceitação tácita de que o levantamento dos valores históricos de faturamento utilizados nos cálculos desta CAPET está correto, bem como a multa daí decorrente.

O procedimento desta CAPET é constante e matematicamente fundamentado: a partir do valor histórico da multa pecuniária é realizada a atualização monetária, até o mês imediatamente anterior à data de emissão da Deliberação correspondente, obedecendo à prática determinada pelo Conselho Diretor.

Por amor ao debate, vamos refazer o cálculo:

- Valor histórico: R\$ 235.995.990,65;
- IGP-M junho/1999: 160,573;
- IGP-M janeiro/2002: 216,944
- Variação: 1,351061 511
- Valor histórico atualizado: R\$ 318.845.099,71;
- Valor histórico da multa (0,02% sobre o valor atualizado): R\$ 63.769,02.

A Concessionária também contesta a aplicação de atualização monetária até o estabelecimento da decisão (deliberação), fazendo uso da velha tese de responsabilizar a AGENERSA pela demora na análise do processo e aplicação de multa. Destacamos que, dada 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."

A Procuradoria apresenta parecer, como segue, em parte:

Preliminarmente "(...) A Concessionária CEGRIO elucida (...) que o presente processo administrativo fere o princípio da economia processual (...).

Em que pese a defesa trazida pela Concessionária CEG, salta aos olhos que os dois processos apontados não se confundem, uma vez que, enquanto o Processo Regulatório n°. E-04/079.377/2001 trata do descumprimento por parte da Concessionária por ter a mesma descumprido o estabelecido no Anexo II - Parte 1 - Metas de Melhoria, Segunda Parte, do item 2.2, do Contrato de Concessão, o presente processo objetiva a efetiva aplicação de penalidade, não violando, pois, o princípio da economia processual.

No que tange a nulidade do Auto de Infração e ausência de previsão no Contrato de Concessão, tendo por base a Instrução Normativa/CD n°. 001/2007, "(...) útil se faz destacar que esta AGENERSA, por força de disposição legal, possui (...) a



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

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 (...).”

É válido registrar a existência da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007 que “Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pela Agência (...) nas ações de fiscalização das obrigações legais e contratuais das Concessionárias CEG e CEG RIO e na aplicação de penalidades àquelas Concessionárias, quando for o caso”.

Nessa linha de raciocínio, salta aos olhos que a determinação de lavratura de Auto de Infração possui a natureza de medida idônea e apta à aplicabilidade de infrações administrativas, devidamente apuradas, razão pela qual carecem de embasamento legal as alegações trazidas pela Concessionária.

No trato da alegação de nulidade do Auto de Infração, descumprimento às formalidades legais e falta de critério para fixação de penalidades, “(...) alega a Concessionária que o Auto de Infração em tela, não preenche os requisitos necessários de validade (...) nos termos da Instrução Normativa 001/2007, e no campo 10.31, não teve os valores discriminados e atualização monetária.

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 AI, não havendo fatos novos, ao contrário do que afirma a Concessionária.

(...) A penalidade aplicada à Concessionária foi praticada de acordo com o instrumento concessivo, de forma criteriosa, observando o devido processo legal, cabendo tal prerrogativa ao Conselho Diretor da Agência Reguladora, segundo a Lei 4556/2005.

(...) No tocante à multa constante do AI, ora impugnada, reportamo-nos à análise feita pela CAPET, da qual destacamos o seguinte trecho: “Esta CAPET mantém o entendimento de que a atualização monetária é devida e corretamente aplicada”.

Isto posto, conclui a Procuradoria 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.”

Em suas razões finais a Concessionária tece as seguintes considerações:

“(...) Reiterar os termos da Defesa interposta pela Concessionária contra o auto de infração nº 025/08, instrumento através do qual é cobrada a penalidade de multa imposta na Deliberação ASEP-RJ nº. 197/02, alterada pelas Deliberações ASEP-RJ nº. 332/03 e nº. 408/04 e (...) que seja anulada a Deliberação AGENERSA no



DATA: 25/03/2008

AGENERSA

Proc. E- 33/100.442/2008

Fls: 198

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

197/02, tornando insubsistentes as alegações descritas no Auto de Infração, julgando-se improcedente o mesmo, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua lavratura, tornando sem efeito a aludida autuação, revogando-se a punição de multa que lhe foi imputada.”

Como vemos, trata-se de processo com trâmite meramente rotineiro, em que a Concessionária descumpra cláusulas contratuais e quando multada pela Agência, recorre a diversos procedimentos processuais, alguns completamente descabidos, como alegar incompetência legal à AGENERSA para aplicar penalidades, para retardar a aplicação de multa, perfeitamente devida e cabível, dadas as circunstâncias.

Portanto, acompanho os pareceres da Procuradoria e da CAENE desta Agência para propor ao Conselho Diretor:

1. Aceitar a defesa prévia da Concessionária, já que foi tempestiva, para no mérito, negar-lhe provimento.
2. Reiterar os termos do auto de infração nº 025/2008.

Assim voto


Sérgio Raposo.
Conselheiro-Relator.