



EDP São Paulo

Qualidade do Fornecimento

Sumário

1. DA TEMPESTIVIDADE	3
2. DOS FATOS.....	3
3. DAS RAZÕES RECURSAIS PARA DESCONSTITUIÇÃO OU, SUBSIDIARIAMENTE, REFORMA DO AUTO DE INFRAÇÃO N° 0015/2022	4
4. DOS PEDIDOS	17

SENHORA SUPERINTENDENTE DE FISCALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ELETRICIDADE

Referência: Auto de Infração nº0015/2022-SFE/ANEEL (Processo nº 48500.004490/2022-22)

Assunto: Recurso Administrativo ao Auto de Infração nº0015/2022

EDP SÃO PAULO DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA S.A. - EDP SP ("EDP SP"), concessionária do serviço público de distribuição de energia elétrica, inscrita no CNPJ sob o nº 02.302.100/0001-06, com endereço na R. Werner Von Siemens, 111, PR22, BLA Lapa, São Paulo, CEP:05069 900, vem, respeitosamente, interpor RECURSO ADMINISTRATIVO em face do Auto de Infração nº 0015/2022-SFE/ANEEL ("AI nº0015/2022"), de 04 de outubro de 2022, emitido por essa Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade, da Agência Nacional de Energia Elétrica ("SFE/ANEEL") nos termos das razões de fato e de direito a seguir expostas.

1. DA TEMPESTIVIDADE

Em 05 de outubro de 2022, a EDP SP tomou conhecimento da lavratura do citado Auto de Infração nº0015/2022-SFE ("AI nº0015/2022"), associado ao Termo de Notificação nº0008/2022-SFE ("TN nº0008/2022"), no âmbito do processo administrativo nº48500.004490/2022-22.

Conforme art. 36, da Resolução Normativa ANEEL nº846/2019 ("REN 846/2019"), o prazo para interposição de recurso é de dez dias, contado do recebimento do AI. Desta forma, considerando o recebimento do AI nº0015/2022 em 05/10/22 (quarta-feira), o prazo recursal de dez dias teve início em 06/10/22 (quinta-feira) e término em 15/10/22 (sábado), fato que o prorrogou para o dia útil subsequente, qual seja, 17/10/22 (segunda-feira), na forma da Lei nº 9.784/99, art. 59, e da Resolução Normativa ANEEL nº273/07, art. 39, § 2º.

Diante do exposto, resta comprovado que o presente Recurso Administrativo é tempestivo.

2. DOS FATOS

Em face do TN nº0008/2022 (que imputava suposta "Não-Conformidade" por suposta ausência de serviço adequado relativamente aos indicadores de continuidade DEC e FEC exigidos para a qualidade do fornecimento de energia elétrica), a EDP SP apresentou Manifestação em 17 de junho de 2022, entre outras, com as seguintes argumentações:

- i. Ao se comparar os meses de dezembro de 2021 e dezembro de 2020, é possível observar uma melhora de desempenho tanto para o DEC quanto para o FEC, de maneira que não procede a alegação de degradação do serviço ao longo de 2021;
- ii. Ao se comparar o desempenho da distribuidora nos últimos 4 anos no que diz respeito ao cumprimento dos limites de continuidade, em 2021 observa-se uma melhora significativa, uma vez que foi o ano que apresentou maior número de conjuntos performando os indicadores de DEC e de FEC. Acrescenta-se que os indicadores globais de continuidade registraram os menores valores em 2021;

- iii. Cumpriu com parcela substancial dos compromissos assumidos no âmbito do Plano de Resultados, tornando desarrazada a imposição de penalidade diante do significativo adimplemento substancial;
- iv. Com o objetivo de cumprir o Plano de Resultados, realizou investimentos massivos na área de concessão ao longo de 2021, demonstrando ações que buscaram a melhoria do serviço prestado;
- v. Inúmeras interrupções fugiram ao controle da gestão da distribuidora, uma vez que foram motivadas por ocorrências externas ou eventos climáticos severos. Além disso, muitos outros episódios consistiram em desligamentos programados para a realização de obras que tinham como objetivo a melhoria da continuidade;
- vi. Para cada um dos conjuntos que descumpriu os indicadores de continuidade, foram registradas particularidades, as quais restaram detalhadas juntamente como as medidas de enfrentamento adotadas para melhoria da qualidade.

Adicionalmente à Manifestação, foi realizada reunião com a equipe dessa SFE, em 15 de agosto de 2022, com objetivo de detalhar a argumentação apresentada.

Não obstante a argumentação da EDP SP, essa SFE não acatou nem considerou informações que a distribuidora entende relevantes e pertinentes e concluiu pela lavratura do Auto de Infração nº 0015/2022, com a aplicação de incabível penalidade de multa no valor irrazoável de R\$18.111.881,85.

3. DAS RAZÕES RECURSAIS PARA DESCONSTITUIÇÃO OU, SUBSIDIARIAMENTE, REFORMA DO AUTO DE INFRAÇÃO Nº 0015/2022

Neste tópico, apresenta-se as razões recursais para a desconstituição ou, subsidiariamente, para a reforma do Auto de Infração ora impugnado.

