



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.214/2007

Data 02/07/2007 Fls. 3655

Roberto St

Processo n.º : E-12/020.214/2007.
Data de autuação: 02/07/2007.
Concessionária: CEG.
Assunto: Concessionária CEG. 2ª Revisão Quinquenal.
Sessão Regulatória: 26/09/2013.

RELATÓRIO

Trata-se analisar Recurso¹ interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.618, de 27/05/2013².

Preliminarmente, a Concessionária sustentou a tempestividade da peça recursal, tendo em vista que a Deliberação supramencionada foi publicada na Imprensa Oficial no dia 06/06/2013.

¹Fls. 3.590/3.608.

²DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1618 DE 27 DE MAIO DE 2013.

CONCESSIONÁRIA CEG – 2ª REVISÃO QUINQUENAL DO CONTRATO DE CONCESSÃO.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/020.214/2007, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de advertência, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 19, IV, da Instrução Normativa nº. 001/2007, devido ao descumprimento do estabelecido no art. 3º e 6º, da Deliberação AGENERSA nº. 1051/12.

Art. 2º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,07% (sete centésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à 31/12/12, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 19, IV, da Instrução Normativa nº. 001/2007, devido ao não atingimento das metas físicas e financeiras, estabelecido na Deliberação AGENERSA nº. 371/09.

Art. 4º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária e a Câmara Técnica de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 5º - Determinar que o valor não investido pela Concessionária de R\$ 287.277.506,00 (duzentos e oitenta e sete milhões, duzentos e setenta e sete mil e quinhentos e seis reais), base de dezembro de 2011, seja considerado para modicidade tarifária nos trabalhos em curso da 3ª Revisão Quinquenal.

Art. 6º - Determinar que seja analisado pela CAPEI e Consultoria contratada para os trabalhos da 3ª Revisão Quinquenal, ora em curso, a conta dos "investimentos diferidos" e eventual saldo seja incorporado ao montante dos investimentos não realizados, visando com isso a sua contemplação para a modicidade tarifária.

Art. 7º - Remeter aos estudos da 3ª Revisão Quinquenal, a fim de resguardar a modicidade tarifária, os investimentos físicos não realizados no período de 2008-2012.

Art. 8º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 27 de maio de 2013.

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



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Processo n.º E-12/000.214/2007
Data 02/07/2007 Fd: 3656
Assinado por [assinatura]

No mérito, após breve apresentação dos fatos, questionou a Deliberação recorrida sob os seguintes fundamentos:

a) **Do princípio da Culpabilidade** (fls. 3.593/3.598):

(...)

Impende ressaltar, desde já, que no presente processo regulatório, em momento algum se comprovou a responsabilidade da Concessionária pela inexecução parcial dos investimentos. Houve a constatação, é verdade, de que não foram alcançadas as metas físicas nem as metas financeiras. Esta é uma conclusão objetiva, devidamente apurada nos autos e reconhecida na deliberação ora recorrida. Este fato, no entanto, não é suficiente para fundamentar a aplicação de penalidade à Concessionária, uma vez que não restou comprovado por essa r. Agência a existência de sua culpa relativa, que é condição essencial para qualquer sancionamento, uma vez que não se cogita de responsabilidade objetiva na esfera administrativa.

(...)

Conforme exposto, verifica-se que a aplicação de penalidade pela Administração Pública deve necessariamente ter por fundamento o exercício de um ato tido como antijurídico. Com efeito, aplicação de penalidade administrativa deve equivar à comprovação da ocorrência de uma conduta irregular, donde a indispensabilidade da presença de elementos caracterizadores da culpabilidade.

(...)

Retornando aos fatos concretos em discussão, cabe asseverar que essa ilustre Agência Reguladora realizou, a todo tempo, uma análise objetiva do cumprimento do plano de investimentos deliberado na revisão quinquenal findada em 2009, comparando os investimentos determinados como os realizados, sem analisar, todavia, a culpabilidade da Concessionária no evento.

(...)

[assinatura]



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Boletim de Arquivo
Protocolo nº E-12/020.214, 2007
Data 02/07/2007, p. 365
Assinatura JH

Como é cediço, tem-se como primordial característica do princípio constitucional da culpabilidade a existência de dolo ou culpa stricto sensu, para que assim esteja justificada a imposição de qualquer sanção administrativa.

(...)

