

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 495

DE 22 DE DEZEMBRO DE 2009.

CONCESSIONÁRIA CEG. TERMO DE NOTIFICAÇÃO Nº 006/08.

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 -12/020.282/2008, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º – Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 402/09, de 30 de junho de 2009, não acolher a preliminar suscitada, e no mérito negar-lhe provimento.

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

Rio de Janeiro, 22 de dezembro de 2009.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO

Conselheiro-Presidente Relator

DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE

Conselheira

MOACYR ALMEIDA FONSECA

Conselheiro

SÉRGIO BURROWES RAPOSO

Conselheiro

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

Processo n.º: E-12/020.282/2008
Autuação: 22 de agosto de 2008
Concessionária: CEG
Assunto: TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA
N.º.006/08
Relato: 22 de dezembro de 2009

VOTO

Trata-se de Recurso interposto pela CEG contra a Deliberação AGENERSA N.º.402, de 30 de junho de 2009, a qual conheceu a Defesa Prévia apresentada pela Concessionária, para no mérito, negar-lhe provimento, aplicando à CEG a penalidade de advertência, prevista na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE n.º.P-005/08 e no Termo de Notificação n.º.006/2008, de 18/08/2008.

Inicialmente, mister afirmar a tempestividade da interposição da peça recursal, uma vez que a Deliberação AGENERSA n.º. 402, de 30 de junho de 2009, restou publicada no DOERJ de 06 de julho de 2009, segunda-feira, e a mencionada petição foi protocolizada nesta Agência Reguladora em 16/07/2009, logo, dentro do prazo de 10 (dez) dias, previsto no art.62, *caput* do Decreto Estadual n.º.38.618, de 08/12/2005.

A Recorrente suscita ainda, em sede de preliminar, nulidade da Deliberação AGENERSA n.º.402, de 30/06/2009, e da Instrução Normativa n.º.001/2007, ao fundamento de que implicariam em *“nítida violação aos preceitos do Contrato de Concessão e aos princípios que regem o Direito Administrativo.”*



AGENERSA

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

Argumenta ainda a Concessionária que *“Da análise dos artigos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº.001/2007, que estabelecem a aplicação de penalidades em face desta Recorrente, verifica-se que há previsão de apenas duas hipóteses para aplicação de penalidade de advertência (artigo 15 da Instrução Normativa AGENERSA/CD 001/2007.)”*.

Ressalte-se, contudo, que a Instrução Normativa AGENERSA/CD Nº 001/2007 foi alterada através da Instrução Normativa nº.001/2008¹, de 21/02/2008, e trouxe à lume a possibilidade de imposição da penalidade de advertência ou multa, a critério do Conselho Diretor, razão pela qual, a assertiva da Concessionária cai por terra.

Mister salientar ainda que a penalidade imposta à Recorrente, teve por fundamento a análise do caso em concreto, o que motivou esta AGENERSA à aplicação da penalidade de Advertência, sanção que se demonstrou a mais adequada, e em consonância com os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse sentido foi o parecer da Douta Procuradoria Geral desta AGENERSA²:

***“O exercício do juízo de proporcionalidade em sentido estrito, (...) decorre da aferição e de valorações para a aplicação da própria medida em si. É a fixação dos parâmetros de imposição da medida restritiva. Logo, pode-se afirmar que a proporcionalidade é que permite um perfeito equilíbrio entre o fim e o meio empregado. É o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma.*”**

Neste particular também é de reconhecer que a penalidade é proporcional posto que fixada dentro dos parâmetros contratuais e destinada a compelir ao adimplemento das obrigações a par da gravidade da conduta, não foi sequer imposta pelos patamares máximos previstos na Cláusula Dez do Contrato de Concessão”



Ou seja, não obstante a possibilidade desta Agência Reguladora aplicar à Concessionária penalidade mais severa, como por exemplo, a multa pecuniária, entendeu por devida e razoável, a aplicação da penalidade de advertência considerando as características do caso em questão.

Melhor sorte não socorre à Recorrente, ao afirmar a incompatibilidade entre a indigitada Instrução Normativa e o Contrato de Concessão, já que aquela tem por escopo complementar as normas contratuais protetivas já existentes, e trazer maior segurança à relação jurídica firmada entre o Poder Concedente, a Concessionária e os usuários.

Saliente-se, inclusive, que o procedimento necessário à aplicação das penalidades previstas na Instrução Normativa 001/2007, é realizado mediante processo regulatório específico, com o exercício da ampla defesa e contraditório.

Portanto, não merece prosperar a assertiva infundada, no sentido de que a Instrução Normativa teria sido estabelecida "*com o único propósito de punir com extremo rigor*" a recorrente. Ao revés, o referido ato normativo tem por escopo a fiscalização das obrigações legais e contratuais impostas à CEG e CEG RIO, e a aplicação das respectivas penalidades, quando for o caso, no exercício da autonomia desta Agência Reguladora.