3.1) Inadequação da Imputação de Suposta Degradação do Serviço: Equívoco na Comparação entre Conjuntos de Unidades Consumidoras Heterogêneos (após Haverem sido Submetidos à Revisão)

Quanto aos itens i e ii apresentados na Manifestação, segundo essa SFE/ANEEL, com base na avaliação dos indicadores de 2020 a 2021 apresentados nos gráficos 1 e 2 da Exposição de Motivos do Auto de Infração, não seria adequado inferir que houve melhoria no ano fiscalizado, em razão da redução do número de conjuntos que atenderam aos limites do indicador a partir de agosto de 2020.

“10. Ao observar o Gráfico 1 que apresenta a conformidade dos conjuntos quanto ao DEC, percebe-se que há uma diminuição no número de conjuntos que atendem aos limites do indicador a partir de agosto de 2020. Desta forma, os dados de dezembro de 2020 utilizados pela EDP SP como uma baliza para comparação com o último mês de 2021 já apresentam uma degradação de qualidade, não sendo adequado inferir que há uma melhoria no ano fiscalizado.

11. O desempenho da Concessionária sofre um declínio e passa de um cenário em que 41 (quarenta e um) conjuntos atendem aos limites de DEC em julho de 2020, para um em que somente 24 (vinte e quatro) atendem aos

indicadores em abril de 2021. Essa tendência de piora no primeiro semestre de 2021 também pode ser percebida no indicador FEC, Gráfico 2.

12. Destaca-se que a melhora apresentada para os indicadores de continuidade deve ser contínua e sustentada, uma vez que a modernidade da técnica e dos equipamentos aliada aos investimentos em rede, permitem níveis de serviço cada vez melhores. Sendo assim, a degradação do serviço no período destacado demonstra uma falha na gestão da EDP SP, descumprindo, inclusive, as metas assumidas em seu Plano de Resultados.

13. Portanto, a SFE decide não acatar as justificativas expostas.”

A EDP SP entende relevante esclarecer que, conforme constou da Resolução Autorizativa nº 8.316/2019, a distribuidora foi autorizada a revisar a configuração dos conjuntos de unidades consumidoras, quando foram estabelecidos os limites para os indicadores de continuidade DEC e FEC dos seus conjuntos para o período de 2020 a 2023, passando a contar com 48 conjuntos de unidades consumidoras, no âmbito do Processo 48500.002155/2019-94 e com base no disposto no item 2.5, da Seção 8.2, do Módulo 8 do PRODIST, vigente à época. Vale destacar que conforme Nota Técnica nº0076/2019-SRD/ANEEL, no referido processo, foram reconfigurados 35 conjuntos.

Ademais, importante ter em conta que, periodicamente, a distribuidora encaminha as parcelas dos indicadores de continuidade dos conjuntos com apuração mensal, as quais são utilizadas para apuração dos doze meses apresentados nos Gráficos 1 e 2 da Exposição de Motivos para o Auto de Infração.

Ocorre que, conforme informado anteriormente, com a revisão dos conjuntos de unidades consumidoras, os indicadores reportados nos gráficos referentes aos meses de janeiro a novembro de 2021 não representam corretamente a compilação dos dados na configuração dos conjuntos de unidades consumidoras vigente, por não incluir as informações de doze meses, de maneira que torna-se relevante as afirmações dispostas nos parágrafos 10 a 13 serem revisitadas.

Considerando que a Resolução Autorizativa nº 8.316/2019 estabelece os limites anuais de indicadores de continuidade para cada conjunto de unidade consumidora, reafirma a EDP SP que, ao realizar-se a comparação dos indicadores apurados dos meses de dezembro/2021 e dezembro/2020 é observada a melhora no desempenho para os indicadores DEC e FEC.

Por consequência dos argumentos apresentados, a EDP SP ratifica que, nos últimos anos, é visível a melhoria do nível da qualidade do serviço do ponto de vista da continuidade, apresentando, ao final de 2021, uma maior quantidade de conjuntos atendendo aos limites regulatórios, comprovando que não é razoável a pressuposição de degradação do serviço em 2021, alegada por essa Agência no Termo de Notificação e no Auto de Infração, o que anima esta distribuidora a pleitear pelo arquivamento do presente processo punitivo.

3.2) Inconsistência da Consideração de Período Assimétrico e Distinto do Final do Exercício Integral dos Doze Meses do Ano de 2021

Há uma segunda inconsistência na fundamentação do Auto de Infração (constante de sua Exposição de Motivos) na mesma passagem em que se refere aos itens “i” e “ii” da Manifestação da EDP SP ao Termo de Notificação.

Tal inconsistência adicional reside em uma extrapolação do período relativo ao ano de 2021 (que era o objeto da fiscalização que dera origem ao Termo de Notificação) para considerar, assimetricamente, que haveria ocorrido degradação do serviço em 2020. Com isso, alega a Exposição de Motivos que se partiria de uma base de comparação já deteriorada no cotejo entre dezembro de 2020 e dezembro de 2021 e que a melhora deveria ser “contínua e sustentada”.

Ora, de início, registre-se que a imposição de Auto de Infração relativo ao ano de 2021 e sob a alegação de suposta degradação do serviço nesse mesmo ano de 2021 simplesmente não pode basear-se em ocorrências registradas no ano de 2020.

Em segundo lugar, ainda que, *ad argumentandum*, fosse supostamente deteriorada a base de comparação em dezembro de 2020, a otimização dos índices em dezembro de 2021 é prova efetiva de que não houve degradação do serviço em 2021 – desconstituindo-se a imputação fundamental do Auto de Infração.