Como consequência do até então exposto, a ausência de culpabilidade por parte da Concessionária resta muito bem caracterizada diante das diversas excludentes apresentadas, enunciadas a seguir, mas exaustivamente abordadas e demonstradas em toda a instrução processual, bastantes para ratificar a juridicidade da conduta da concessionária ao cumprir parcialmente as propaladas metas.

(...)

No caso em questão, o fato da administração trazido à discussão refere-se ao atraso na decisão final do processo de revisão quinquenal de tarifas, para a definição dos investimentos que deveriam ser implementados no quinquênio 2008-2012, o que constitui evento totalmente alheio à vontade da Concessionária e, portanto, caracteriza a excludente de ilicitude acima mencionada.

(...)

Como se vê, não restou comprovada a responsabilidade da concessionária pelo cumprimento parcial das metas. Isso porque não se procedeu, ao longo de toda a instrução processual, à caracterização de conduta irregular capaz de ensejar punição, realizando-se apenas e tão somente a comprovação objetiva da execução parcial de determinadas metas, em vista de fatos alheios à vontade da concessionária.

Dessa forma, seja porque evidente a ocorrência de excludentes de punibilidade, que afastam a caracterização de qualquer conduta antijurídica atribuível à concessionária, seja porque em nenhum momento se comprovou a responsabilidade da Companhia na produção final do



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

evento em tela, impõe-se, como medida consentânea com o princípio da culpabilidade, o integral afastamento da penalidade de multa imposta, segundo os termos do art. 3º da Deliberação recorrida. (grifos no original)

b) Da inexistência de infração a qualquer regra regulatória (princípio da legalidade)

(fls. 3.598/3.603):

"(...)

Segundo se pode inferir da leitura do ventilado pronunciamento, o nobre Conselheiro Relator entendeu, no que foi acompanhado por seus pares à unanimidade, que, independentemente da razoabilidade das justificativas da concessionária, estas teriam sido apresentadas intempestivamente, porquanto o correto seria que a concessionária tivesse levado ao conhecimento da Agência a ocorrência dos fatores impeditivos da execução plena do plano de investimentos de forma imediata. (...)

Desponta de forma cristalina, pois, que o ponto basilar para a aplicação da penalidade foi o momento do compartilhamento de tais informações com essa r. Agência, o que, segundo se afirma, deveria ter sido providenciado à época, e não apenas na oportunidade daquele julgamento. Ocorre, entretanto, que o digno Relator, com a devida licença, incorre em valoração eminentemente subjetiva e, assim, descabida ao invocar a pretensa intempestividade, mormente porque ausente qualquer elemento concreto, objetivo, que viabilize tal juízo.

(...)

Segundo o entendimento esposado por esse Conselho-Diretor caberia à Concessionária dar ciência à AGENERSA de suas dificuldades em momento anterior. Qual momento? Não há, em todo o marco regulatório ao qual se encontra submetida a concessionária, nenhuma exigência no sentido supra mencionado.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Ministério Público Federal
Processo n.º E-121020.214/2007
Data 02/07/2007
Folha 36592

Exigir o que não está previsto em lei infringe diretamente o princípio da legalidade, garantia constitucional suprema a proteger todos os particulares contra arbitrariedades do Estado.

(...)

A esse respeito, impende resgatar a dicção da Deliberação AGENERSA nº 371/2009, para se constatar que a única determinação regulatória atinente ao tema encontra-se inserta no art. 7º, § 3º, que define exatamente o mecanismo de acompanhamento dos investimentos e determina que a concessionária comprove 'semestralmente os valores efetivamente despendidos no período, com os investimentos previstos no plano plurianual citado'.

Cabe destacar, por oportuno, que esta exigência foi devidamente cumprida, permitindo o acompanhamento pari passu da execução do plano de investimentos por essa autoridade reguladora. Correto afirmar, pois, que essa Agência possuiu, a todo momento, a efetiva ciência do estágio da execução dos investimentos, exatamente na periodicidade requerida.

(...)

Permita-se dizer que não se discute, aqui, se tal conduta seria mais ou menos indicada, inclusive porque tal avaliação reserva numa apreciação totalmente subjetiva (despida de parâmetros concretos de julgamento). O que se afirma é que a determinação regulatória imposta ao Concessionária – e devidamente cumprida – diz respeito exclusivamente à entrega periódica de relatórios de evolução dos investimentos, de modo que a concessionária somente poderia ser julgada, e eventualmente penalizada, se houvesse descumprido essa regra.