No mérito, a Recorrente afirma que não houve desrespeito ao Regulamento de Instalações Prediais (RIP), já que "*prima pela segurança de seus usuários*", requerendo ainda a revisão da decisão materializada na Deliberação AGENERSA/CD N.º 402/08, com a revogação da penalidade de advertência.

Inicialmente, cumpre salientar que não consta dos autos qualquer referência a descumprimento do disposto no Regulamento de Instalações Prediais (RIP) pela Concessionária, causando espécie tal alegação em peça recursal.



A matéria em comento versa sobre obras realizadas em vias públicas, nos exatos termos do Termo de Notificação n.º.006/2008³, expedido em razão de vistoria realizada nos dias 18 e 20 de março de 2008.

Ao simples cotejar dos presentes autos é possível notar que a conduta adotada pela Recorrente infringiu dispositivos do Contrato de Concessão e trouxe mácula à adequada prestação do serviço público, em verdadeira violação ao artigo 6º, parágrafo primeiro, da Lei n.º. 8987/95.

O Relatório de Fiscalização⁴ apresentado pela Câmara Técnica – CAENE – afirma peremptoriamente que o cuidado com a supervisão das obras **“parece ter sido desvinculado das ações efetivas de prevenção nas obras, na observação atenciosa das Normas desenvolvidas para este fim, o que continua prejudicando a imagem da Empresa CEG, bem como de todo o sistema concedido de abastecimento de gás.”**

Não há dúvidas, portanto, que a Recorrente realizou obras em desacordo com o previsto no Contrato de Concessão, sendo o Relatório de Fiscalização a prova inequívoca do descumprimento da cláusula contratual.

No que tange à assertiva da Concessionária, de que as falhas evidenciadas teriam sido sanadas e confirmadas pela CAENE, esta é verídica. Contudo, reforça o lastro probatório produzido nos presentes autos, referente as desconformidades apontadas no Relatório de Fiscalização elaborado por aquela Câmara Técnica.

A penalidade imputada à Concessionária, é, portanto, medida adequada, razoável e eficaz, bem como prevista no Contrato de Concessão e na Instrução Normativa 001/2007.

Insta repisar que a Recorrente tem pleno conhecimento de todas as legislações, cláusulas contratuais e atos normativos aplicáveis ao tema, não podendo se valer de sua própria torpeza para eximir-se das obrigações que lhe são cabíveis.

Serviço Público Federal
Processo nº E-12/020.282/2008
22/08/2008 103
AGENERSAAGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Há que se ressaltar que esta Agência Reguladora cumpriu sua finalidade essencial, qual seja, regular e fiscalizar o Contrato de Concessão, bem como, aplicar à Concessionária as penalidades adequadas ao caso, a fim de evitar que condutas como as dos presentes autos se repitam.

A Ilustre procuradoria desta AGENERSA em seu parecer asseverou:

“O fato da recorrente ter sanado as inadequações registradas no Termo de Notificação, não pode inibir a Agência Regulador de cumprir seu papel de regular e fiscalizar as atividades das Concessionárias, aplicando as penalidades dispostas no instrumento concessivo e legislação pertinente.”

Tem-se, portanto, que não há como acolher a pretensão formulada pela Recorrente, já que inexistente a alegada insubsistência da penalidade de advertência imposta à Concessionária.

Desta feita, os fundamentos utilizados pela Concessionária em peça recursal não encontram guarida na legislação vigente, tampouco no Contrato de Concessão firmado.

Diante do exposto, proponho ao Conselho Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº.402/09, de 30 de junho de 2009, para não acolher a preliminar suscitada, e no mérito negar-lhe provimento.

É como voto.


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro Relator



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

¹ Instrução Normativa AGENERSA/CD N.º 01/2008, de 21 de fevereiro de 2008.

ALTERA DISPOSITIVOS DA INSTRUÇÃO NORMATIVA AGENERSA/CD N.º 001/2007, DE 04/09/2007, QUE "DISPÕE SOBRE OS PROCEDIMENTOS A SEREM ADOTADOS PELA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO RIO DE JANEIRO – AGENERSA 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.

O Conselho Diretor da Agência de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA – no uso de suas atribuições legais e regimentais,

Art.1º - Alterar os seguintes dispositivos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007, de 04/09/2007, na forma abaixo:

Art.16. Sem prejuízo do dispositivo em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do GRUPO I, sempre que, sem justo motivo:

(...)

Art.17. Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do GRUPO II sempre que, sem justo motivo:

(...)

Art.18. Sem prejuízo do dispositivo em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do GRUPO III sempre que, sem justo motivo:

(...)

Art.19. Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do GRUPO IV sempre que, sem justo motivo:

(...)

Art.2º- Esta Instrução Normativa entrará em vigor na data da sua publicação no Diário Oficial, revogadas as disposições em contrário. Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2008."

² Fls.88/94;

³ Fls.04;

⁴ Fls.05/18;