Em terceiro lugar, a comparação entre, de um lado, as condições verificadas em dezembro de 2020 e, de outro lado, aquelas presentes em dezembro de 2021 afigura-se legítima e compatível com a integralidade do período de doze meses e sua sazonalidade.

Em quarto lugar, registre-se ainda (a título de argumentação) que um exercício de extrapolação do período temporal fixado para a fiscalização (ano de 2021) poderia permitir conclusões em sentido distinto daquele veiculado no Auto de Infração, de modo que a evolução das condições da prestação do serviço verificadas no ano de 2022 evidenciaria a sua melhora “contínua e sustentada” para além do ano de 2021 uma vez mais descaracterizando o pressuposto de fato da imposição do Auto de Infração.

Dito de outro modo, não se afigura viável, em uma fiscalização sobre as condições da prestação do serviço no ano de 2021, impor penalidade fundada em repristinação ou em considerações retroativas ao ano de 2020, quando é fato objetivo e inequívoco a melhora dos índices de continuidade do serviço no ano de 2021 (quando considerado todo o seu exercício de doze meses e sua adequada sazonalidade).

Sustentar o contrário incidiria no equívoco da inconsistência da diagnose dos fatos relevantes (para a suposta configuração de infração e correlata penalidade) que, em termos jurídicos, viola a exigência de adequação entre meios e fins imposta pelo inciso VI do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/99.

Assim, também essa inconsistência está a exigir o provimento do presente Recurso Administrativo.

3.3) Desconsideração do Adimplemento Substancial do Plano de Resultados

Como demonstrado na Manifestação ao TN, a Recorrente demonstrou que realizou o adimplemento substancial do Plano de Resultados – o que foi desconsiderado pela Exposição de Motivos do Auto de Infração sob a alegação de que deveria ter sido registrado o seu atendimento integral.

Tal orientação não se coaduna, contudo, com a jurisprudências dos Tribunais Federais.

Com efeito, o adimplemento substancial deve ser entendido como a circunstância em que determinado agente cumpre parcela relevante das obrigações assumidas (ainda que não as tenha executado por inteiro), restando desproporcional e desarrazoada a própria imputação de inadimplemento e, sobretudo, a imposição de consequências gravosas – a exemplo de penalidades, restrições a direito ou desconstituição de atos jurídicos.

Aplicando a teoria do adimplemento substancial ao direito sancionador, há decisão do Superior Tribunal de Justiça que acolhe Acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região no sentido de observar-se o “adimplemento substancial” até mesmo no que concerne ao exercício da competência administrativa de imposição de penalidades, verbis:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 87 DA LEI N. 8.666/93.

1 . Acolhimento, em sede de recurso especial, do acórdão de segundo grau assim ementado (fl. 186):

DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLEMENTO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 87, LEI 8.666/93. MANDADO DE SEGURANÇA. RAZOABILIDADE.

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade militar que aplicou a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação devido ao atraso no cumprimento da prestação de fornecer os produtos contratados.

2. O art. 87, da Lei nº 8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas por óbvio existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal.

3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual.

4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade.

5. Apelação e Remessa necessária conhecidas e improvidas.

2. Aplicação do princípio da razoabilidade. Inexistência de demonstração de prejuízo para a Administração pelo atraso na entrega do objeto contratado.

3. Aceitação implícita da Administração Pública ao receber parte da mercadoria com atraso, sem lançar nenhum protesto.

4. Contrato para o fornecimento de 48.000 fogareiros, no valor de R\$ 46.080,00 com entrega prevista em 30 dias. Cumprimento integral do contrato de forma parcelada em 60 e 150 dias, com informação prévia à Administração Pública das dificuldades enfrentadas em face de problemas de mercado.

5. Nenhuma demonstração de insatisfação e de prejuízo por parte da Administração.

6 . Recurso especial não-provido, confirmando-se o acórdão que afastou a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimentos de contratar

com o Ministério da Marinha, pelo prazo de 6 (seis) meses.” (REsp nº 914.087/RJ, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 04/10/2007, DJ 29/10/2007, p. 190).

No mesmo sentido, são inúmeros os Acórdãos do Tribunal Regional Federal da 1ª Região que nulificam penalidades que inobservaram o “*adimplemento substancial*” de obrigações. Leia-se, por todos, o seguinte registro acerca da jurisprudência reiterada daquele Tribunal:

“... 4. Consoante jurisprudência deste Tribunal, a imposição de penalidades decorrentes do descumprimento do contrato deve ser feita com base na razoabilidade, observando-se, dentre outros fatores, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial e a proporcionalidade (TRF, REO 0035082-24.2014.4.01.3400, Desembargador Federal Souza Prudente, 5T, PJe 14/12/2020). ...” (Apelação Cível nº 1002107-53.2019.4.01.3400, Rel. Des. Fed. João Batista Moreira, Sexta Turma, publicação em 08.03.2022).

Assim, não pode haver dúvida de que a existência de um “adimplemento substancial” afasta a justa causa necessária à imposição de penalidades, eliminando a ilicitude, a culpabilidade, a imputabilidade de suposta infração e a cominação de qualquer penalidade.