(...)

Como se vê, a fundamentação utilizada para a aplicação de sanção padece de sustentação tanto de fato como de direito, o que demonstra a sua ilegalidade diante do ordenamento jurídico pátrio.

A



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

(...)

Nesse diapasão, pertinente sublinhar que o princípio da motivação impõe a obrigatoriedade de a Administração apresentar, de forma suficiente – não precária – e coerente, as razões de fato e de direito que levaram à tomada de determinada decisão, tudo isso para permitir o controle interno e externo acerca da atuação administrativa, sob pena de nulidade.

(...)

Nestes termos, pleiteia a concessionária a penalidade de multa aplicada na forma do art. 3º da Deliberação recorrida, agora em decorrência da insuficiência da motivação do indigitado ato administrativo, ante a ausência de regra regulatória cuja infração pudesse demandar a referida persecução.” (Grifos no original)

e) Da proporcionalidade da multa aplicada (fls. 3.604/3.607):

“Apenas por amor ao debate, o que se faz em respeito ao princípio da eventualidade, ainda que por verdadeiro absurdo não sejam providos os argumentos acima trazidos, o presente tópico exporá a desproporcionalidade da multa aplicada em comparação com a irregularidade pretensamente incorrida pela Concessionária.

(...)

Pois bem. Na fundamentação do r. voto condutor, menciona o l. Conselheiro-Relator que a Concessionária cumpriu no quinquênio 2008-2012 o equivalente a 67,98% (sessenta e sete inteiros e noventa e oito centésimos por cento) da meta estipulada, o que permite que se conclua, a contrario sensu, que a inexecução das metas estipuladas correspondeu a 32,02% (trinta e dois inteiros e dois centésimos por cento).

(...)

Para melhor ilustração, faz-se necessário apenas destacar que as penalidades do GRUPO IV são aplicadas, conforme o art. 14 daquela IN,

[assinatura]



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviço Público - P. 12/020.214/2007

Processo n.º 12/020.214/2007

Data 02.07.2007 Fm. 2661

Ass. JF

no valor de até 0,1% (um décimo por cento) sobre o faturamento dos últimos 12 (doze) meses da concessionária, o que corresponde, frise-se, à multa máxima que poderá ser aplicada pela AGENERSA.

Em obediência ao princípio da proporcionalidade, portanto, é correto e jurídico afirmar que a aplicação de penalidade máxima, no presente caso, deveria equivaler à total inexecução do plano de investimento, o que corresponderia, precisamente, à imposição da maior pena para a maior falta possível de ser cometida. Partindo-se dessa inteligência, é possível realizar a análise do quantum não executado, para se encontrar, simétrica e, portanto, proporcionalmente, a penalidade que deve ser aplicada.

(...)

No caso em voga, como reconhecido por essa d. Agência Reguladora, não foram executados 32,02% (trinta e dois inteiros e dois centésimos por cento) do pacote de investimentos, o que deve corresponder matematicamente a uma penalidade de aproximados 0,032% (trinta e dois milésimos por cento) do faturamento dos últimos 12 (doze) meses da concessionária. Qualquer valor acima disso não encontrará, como demonstrado, o devido suporte à luz do princípio da proporcionalidade.

(...)

Ante estas considerações, a aplicação da penalidade de multa no gradiente de 0,07% (sete centésimos por cento) revela-se desproporcional em relação à situação fática constatada por essa própria Agência, o que demanda a necessária reforma imediata da Deliberação AGENERSA n.º 1.618/2013, para a diminuição da multa para 0,0224% (duzentos e vinte e quatro décimos de milésimos por cento) do faturamento dos últimos 12 (doze) meses da concessionária." (Grifos no original)

Por fim, requereu o provimento do Recurso, com a anulação da multa imposta no artigo 1º da Deliberação AGENERSA n.º 1.618/2013, considerando: "(i) a certeza e precisão das justificativas apresentadas, que caracterizam excludentes de punibilidade pela execução parcial do

JF



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ RISMARCK VIANNA DE SOUZA

plano de investimentos oriundo da 2ª Revisão Quinquenal de Tarifas; bem como (ii) pelo fato de inexistir qualquer infração ao marco regulatório, relativamente à não comunicação à AGENERSA, à época, das causas ensejadoras da ventilada execução parcial”.