In casu, o demonstrado “adimplemento substancial” do “Plano de Resultados” constitui outra razão autônoma e suficiente para o provimento do presente Recurso Administrativo.

3.4) Desconsideração dos Investimentos Realizados: Necessidade de Expurgo das Interrupções Programadas para a Reposição de Ativos e/ou Instalação de Novos Ativos Resultantes de Investimentos

A Exposição de Motivos do Auto de Infração desconsidera os investimentos realizados (item “iv” da Manifestação da EDP SP ao TN) sob a alegação singela de que a “*fiscalização*” considera apenas os “*resultados*” e, *in casu*, aqueles relativos à qualidade do serviço quanto a seu requisito de “*continuidade*” – deixando ainda de referir-se até mesmo às interrupções do serviço necessárias à própria implantação de novos ativos.

Assim, verifica-se aqui outro equívoco na identificação ou diagnose dos fatos relevantes (para a suposta configuração de infração e correlata penalidade): a inadequada desconsideração da necessidade de expurgo das interrupções programadas para a reposição de ativos e/ou instalação de novos ativos e investimentos.

Com efeito, como se argumentou na Manifestação ao Termo de Notificação, a reposição de ativos e/ou a instalação de novos ativos (resultantes de investimentos) obviamente afigura-se conforme ao fim regulatório de aprimoramento dos índices de continuidade na prestação do serviço.

Nessa medida, as interrupções programadas exigidas para a implantação de tais ativos não devem ser consideradas na apuração dos índices de continuidade do serviço – sob pena de que todos os esforços para modernização e otimização da rede elétrica afigurem-se contraproducentes e, uma vez mais, a diagnose dos fatos relevantes sobre a performance da concessionária e seus investimentos na qualidade do serviço revele-se distorcida e equivocada.

Em verdade, o próprio “*princípio da (primazia da) realidade*” que rege o direito administrativo veda que se desnature a regulação por incentivos para introduzir um ônus que desincentiva e onera a realização de investimentos na qualidade do serviço – em novo exemplo de inadequação entre meios fins lesivo ao inciso VI do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/99.

Por mais essa razão, impõe-se o provimento do presente Recurso Administrativo.

3.4) Ausência de Exame Analítico das Ocorrências Apresentadas no Termo de Notificação e Desconsideração, em Especial, das Interrupções Oriundas dos Serviços de Transmissão Outorgados a Terceiros

No mesmo passo, a inviabilidade da imposição de sanção *in casu* decorre ainda da ausência de consideração analítica de todas as razões apresentadas na Manifestação ao Termo de Notificação relativamente às ocorrências que afetaram a apuração dos indicadores em cada um dos conjuntos que não atenderam aos parâmetros fixados para o DEC e o FEC.

De fato, a Exposição de Motivos ao Auto de Infração indevidamente deixou de examinar, de modo particular e analítico, os fundamentos apresentados, para cada conjunto, em relação aos itens “v” e “iv” acima referidos na síntese da Manifestação ao Termo Notificação (a saber: os eventos e períodos adversos; as já referidas interrupções necessárias à implantação de novos ativos; e as peculiaridades de regiões e conjuntos elétricos) – havendo, ao contrário, rejeitado genericamente tais razões, sem as examinar de maneira tópica, detida e específica relativamente a cada ocorrência, cada conjunto e cada período.

Em verdade, a Exposição de Motivos, além de novamente silenciar relativamente às interrupções associadas à instalação de novos ativos, vale-se de considerações gerais e inespecíficas para deixar de examinar, de modo singular e contextualizado, as circunstâncias de cada conjunto, a saber:

- (i) *“a própria dinâmica de estabelecimento dos limites regulatórios de cada conjunto leva em consideração a sua realidade operativa, fazendo com que haja variabilidade para os limites definidos em uma mesma área de concessão”;*
- (ii) *“os dados considerados pela equipe de fiscalização não computaram interrupções que se deram em dias críticos ou em períodos nos quais havia uma situação de emergência”;*
- (iii) *“o estabelecimento dos limites de continuidade apresenta uma ponderação intrínseca, uma vez que é feito de maneira individualizada para a cada conjunto elétrico”.*
- (iv) haveria um “acompanhamento sistemático” da EDP SP.

A invocação dessas razões meramente genéricas e a consequente ausência desse exame analítico dos fatos excludentes de ilicitude da atuação da Recorrente, relativamente a cada um dos conjuntos, implica a insuficiência das razões que pretendem fundamentar o Auto de Infração e, por consequência, violação ao direito à ampla defesa da ora Recorrente, que, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, exige a prolação de uma decisão

que efetivamente considere das razões veiculadas pelo interessado¹ (isto é, uma tutela jurídica efetiva) – o que não é satisfeito por uma rejeição geral que deixa de considerar, de modo individualizado e analítico, a alegação de fatos excludentes da ilicitude.

A ressaltar o caráter genérico e inespecífico das referidas razões, basta considerar que, em seu § 29, a Exposição de Motivos refere-se até mesmo a outra concessionária distribuidora (a saber, a “*Companhia Paulista de Força e Luz*”).

Esse déficit de fundamentação implica ainda vícios materiais e inadequações na imposição de penalidades, do que é exemplo a necessidade de expurgar, entre outras, as interrupções externas ao serviço de distribuição de energia elétrica prestado pela EDP SP – a exemplo das ocorrências associadas a sistema de transmissão de responsabilidade de terceiros. Ao deixar de promover tais expurgos, o regulador indevidamente imputa à concessionária de distribuição infrações a que obviamente não deu causa e que não poderia evitar – configurando verdadeiras hipóteses de caso fortuito e força maior (definidos pelo parágrafo único do art. 393 do Código Civil como aqueles eventos cujos efeitos afiguram-se inevitáveis para o agente). Registre-se, de resto, que, em nosso direito administrativo, não se adota a teoria do risco integral, de modo que não deve haver imposição de responsabilidade quando não há solução de continuidade entre a conduta do agente de distribuição e o dano – o que é manifesto na hipótese de interrupção oriunda de ocorrência nos serviços de transmissão de responsabilidade de terceiros.

Nessa medida, cuida-se aqui tanto de uma razão de nulidade do Auto de Infração por insuficiência da fundamentação veiculada e violação ao direito à ampla defesa, quanto dos vícios materiais resultantes da descon sideração de cada uma das razões invocadas na Manifestação da EDP SP ao TN originário do AI ora impugnado, com especial destaque para a descon sideração das interrupções oriundas de ocorrências nos serviços de transmissão outorgados a terceiros – o que também constitui razão para o provimento do presente Recurso Administrativo, com a descon stituição do Auto de Infração e a necessidade de exame e desoneração da ora Recorrente relativamente às diversas ocorrências excludentes da ilicitude de sua atuação.

3.3) Violação à Isonomia

A Exposição Motivos alega ainda uma “*busca pela objetividade nos processos fiscalizatórios, bem como a manutenção da isonomia frente às demais fiscalizações de mesma tipologia já realizadas*” como suposta razão para a imposição da penalidade à ora Recorrente.

Ocorre, contudo, que as mesmas razões de objetividade e isonomia nos processos fiscalizatórios invocadas pela Exposição de Motivos militariam em sentido contrário à imposição da penalidade em questão.

Com efeito, verificam-se diferenças relevantes entre:

- (i) de um lado, as penalidades impostas pelas primeiras fiscalizações realizadas nessa mesma matéria pela ARSESP (da condição de agente conveniado que exerce funções delegadas pela ANEEL) para o ano de 2020 em relação a algumas concessionárias do Estado de SP; e

¹ STF, MS nº 24.268/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, publicado no DJ em 17.09.2004.
EDP São Paulo

- (ii) de outro lado, aquela primeira fiscalização sobre o tema a ser realizada junto à EDP SP pela própria ANEEL relativamente ao ano de 2021.

Como se vê da Tabela abaixo, as penalidades impostas pela ARSESP (no exercício de funções delegadas pela ANEEL) relativamente a outras concessionárias do Estado de SP revelaram-se relevantemente menos onerosas que aquela agora imposta à EDP SP.

PROCESSO	EMPRESA	VALOR
ARSESP-3008-2021	CPFL-Paulista	R\$ 9.952.480,13
ARSESP-3009-2021	Enel Distribuição São Paulo	R\$ 16.245.909,83

Nessa medida, também o dever de observância à isonomia na praxe administrativa implica a necessidade de desconstituição da excessiva e assimétrica penalidade imposta à ora Recorrente quando comparada com aquelas outras e menos gravosas penalidades impostas pela ARSESP nas primeiras fiscalizações sobre a matéria.

Nem se diga que as novas fiscalizações realizadas pela ANEEL em 2021 para as outras concessionárias de SP, já fiscalizadas pela ARSESP em 2020, haveriam imposto penalidades mais gravosas (uma vez que já não se cuidam das primeiras fiscalizações sobre o tema e, nessa medida, afiguram-se incomparáveis àquela que ora se cogita acerca da EDP SP).

Desse modo, a violação à isonomia constitui razão autônoma e suficiente para o provimento do presente Recurso Administrativo com a desconstituição da penalidade imposta à ora Recorrente ou, no mínimo e subsidiariamente, para a revisão, para menor, da dosimetria da excessiva e desproporcional penalidade imposta à ora Recorrente.

3.5) Da Dosimetria

Para além dos argumentos que justificam a desconstituição do Auto de Infração recorrido e o arquivamento do processo, requer-se ainda, sucessiva e subsidiariamente, na remota hipótese de que essa SFE/ANEEL decida pela continuidade do processo punitivo, a revisão dos critérios utilizados para a dosimetria da penalidade.

3.5.a) Da Reiteração da Insuficiência das Razões Veiculadas na Exposição de Motivos Relativamente à Fundamentação da Dosimetria

Como sabido, a fixação da dosimetria deve, por definição e natureza, contemplar as circunstâncias peculiares a cada caso e atender às exigências de adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito e razoabilidade, sendo, necessariamente, analítica, tópica, factualmente densa e circunstanciada.

Tal não se deu, contudo, na imposição da penalidade ora impugnada.

Com efeito, também a imposição da dosimetria afigura-se generalizante e pouco específica – do que é exemplo fundamental a atribuição, absolutamente desprovida de qualquer fundamentação, do drástico percentual de 50% ao item “dano”.

Ora, a atribuição do percentual de 50% ao dano exigiria a demonstração de que é essa a proporção da lesão ao bem jurídico protegido – o que simplesmente não foi realizado pela Exposição de Motivos do Auto de Infração em questão.