Cabe ressaltar que, ainda em suas conclusões, a recorrente requereu seja “reconhecida a necessidade de diminuição da penalidade de multa aplicada na forma do art. 3º da Deliberação recorrida, para o valor correspondente a 0,0224% (duzentos e vinte e quatro décimos de milésimos por cento) do faturamento dos últimos 12 (doze) meses da concessionária, em autêntico e necessário cumprimento ao princípio da proporcionalidade”.

Até continuo, os autos foram despachados ao corpo jurídico desta AGENERSA que, após atestar a tempestividade da peça recursal, opinou:

“(…)

A respeito das razões de recurso apresentadas pela concessionária, e em especial no que tange à alegação de não apreciação dos argumentos outrora lançados com o fim de justificar o não cumprimento integral das metas físicas e financeiras previstas para o quinquênio 2008 – 2012, insta destacar trecho do voto condutor da Deliberação recorrida do qual se conclui pela apreciação dos argumentos lançados pela ora Recorrente. Sendo vejamos:

“(…)

É de se concluir, portanto, que as justificativas apresentadas pela CEG foram, sim, consideradas pelo julgador para formação de seu convencimento.

Ademais, não se deve perder de vista que a obrigação de cumprimento das metas por parte da CEG decorre de uma determinação da Agência Reguladora, oportunamente formalizada com a edição da Deliberação AGENERSA nº. 371, de 30/04/2009.

Considerando, ademais, que por força de Lei as deliberações desta AGENERSA vinculam suas reguladas, forçoso reconhecer que a CEGinha o dever legal de agir com vistas ao atendimento do que lhe foi determinado.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Do todo que consta dos presentes autos, no entanto, restou comprovado o não cumprimento integral das metas físicas e financeiras com execução prevista para o quinquênio 2008-2012.

A esse respeito, vale ressaltar, a própria Delegatária reconhece o não cumprimento da totalidade das metas, sem prejuízo, é verdade, da apresentação de argumentos com o objetivo de justificar tal fato.

Acontece que suas justificativas não foram encampadas pelo Conselho-Diretor desta AGENERSA, o que equivale dizer que para a Agência Reguladora o cumprimento das metas era possível à concessionária.

Uma vez não reconhecida circunstância capaz de justificar a inadimplência da concessionária no que se refere às citadas metas físicas e financeiras, forçoso concluir que sua culpa decorre de conduta omissiva diante de um dever legal de agir.

Superado esse ponto, passamos à alegação de 'inexistência de infração a qualquer regra regulatória' (...)

Vale destacar, todavia, que a Recorrente parte de premissa equivocada quando afirma que '(...) o ponto basilar para a aplicação da penalidade foi o momento do compartilhamento de tais informações com essa r. Agência (...)'

Melhor sorte não assiste à Recorrente, contudo, se enfrentado o mérito de tal razão de recurso.

(...)

Comprometida que é com o interesse público, não é demais concluir que a atuação desta AGENERSA é sempre voltada para tal objetivo, justificando-se, pois, a adoção de medidas sancionatórias quando da comprovação de desobediência às suas determinações.

(...)



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviço Público - Expediente

PROCESO: E-12/020.214/2007

DATA: 02 07 2007 FOL: 3669

Assinatura

Passando, propriamente, ao enfrentamento da alegação de que o ato administrativo guerreado viola o princípio da legalidade em razão de ausência de regra dispondo sobre prazo para apresentação das citadas justificativas, entendemos que referida tese não merece prosperar.

Isso porque, como já mencionado alhures, as deliberações emanadas por esta AGENERSA vinculam suas reguladas, não sendo razoável que simultaneamente à expedição de determinação de natureza regulatória, exare, também, norma antevendo o seu descumprimento por parte da Delegatária.

Admitindo-se tal hipótese, estaria a Agência Reguladora, ainda que por via transversa, mitigando o poder vinculante inerente às suas deliberações de natureza regulatória.

Passando à análise da última razão de recurso, referente à suposta desproporcionalidade da multa aplicada, insta consignar que a porcentagem fixada se conforma ao limite previsto no GRUPO IV do art. 14 da Instrução Normativa CODIR, nº. 01, de 04/09/2007.

Ademais, revela-se equivocada a correlação feita pela recorrente, em especial no que tange à necessária relação de dependência da porcentagem a ser aplicada a título de multa com a porcentagem de metas não realizadas, vez que a fixação do quantum sancionatório fica a critério do julgador, sem prejuízo da observância do limite imposto pelo GRUPO no qual estiver enquadrado o tipo da infração.