Tal exigência decorre das previsões constantes dos §§ 4º e 6º do art. 22 da REN nº 846, de 2019, *verbis*:

“§ 4º Os danos ao serviço, aos consumidores ou aos usuários, bem como a vantagem auferida pelo infrator, direta ou indiretamente, devem ser concretamente caracterizados.

...

§ 7º As Superintendências de Fiscalização devem objetivar a uniformização entre suas metodologias e fórmulas de dosimetria para cálculo do valor base das penalidades de multa, assim como sua publicidade.”.

Desconsiderando tais exigências, a Exposição de Motivos limitou-se a afirmar genericamente:

“Motivação: Há danos concretos ao serviço e aos usuários em decorrência da infração caracterizados pela falta de energia elétrica proveniente do sistema da Distribuidora em nível inadequado em relação ao limite regulatório, tanto com relação à duração quanto à frequência de falta de suprimento.”.

A simples leitura da referida “Motivação” evidencia que os supostos “danos” não foram “concretamente caracterizados”, nem “objetivados” e “uniformizados” em “metodologias e fórmulas de dosimetria” dotadas de “publicidade” – de modo que se desses requisitos fosse possível extrair a inexistente fundamentação suficiente do elevado percentual de 50% a título de danos (que, por evidente, é um requisito absolutamente material e dependente de comprovação, uma vez que danos não se presumem).

Registre-se ainda que, como visto, a Exposição de Motivos do Auto de Infração afirmara, ao rejeitar algumas das razões da EDP SP para a própria imposição de penalidade, que as questões específicas relativas ao adimplemento substancial, a eventos e períodos críticos e a singularidades de determinados conjuntos elétricos seriam contempladas na dosimetria – o que, evidentemente, não se deu de modo satisfatório e revela-se agravado e manifesto na infundada imputação do percentual 50% ao item “dano” da dosimetria.

3.5.b) Do Inadequado Percentual Atribuído ao Item “Gravidade” da Dosimetria

Essa SFE/ANEEL alega que “a gravidade da infração está caracterizada pelos impactos a consumidores e às regiões afetadas pela má prestação do serviço de distribuição de energia elétrica relacionada ao fornecimento de energia. Ponderou-se o afastamento do limite regulatório do pior conjunto da área de concessão da Distribuidora.” Considerando o pior indicador do pior conjunto, essa SFE/ANEEL a razão entre o valor apurado e o limite regulatório correspondente, para concluir pelo valor de gravidade a ser utilizado, nos seguintes termos:

Quadro 3				
I_{GRAV}	$1,0 < I_{\text{GRAV}} \leq 2$	$2 < I_{\text{GRAV}} \leq 3$	$3 < I_{\text{GRAV}} \leq 4$	$I_{\text{GRAV}} > 4$
Gravidade[%]:	25	50	75	100

Registre-se, desde logo, que a utilização do “*Pior Indicador do Pior Conjunto*” como numerador da fração (cujo denominador é o “*Limite Regulatório Correspondente*”) não somente deixa de representar a performance média da área de concessão da EDP SP, como também tende a indevidamente aproximar a avaliação deste item da dosimetria relativamente a concessionárias com performances médias muito distintas.

Para além desses vícios, tal critério afigura-se também incompatível com a metodologia utilizada relativamente ao critério associado à ABRANGÊNCIA.

No que diz respeito a ABRANGÊNCIA, foi utilizada a “*proporção entre a quantidade de consumidores em conjuntos cujos indicadores de continuidade apurados ficaram acima dos limites regulatórios e a quantidade de consumidores da concessão*”.

Tendo em vista que a ABRANGÊNCIA considera os conjuntos que estão acima dos limites regulatórios, entende-se que a gravidade deve utilizar a mesma comparação, de maneira a imprimir tratamento isonômico na avaliação.

Considerando que a média das transgressões dos 14 conjuntos em 2021 no indicador DEC foi 1,39 e que a média das transgressões dos 06 conjuntos no indicador FEC foi 1,29, a média entre os indicadores DEC e FEC é de 1,34. Avaliando-se a tabela apresentada por essa SFE/ANEEL, conclui-se que o indicador I_{GRAV} a ser considerado deve ser de 25%.

CONJUNTO	CÓDIGO ANEEL	DEC APURADO	DEC LIMITE	Apurado/limite
BIRITIBA	16631	21,98	11	2,00
BOISSUCANGA	16632	12,54	8	1,57
CAÇAPAVA	16663	15,61	7	2,23
CACHOEIRA PAULISTA	13175	7,86	7	1,12
CESAR DE SOUZA	16634	10,23	9	1,14
GUARAREMA	16638	15,83	10	1,58
INDEPENDENCIA	16640	11,63	8	1,45
ITAQUAQUECETUBA	16642	7,39	7	1,06
JOSE CENTRO	13159	9,03	8	1,13
MANTIQUEIRA	16660	8	7	1,14
PARQUE TECNOLÓGICO	16662	10,36	8	1,30
PEDREIRA	16645	8,82	8	1,10
PINDAMONHANGABA	15558	7,54	6	1,26
SAO SEBASTIAO	16650	10,17	7	1,45
Média				1,39

CONJUNTO	CÓDIGO ANEEL	FEC APURADO	FEC LIMITE	Apurado/limite
BIRITIBA	16631	9,93	8	1,24

BOISSUCANGA	16632	7,16	6	1,19
CAÇAPAVA	16663	9,26	6	1,54
CESAR DE SOUZA	16634	6,99	6	1,17
GOPOUVA	16637	5,64	5	1,13
SAO SEBASTIAO	16650	8,88	6	1,48
Média				1,29

Como o resultado se encontra no intervalo de 1,0 a 2, a gravidade deve ser considerada como 25%.