(...)

Assim, a correlação estabelecida pela Recorrente, ainda que desprovida de poder impositivo, revela-se como um critério de possível adoção, sobretudo porque o seu resultado igualmente se conforma ao parâmetro estabelecido no GRUPO IV do art. 14 da Instrução Normativa CODIR, nº. 01, de 04/09/2007, de modo que sua recepção submete-se, apenas, ao juízo de conveniência do julgador.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

(...)

Concluiu opinando "pelo conhecimento do Recurso, para, no mérito, considerá-lo improcedente, sem prejuízo à ressalva no que tange à possibilidade de diminuição da penalidade de multa aplicada, eis que reservado ao poder discricionário do julgador".

Através da Resolução do Conselho Diretor n.º 373³, de 04/07/2013, o presente processo foi distribuído a minha relatoria.

Intimada⁴ a apresentar suas manifestações, a Concessionária CEG reiterou os termos do Recurso interposto, aduzindo:

"(...)

II – Da Não Comprovação da Responsabilidade da Concessionária pelo Cumprimento Parcial das Metas de Investimentos

Como primeiro argumento recursal deduzido, esclareceu-se que essa respeitada Agência, ao prolatar a decisão recorrida, confirmou o cumprimento parcial das metas de investimentos, mas não logrou êxito em demonstrar a responsabilidade à Concessionária por este evento. Enfim, não foi promovida a imputação de culpabilidade, imprescindível para a imposição de qualquer penalidade.

(...)

Posta assim a questão, impende dizer que a Concessionária concorda plenamente com os comentários acima transcritos, os quais, entretanto, em nada esvaziam as razões recursais oportunamente apresentadas. É, por óbvio, dever das concessionárias cumprir as determinações dessa Agência Reguladora e, como já sobejamente afirmado, não se discute o cumprimento apenas parcial das metas de investimentos demarcadas na segunda revisão quinquenal de tarifas. O que se afirma é que o cumprimento parcial não ocorreu por dolo ou culpa da concessionária, ocorrendo, na hipótese, causas de excludente de culpabilidade.

³ Fls. 3621.

⁴ Fls. 70 – Ofício AGENERSA/CODIR/JB n.º 118/2013.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Secretaria Estadual
Processo E-12/020.214, 2007
02 07/2007 p. 3666
rebrer

(...)

O posicionamento adotado pela Procuradoria se aproxima, data vênia, àquele adotado pelo ínclito Conselheiro MOACYR ALMEIDA FONSECA, quando da relatoria da Deliberação recorrida, ao não apontar qualquer falha que pudesse ter sido cometida pela Concessionária, capaz de comprovar a sua responsabilidade pelo resultado constatado – cumprimento parcial das metas.

Nesse sentido, como a mera confirmação da inexecução parcial das metas de investimentos não é bastante para embasar a aplicação de penalidade à Concessionária, deve-se reconhecer, por via de consequência lógica, a falta de motivação da Deliberação recorrida.

(...)

III – Do Equívoco de Aplicação de Penalidade Baseada na Suposta Omissão da Concessionária

(...)

No mencionado tópico, a Concessionária salientou ter sido aplicada sanção administrativa com base em conduta não tipificada no marco regulatório ao qual se encontra submetida, e, como justificativa para tal argumento, transcreveu trechos do voto do nobre Conselheiro Relator à época, que compõe, sem qualquer dúvida, a fundamentação da decisão exarada.

Com efeito, o r. voto do Conselheiro Relator e os debates orais mantidos pelas nobres Membros do Conselho-Diretor dessa AGENERSA evidenciaram, como fundamento para a aplicação da penalidade imposta, o entendimento de que a Concessionária deveria, no curso do quinquênio, ter relatado as dificuldades no cumprimento das referidas metas. Isso, digo-se de passagem, independentemente do devido cumprimento conferido pela Companhia à exigência de apresentação dos relatórios periódicos demonstrando os investimentos físicos e financeiros realizados.



Secretaria de Estado da Casa Civil
P. 100. E-12/020.214, 2007
02, 07, 2007
febr 2007

A esse respeito, a r. Procuradoria se aleva apenas em afirmar que a Concessionária descumpriu metas determinadas e que, por isso, deveria ser penalizada. Novamente, entretanto, vale salientar que a Concessionária não discorda da constatação de cumprimento parcial das metas de investimento. O que se afirma é que o pseudo-dever de informar a essa Agência sobre as dificuldades no desenvolvimento daquele planejamento, no curso do quinquênio, não possui previsão em todo o marco regulatório.

Assim, não se pode admitir a utilização de um critério subjetivo para a aplicação de sanção administrativa à Concessionária, o que se menciona ante a ausência de expressa previsão legal que possa emprestar suporte a tal determinação.

(...)

IV – Da Vinculação a Proporcionalidade quando da Aplicação de Penalidade

Por último, mas não menos importante, cumpre que se afaste o posicionamento da ilustrada Procuradoria, no sentido de que a dosimetria da multa aplicada poderia ser livremente estabelecida por esse Colendo Conselho-Diretor, por dizer respeito a um ato discricionário – submetido, nessa condição à mera avaliação de oportunidade e conveniência. (...)

Cumpre pontuar, desde logo, que a aplicação do princípio da proporcionalidade no exercício das atividades administrativas não possui um viés discricionário, mas vinculado, sob pena, inclusive, de nulidade do ato.

(...)

Por tais razões, incorre a l. Procuradoria, data vênua, em imprecisão técnica ao aduzir que a definição da multa aplicada se submeteria a um 'juízo de conveniência do julgador', visto a sanção administrativa, in casu, deve estar estritamente relacionada ao percentual de inexecução das metas de investimento estabelecidas, sob pena de nulidade. (...)"



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Secretaria Estadual
Processo nº E-12/020.214/2007
Data: 02/07/2007 Fls. 366,8
Assinatura *[assinatura]*

Por fim, requereu o "acolhimento de todos os argumentos recursais apresentados, no sentido de que os mesmos sejam conhecidos e providos em sua integralidade".

É o relatório.

[assinatura]
José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Processo nº.: E-12/020.214/2007.
Data de autuação: 02/07/2007.
Concessionária: CEG.
Assunto: Concessionária CEG. 2ª Revisão Quinquenal.
Sessão Regulatória: 26/09/2013.

VOTO

Apura-se, nos presentes autos, Recurso¹ interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.618, de 27/05/2013².

Na supramencionada Deliberação, este Conselho Diretor aplicou a penalidade de multa no montante de 0,07% (sete centésimos por cento), em virtude do não atingimento das metas físicas e financeiras estabelecido na Deliberação AGENERSA n.º. 371/09.

¹Fls. 3.590/3.608.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1618 DE 27 DE MAIO DE 2013.

CONCESSIONÁRIA CEG – 2ª REVISÃO QUINQUENAL DO CONTRATO DE CONCESSÃO.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/020.214/2007, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de advertência, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 19, IV, da Instrução Normativa nº. 001/2007, devido ao descumprimento do estabelecido no art. 3º e 6º, da Deliberação AGENERSA nº. 1051/12.

Art. 2º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,07% (sete centésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à 31/12/12, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 19, IV, da Instrução Normativa nº 001/2007, devido ao não atingimento das metas físicas e financeiras, estabelecido na Deliberação AGENERSA nº. 371/09.

Art. 4º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária e a Câmara Técnica de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 5º - Determinar que o valor não investido pela Concessionária de R\$ 287.277.506,00 (duzentos e oitenta e sete milhões, duzentos e setenta e sete mil e quinhentos e seis reais), base de dezembro de 2011, seja considerado para modicidade tarifária nos trabalhos em curso da 3ª Revisão Quinquenal.

Art. 6º - Determinar que seja analisado pela CAPET e Consultoria contratada para os trabalhos da 3ª Revisão Quinquenal, ora em curso, a conta dos "investimentos diferidos" e eventual saldo seja incorporado ao montante dos investimentos não realizados, visando com isso a sua contemplação para a modicidade tarifária.

Art. 7º - Remeter aos estudos da 3ª Revisão Quinquenal, a fim de resguardar a modicidade tarifária, os investimentos físicos não realizados no período de 2008-2012.

Art. 8º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 27 de maio de 2013.

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

P



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ ISMARCK VIANNA DE SOUZA

Processo P30800 Estadual
Processo nº E-12/020.214/2007
Data 02/07/2007 Fls. 3673
Assinatura

As fls. 3.610/3.618, a Procuradoria desta Autarquia ofertou parecer opinando pelo *"conhecimento do Recurso, para, no mérito, considerá-lo improcedente, sem prejuízo à ressalva no que tange à possibilidade de diminuição da penalidade de multa aplicada"*.