I_{GRAV}	$1,0 < I_{GRAV} \leq 2$
Gravidade [%]:	25

3.5.c) Da Necessidade de Revisão do Percentual Atribuído ao Item “Abrangência” da Dosimetria

A propósito do quesito ABRANGÊNCIA, entende a EDP SP ser necessária a desconsideração do conjunto GOPOUVA, que registrou transgressão do indicador FEC devido a interrupções externas. Ratifica-se que, conforme disposto no Módulo 8 PRODIST, aprovado pela Resolução Normativa ANEEL nº 956/2021, vigente a partir do ano de 2022, interrupções decorrentes de eventos externos não devem ser consideradas no cômputo dos indicadores de continuidade das distribuidoras. Importa frisar que a desconsideração desse evento externo é suficiente para que o conjunto não viole o limite regulatório – reafirmando o adimplemento substancial da distribuidora quanto ao compromisso do Plano de Resultados.

Desconsiderando-se o conjunto GOPOUVA, ação mais adequada uma vez que a transgressão foi motivada por evento alheio à gestão da distribuidora, a ABRANGÊNCIA, aplicando-se a fórmula atual dessa SFE/ANEEL, deve ser de 23,83%.

$$Abrangência = \frac{472.733}{1.983.597}$$

$$Abrangência = 23,83\%$$

3.6) Necessidade de Reconhecimento de Atenuante em Conformidade com Precedente da Diretoria dessa ANEEL

Como sabido, em precedente recente relativo à mesma matéria (indicadores de continuidade dos serviços de distribuição de energia elétrica), a Diretoria Colegiada dessa ANEEL reconheceu atenuante em favor da ENEL Ceará e o fez de modo proporcional em à redução verificada no número de conjuntos elétricos “considerados críticos” (isto é, aqueles que inobservaram os indicadores acima de 40% do limite regulatório). Eis o que afirmou a Diretoria Colegiada dessa Agência naquele precedente:

“19. Entendo, conceitualmente, que a área de fiscalização reconheceu a responsabilidade da conduta da empresa, uma vez que ao propor a redução da penalidade, considerou que a resposta da empresa aos mecanismos regulatórios

foi efetiva dado as melhoras indicadas e reconhecidas pela área de fiscalização, após o período fiscalizado. Concordo com o mérito, mas faço uma pequena sugestão com relação à forma. Ao invés de reduzir a gravidade, sugiro um atenuador do percentual total da penalidade.

20. Considerando os dados ainda mais atuais, até setembro de 2021, constantes das figuras a seguir, nota-se uma evolução consistente da Enel Ceará ao longo dos primeiros nove meses de 2021. Com relação ao DEC, atualmente, 45 conjuntos (40%) encontram-se em situação crítica, enquanto durante o período fiscalizado 70 (62%) se encontravam nessa situação. Com relação ao FEC, atualmente 15 conjuntos (13%) se encontram em situação crítica, enquanto no período fiscalizado, 18 deles (16%) se encontravam em tal situação. Nesse sentido, considerando o quadro geral de melhora consistente dos indicadores, recomendo um atenuador de 26,19% que representa a média entre a redução do número de conjuntos em nível crítico de DEC (35,71%) e a redução do número de conjuntos em nível crítico de FEC (16,67%).

...

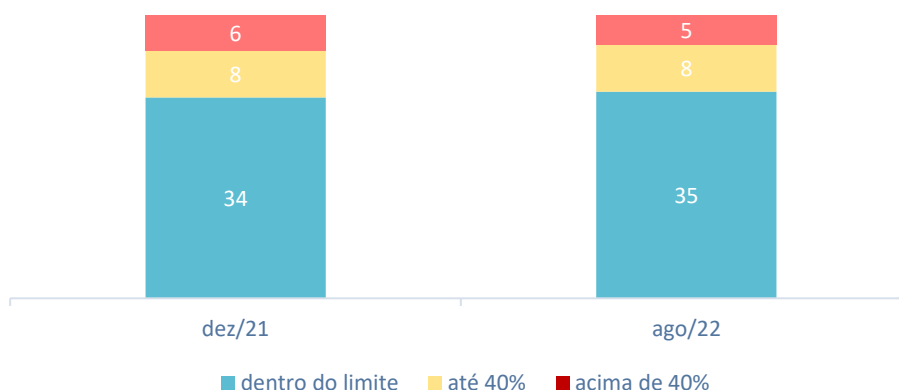
IV. DISPOSITIVO

29. Diante do exposto e do que consta do Processo n. 48500.001160/2021-02, voto por CONHECER e, no mérito, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Administrativo interposto pelo Enel Distribuição Ceará – Enel CE em face ao Auto de Infração n. 10/2021, lavrado pela Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade – SFE, reduzindo a penalidade de multa para o valor de R\$ 26.509.528,72 (vinte e seis milhões, quinhentos e nove mil, quinhentos e vinte e oito reais e setenta e dois centavos) correspondente ao percentual de 0,5026%, aplicado sobre a Receita Operacional Líquida – ROL da concessionária entre os meses de junho de 2020 a maio de 2021.” (Voto do Relator, Diretor Sandoval de Araújo Feitosa Neto, que deu origem ao Despacho ANEEL nº 546/2022, datado de 22.02.2022 e publicado em 20.04.2022, proferido no Processo ANEEL nº 48500.001160/2021-06).