Instada a apresentar suas razões finais, a Recorrente reiterou os termos da peça Recursal.

Em caráter preliminar, registro a tempestividade do presente Recurso, eis que o mesmo foi interposto dentro do prazo estatuído no Regimento Interno desta AGENERSA.

Quanto ao mérito, manifesto meu parcial desacordo com os argumentos apresentados pela Concessionária, senão vejamos:

I – Do Princípio da Culpabilidade

Como primeiro argumento, a Concessionária relatou que, em decorrência das excludentes de culpabilidade "fato da administração" e "força maior", a mesma quedou-se impossibilitada de realizar as determinações impostas por este ente regulador.

Aduziu, inicialmente, que *"o fato da administração trazido à discussão refere-se ao atraso na decisão final do processo de revisão quinquenal de tarifas, para a definição dos investimentos que deveriam ser implementados no quinquênio 2008-2012, o que constitui evento totalmente alheio à vontade da Concessionária e, portanto, caracteriza a excludente de ilicitude acima mencionada"*.

Também salientou que, além do fato da administração, houve a incidência de força maior, advertindo que a Concessionária não possuiu nenhuma ingerência sobre a crise econômica mundial que gerou reflexos diretos no mercado de consumo interno.

Sob os presentes enfoques, a Procuradoria desta AGENERSA ressaltou que as justificativas supracitadas não foram encampadas pelo Conselho Diretor, e que *"uma vez não reconhecida circunstância capaz de justificar a inadimplência da concessionária no que se refere às citadas metas físicas e financeiras, forçoso concluir que sua culpa decorre de conduta omissiva diante de um dever legal de agir"*.

Quanto ao presente ponto, a Câmara de Política Econômica e Tarifária desta AGENERSA teceu as seguintes considerações (fls.3.273/3.283), *in verbis*:

P



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Carteira Processual
Processo E-121/020.214/2007
Data 02/07/2007
Assinatura 3679

"(...) a decisão em comento foi tomada tendo por base elementos técnicos e financeiros que já se encontravam em curso, notadamente ao longo do ano de 2008, e que fizeram parte indissociável da equação final embutida na deliberação AGENERSA 371/2009, notadamente quanto à formação da margem tarifária dali exarada (...). Não cabe, pois, considerar o tempo transcorrido como prejudicial ao correto cumprimento das obrigações contratadas". (Grifos no original)

Ainda nessa linha a CAPET se pronunciou:

"No tópico V, entendemos a preocupação em listar os efeitos adversos das crises mundiais, pois foram (e continuam sendo) eventos cujas magnitudes abalaram (e ainda abalam) estruturas por todo o mundo globalizado. Porém, ao verificarmos os balancetes da CEG, de 2008 a 2011, verificamos que apenas em 2009 houve queda na arrecadação de receitas com as atividades de fornecimento de gás, em relação ao ano anterior, queda que foi largamente recuperada com o crescimento obtido no ano de 2010, incremento que também foi verificado em 2011."

Sendo assim, seguindo o raciocínio apresentado pela Procuradoria e CAPET desta AGENERSA, julgo improcedente o argumento da Concessionária CEG.

II – Da Violação ao Princípio da Legalidade

Em uma segunda argumentação, alegando violação ao primado da legalidade, a Concessionária salientou que *"existir o que não está previsto em lei infringe diretamente o princípio da legalidade, garantia constitucional suprema a proteger todos os particulares contra arbitrariedades do Estado"*.

Quanto ao presente ponto, impende advertir, conforme salientado pela Procuradoria desta Autarquia, que *"as deliberações emanadas por esta AGENERSA vinculam suas reguladas, não sendo razoável que simultaneamente à expedição de determinação de natureza regulatória, exare, também, norma antevendo o seu descumprimento por parte da Delegatária"*.

Da presente argumentação é possível extrair, no contexto do sistema administrativo, que a Deliberação emanada pelo órgão colegiado de um ente regulador possui natureza de ato



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ RISMARCK VIANNA DE SOUZA

administrativo normativo, ou seja, *consiste naquele ato que contém comando geral e abstrato, visando à correta aplicação da lei, detalhando melhor o que a lei previamente estabeleceu*³.

Desse modo, tomando por conta a natureza do ato e sua vinculação frente à Delegatária, julgo improcedente o argumento da Concessionária.