No presente caso, também se verificam circunstâncias semelhantes.

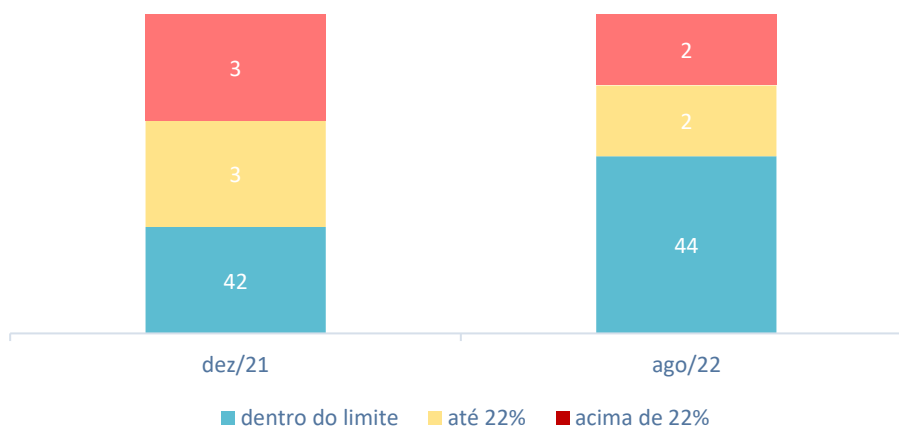
Com efeito, como o demonstra a Tabela a seguir, o número de conjuntos considerados “críticos” relativamente ao indicador “DEC” foi reduzido de 6 (em dezembro/2021) para 5 (em agosto/2022), configurando uma redução de 16,67%:

DEC



De modo semelhante, como se lê em outra Tabela abaixo, o número de conjuntos considerados “críticos” relativamente ao indicador “FEC” foi reduzido de 3 (em dezembro/2021) para 2 (em agosto/2022), configurando redução de 33,33% .

FEC



Com isso, considerando o mesmo critério de redução média aplicado no caso precedente da ENEL Ceará, o percentual do atenuante (a incidir sobre o valor total da multa, como se deu no mesmo caso precedente) deveria ser de 25%, se considerada a redução em relação ao mês de dezembro/2021 com agosto/2022.

Requer-se, por conseguinte e em respeito à isonomia na praxe administrativa em face do precedente, o reconhecimento de atenuante a incidir sobre o valor total da multa no percentual de 25% considerada a redução em relação ao mês de dezembro/2021.

3.7) Necessidade de Correção do Valor da Receita Operacional Líquida

Razão adicional para o provimento do Recurso Administrativo reside na necessidade de correção do valor da Receita Operacional Líquida (ROL) a ser considerada para fins de incidência do percentual da penalidade aplicada.

Como demonstra a tabela abaixo, onde constam os valores do Balancete Mensal Padronizado – BMP, registrados na conta 6101, o valor da ROL de agosto/2021 a julho/2022 totaliza **R\$ 5.388.485.025,96 – o qual difere daquele considerado no Auto de Infração nº 015/2022 de R\$ 5.447.182.512,50.**

Referência	ROL
ago-21	553.301.930,98
set-21	654.766.606,16
out-21	507.287.001,50
nov-21	534.124.301,05
dez-21	505.009.960,25
jan-22	305.101.653,30
fev-22	419.843.289,85
mar-22	401.627.703,38
abr-22	351.041.801,51
mai-22	381.034.138,62
jun-22	396.113.098,01
jul-22	379.233.541,35
TOTAL	5.388.485.025,96

Requer-se, portanto, a correção do valor da ROL, com a consequente redução da penalidade aplicada.

4. DOS PEDIDOS

As razões acima expostas estão a legitimar o conhecimento e provimento do presente Recurso Administrativo, de modo que seja:

- (i) observado o efeito suspensivo da penalidade imposta pelo Auto de Infração nº 015/2022;
- (ii) promovido o juízo de reconsideração por parte dessa Superintendência de Fiscalização dos Serviços de Eletricidade, com a desconstituição integral do referido Auto de Infração e o correlato arquivamento do processo punitivo; e
- (iii) caso remanesça ainda a imposição de qualquer ônus ou penalidade à ora Recorrente, seja finalmente submetido o presente Recurso Administrativo à Diretoria Colegiada dessa Agência de que seja o referido Auto de Infração desconstituído ou, subsidiariamente, seja reduzido o valor da penalidade, considerando todas as razões acima expostas, inclusive as impugnações à dosimetria, a necessidade de reconhecimento de atenuante para redução do valor total da multa e a redução do valor da Receita Operacional Líquida (ROL) a ser considerada,

São Paulo, 17 de outubro de 2022.

Marcos de Abreu Soares

Gestor Executivo de Regulação da Distribuição

EDP SÃO PAULO DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA S.A. - EDP SP