III – Da Proporcionalidade na Aplicação da Penalidade

Afirmando desproporcionalidade na aplicação da penalidade à Concessionária, a mesma salientou que *“em obediência ao princípio da proporcionalidade, portanto, é correto e jurídico afirmar que a aplicação de penalidade máxima, no presente caso, deveria equivaler à total inexecução do plano de investimento, o que corresponderia, precisamente, à imposição da maior pena para a maior falta possível de ser cometida. Partindo-se dessa inteligência, é possível realizar a análise do quantum não executado, para se encontrar, simétrica e, portanto, proporcionalmente, a penalidade que deve ser aplicada.”*

Quanto ao presente argumento, sigo a orientação emanada por este Conselho Diretor, no bojo dos autos do processo E-12/020.215/2007, da Relatoria do Ilustríssimo Conselheiro Roosevelt Brasil, na qual ponderou o percentual não executado frente à determinação desta AGENERSA para, com isso, estipular o *quantum* de multa a incidir à Delegatária.

Sendo assim, considero na situação em apreço que: a) o percentual de 67,98% (sessenta e sete inteiros e noventa e oito por cento), referente aos investimentos previstos para o quinquênio 2008-2012 que foram realizados e; b) o inadimplemento de 32,02% (trinta e dois inteiros e dois por cento), para ponderar a aplicação da penalidade imposta à Concessionária CEG.

Assim sendo, a multa exigível deverá ser de 0,032% (trinta e dois milésimos por cento), correspondente à fração de investimento não realizado, ao invés de 0,07% (sete centésimos por cento), relativo ao não atingimento das metas físicas e financeiras determinadas no prazo do artigo 7º da Deliberação AGENERSA/CD nº. 371/2009, cuja Concessionária ficou em mora pelo período de 05 (cinco) anos⁴.

³ MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 6ª Ed. Niterói: Impetus, 2012.

⁴ Vide fls. 3.189. “(...) A primeira, a *lex* do caput daquele artigo, é relacionada ao prazo de entrega do plano plurianual de investimentos referentes aos exercícios de 2009, 2010, 2011 e 2012, que expirava em 06/06/2009, não cumprida pela Concessionária, considerando que a mesma, após diversas pedidos de prorrogação, protocolizou aquele plano em 09/11/2009, considerando, tão somente, os três últimos anos”. (Grifos)



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Por estas razões, entendo ser este o critério mais justo, pois o que se levou em consideração foi a fração dos investimentos não realizados, ao invés do não atingimento dentro do prazo de 05 (cinco) anos, conforme previsto na Deliberação AGENERSA/CD nº. 371/2009.

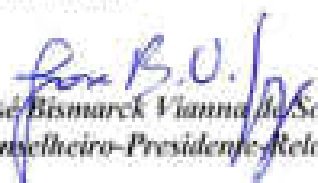
Presente as razões expostas, acolho parcialmente as alegações da Recorrente.

IV – Da Sugestão ao Conselho Diretor

Assentadas tais conclusões, sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG, porque tempestivo, para, no mérito, dar-lhe parcial provimento, a fim de reformar a penalidade aplicada no artigo 3º da Deliberação AGENERSA/CD 1.618/2013, para o patamar de 0,032% (trinta e dois milésimos por cento) sobre o faturamento da Concessionária nos últimos 12 (doze) meses anteriores à 31/12/2012, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 19, IV, da Instrução Normativa nº 001/2007, devido ao não atingimento das metas físicas e financeiras, estabelecido na Deliberação AGENERSA/CD nº. 371/2009.

É como voto.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA #0011
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 1262

DE 26 DE SETEMBRO DE 2013.

Concessionária CEG. 2ª Revisão Quinquenal.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais e, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório n.º E-12/020.214/2007, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG, porque tempestivo, para, no mérito, dar-lhe parcial provimento, a fim de reformar a penalidade aplicada no artigo 3º da Deliberação AGENERSA/CD 1.618/2013, para o patamar de 0,032% (trinta e dois milésimos por cento) sobre o faturamento da Concessionária nos últimos 12 (doze) meses anteriores à 31/12/2012, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 19, IV, da Instrução Normativa nº 001/2007, devido ao não atingimento das metas físicas e financeiras, estabelecido na Deliberação AGENERSA/CD nº. 371/2009.

Art. 2º - A presente Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de setembro de 2013.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro