

CONCESSIONÁRIA CEG. TERMO DE NOTIFICAÇÃO Nº 006/2009. RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-0015/2009. RECURSO EM FACE DA DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 614/10, INTEGRADA PELA DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 645/10.

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-12/020.339/2009, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA Nº 614, de 30/06/2010, integrada pela Deliberação AGENERSA Nº 645, de 30/11/2010, para no mérito dar-lhe parcial provimento, reformando a multa aplicada no art. 2º para o percentual de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD Nº 001/2007, devido aos fatos narrados nos Relatórios de Fiscalização CAENE nº P-0015/09, P-0009/10 e P-0010/10, e nos Termos de Notificação nº 006/2009, 006/2010 e 007/2010.

Art. 2º- Determinar à SECEX juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD Nº 001/2007.

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

Rio de Janeiro, 29 de março de 2011.

MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro-Presidente
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira-Relatora
SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro

Rúbrica:
E-12/020.339/2009

Processo n.º.
Data de Autuação 19 de outubro de 2009
Concessionária CEG
Assunto Termo de Notificação n.º. 006/2009. Relatório de Fiscalização CAENE n.º. P-0015/2009.
Sessão Regulatória 29 de março de 2011.

Relatório

Trata-se de Recurso protocolizado nesta Autarquia em 22/12/2010, pela Concessionária CEG¹, contra a Deliberação AGENERSA n.º. 645/10, de 30/11/2010, que mantém a Deliberação AGENERSA n.º. 614/2010².

Preliminarmente, a Recorrente aponta a tempestividade do recurso interposto³ e requer a concessão de efeito suspensivo ao mesmo⁴.

No mérito, após breve relato dos fatos, afirma que "(...) *pode-se constatar que esta concessionária, ao tomar ciência da ocorrência de*

U

¹ Fls. 132/142, noticiado no despacho de fls. 143, de lavra do Assessor João Carlos Azevedo da Conceição, no qual informa também a autuação do processo n.º. E-12/020.346/2010, em atenção ao disposto no artigo 2º. da Deliberação AGENERSA/CD n.º. 614/2010, integrada pela Deliberação AGENERSA/CD n.º. 645/2010.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º. 614 DE 30 DE JUNHO DE 2010. CONCESSIONÁRIA CEG – TERMO DE NOTIFICAÇÃO N.º. 006/2009. RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-0015/09. 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 n.º E-12/020.339/2009, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer as defesas apresentadas pela Concessionária CEG em face dos Termos de Notificação n.º. 006/2009, de 14/10/09, 006/2010, de 23/03/10 e 007/2010, de 24/03/10, porque tempestivos, para no mérito negar-lhe provimento.

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,05% (cinco centésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 19, IV, da Instrução Normativa n.º. 01/2007, devido aos fatos apurados nos Relatórios de Fiscalização CAENE P-0015/2009, P-0009/10 e P-0010/10 e nos Termos de Notificação citados no artigo 1º.

Art. 3º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com as Câmaras Técnicas de Política Econômica e Tarifária (CAPET) e de Energia (CAENE), a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 01/2007.

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

Rio de Janeiro, 31 de agosto de 2010.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO - Conselheiro Presidente; MOACYR ALMEIDA FONSECA – Conselheiro-Relator; SÉRGIO B. RAPOSO – Conselheiro.

³ "(...) a Deliberação AGENERSA n.º. 645/2010 foi publicada no Órgão Oficial no dia 13 de dezembro de 2010 (segunda-feira), o prazo de 10 dias para a interposição do Recurso iniciou-se em 14 de dezembro de 2010 (terça-feira) e terá seu término em 23 de dezembro de 2010 (quinta-feira)".

⁴ Considera que "(...) há um risco de prejuízo de difícil e incerta reparação (...)" e entende ser "(...) fundamental a concessão de tal efeito, para que haja possibilidade do Conselho Diretor analisar todas as argumentações postas no presente Recurso, antes de se manifestar definitivamente sobre o assunto, sendo esta a forma mais adequada de assegurar o devido processo legal e os princípios da ampla defesa e do contraditório".

Rúbrica: *f*

desconformidades, imediatamente procurou saná-las (...)”⁵; que “(...) prima pela segurança de seus usuários, o que se comprova pela efetiva presença na localidade da equipe técnica responsável pela execução dos serviços necessários às adequações exigidas”⁶; registra que “(...) não desrespeitou às normas de execução da obra, muito pelo contrário, após a identificação das irregularidades, foram adotadas as medidas necessárias para a imediata adequação das mesmas”; defende que “(...) considerando-se que as pendências suscitadas no processo foram todas adequadamente satisfeitas, estando a obra em questão regularizada e inspecionada pela AGENERSA, de modo que a melhor decisão seria o arquivamento do processo pela perda de seu objeto”⁷; sustenta o não cabimento da penalidade de multa aplicada; cita a Cláusula Décima do Contrato de Concessão⁸ e afirma que, de acordo com a mesma, “(...) a aplicação de penalidades somente tem lugar quando a Concessionária deixa de adotar a conduta determinada pela Agência, dentro do prazo estabelecido, se omitindo em seu dever de atuar”; destaca que “A previsão contratual de apenas se impor penalidades nos casos em que a Concessionária permanecer inerte, demonstra a efetiva preocupação com o cumprimento da máxima ‘Regular antes de Penalizar’, que deve ser sempre observada pelas Agências Reguladoras em geral”; assevera que “(...) informou que as desconformidades apresentadas no Termo de Notificação, já haviam sido integralmente sanadas, entretanto, mesmo tendo sido cumpridas tempestivamente as determinações, o Conselho Diretor dessa Agência proferiu a Deliberação 614/10, (...), determinando a aplicação da penalidade de multa, apesar de todas as adequações promovidas pela Concessionária”; entende que “(...) a imposição de penalidade de multa, é medida que não está pautada na busca de um benefício em prol do interesse-público”; que “(...) diante da patente constatação de ausência de má-fé por parte da recorrente, que inclusive atuou de forma a corrigir eventuais inadequações existentes, deve ser revogada a penalidade de multa aplicada à Recorrente (...)”; alega violação ao artigo 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, observando que “(...) a

⁵ “(...) ficou comprovado que todas as inadequações apontadas pelo Relatório de Fiscalização foram devidamente sanadas pela Recorrente, tendo sido feitas as devidas adequações nas Ruas Marechal Bittencourt, Hemengarda, Manuel Vitorino e Pacheco Jordão.”

⁶ “Tal conduta empreendida pela Recorrente, baseia-se no parágrafo 3º, da Cláusula Primeira do Contrato de Concessão (...)”.

⁷ Requer a “(...) revisão da decisão materializada na Deliberação 614/10, com a anulação da penalidade de multa determinada em seu art. 2º, julgando-se extinto o processo em decorrência da perda de objeto”.

⁸ “CLÁUSULA DEZ – PENALIDADES (...) As penalidades serão aplicáveis conforme previsto nas normas legais e regulamentares dos serviços e neste Contrato sempre que:

II – deixar de adotar sem justa causa, nos prazos fixados pela ASEP-RJ, as providências indicadas para restabelecer a regularidade ou garantir a qualidade e eficiência dos serviços” (grifos como no original).

fundamentação utilizada para aplicação da penalidade de multa foi a reincidência da Concessionária (...)"; ilumina trecho do Voto proferido pelo Conselheiro-Relator⁹ e o artigo 20 da IN AGENERSA/CD n.º. 001/2007¹⁰; afirma que "(...) não foi observado o requisito formal para aplicação de penalidade de multa com fundamento na reincidência já que, neste caso, seria necessário mencionar qual foi o Auto de Infração que aplicou a penalidade referente à primeira infração"¹¹; considera que "(...) somente poderia ser imposta penalidade de multa por reincidência, nos casos em que a infração ocorre dentro do período de 12 (doze) meses subsequentes à 'Lavatura do 'Auto de Infração' referente à primeira ocorrência"; que "No caso em tela não temos como verificar se, de fato, houve reincidência, hábil a fundamentar a aplicação da penalidade de multa (...)"; que **"(...) no que se refere ao percentual da multa que efetivamente foi aplicado, (...) tal montante não poderia ser eleito pelo Conselho Diretor, já que, para as infrações já penalizadas com advertência, a aplicação de multa pela reincidência deverá observar correspondência com as multas do GRUPO I, ou seja, até 0,01% (...)";** alega que houve violação aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, que "(...) a imposição da multa in casu, (...), é medida que não encontra amparo legal, uma vez que, além de não atender às normas vigentes, não atende ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade no que se refere aos seus três requisitos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito"¹²; entende que "(...) a imposição da multa constitui medida desarrazoada, inadequada e desproporcional"; afirma que **"(...) resta patente a constatação no sentido da falta de razoabilidade e proporcionalidade na imposição da penalidade de multa, haja vista que as mesmas inadequações, quando fiscalizadas pela Prefeitura do Rio de Janeiro, acarretaram multas em patamares bem menores, normalmente fixadas**

⁹ "Por todo o exposto e, considerando a inobservância aos requisitos de segurança e qualidade das obras por parte da Concessionária, **acrescido pelas diversas advertências aplicadas pelo Conselho-Diretor desta Agência em processos de mesma natureza, necessário se faz aplicar-lhe a penalidade de multa, (...),** de modo a evitar a ocorrência do mesmo tipo. (GN)" (grifos como no original).

¹⁰ Art. 20 - **Em se tratando de reincidência de infração que venha a ocorrer dentro do período de 12 (doze) meses subsequentes à lavatura do 'Auto de Infração (AI)' referente à primeira ocorrência,** o Conselho Diretor da AGENERSA decidirá em sede de processo regulatório instaurado para apreciação de infração recidiva, segundo os termos desta Instrução Normativa e desde que comprovada nos autos a culpa da Concessionária, sobre a adoção dos seguintes providências: I – **aplicação de multa correspondente ao GRUPO I, para os casos já punidos com ADVERTÊNCIA. (GN)**" (grifos como no original).

¹¹ "(...) o i. Relator menciona a questão da reincidência como fundamento para a aplicação da penalidade, entretanto não informa qual seria a infração anterior em que a Concessionária teria reincidido".

¹² "(...) o ato não é adequado, haja vista que a imposição de multa, após já saneadas as inadequações apontadas e atendendo ao solicitado pelo órgão Regulador, não traz qualquer efeito prático (...) pelo mesmo motivo, **não se pode verificar a necessidade da imposição da multa,** uma vez que a Concessionária não se esquivou de praticar os atos determinados pela Agência, não tendo se negado a proceder às adequações exigidas e fazendo-o de forma tempestiva (...) **não se verifica o preenchimento do requisito da proporcionalidade em sentido estrito,** pois a aplicação da multa por um fato que já havia sido efetivamente sanado não traz qualquer vantagem ao Regulador, ao contrário, coloca a Concessionária (...) em manifesta desvantagem" (grifos no original).

em torno de R\$ 500,00 (...)", menciona que "(...) **as inadequações observadas na obra em questão, não tiveram o condão de expor à sociedade a qualquer risco, não se observando gravidade capaz de gerar a imposição de penalidades tão pesadas como a multa aplicada**"; ressalta que "(...) o Contrato de Concessão não estabelece patamar mínimo para a fixação da multa, ao contrário, o Contrato estabelece um patamar máximo, que não pode ser ultrapassado pela Concessionária, justamente visando a impedir a adoção de critérios que levem à fixação de multas em patamares muito altos(...)"¹³; que "(...) a penalidade aplicada pela Agência, em valores extremamente altos, que revertem em favor da própria Agência Reguladora, acabam por ter um efeito prático de verdadeiro confisco, por se tratar de forma de aquisição coativa da propriedade da entidade privada pelo Estado, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio (...)"¹⁴; sustenta que "(...) **faz-se necessária a anulação da multa imposta, eis que a mesma se mostra desnecessária, inadequada e desproporcional, o que leva à constatação de ausência de razoabilidade do próprio ato**"; conclui, requerendo a revogação da "(...) Deliberação AGENERSA n.º 615/10, com a conseqüente anulação de multa imposta em seu art. 1º, (...), eis que ausentes os fundamentos que justificam a sua imposição (...)" ou que "(...) seja reduzido o percentual da multa aplicada, de modo a adequar o montante aos Termos da Instrução Normativa CD 01/2007 (...)" (grifos no original).

Às fls. 144/145, consta cópia da Resolução do Conselho-Diretor n.º 218/2011¹⁵, na qual se verifica a distribuição do feito a esta Relatoria.

Instada a se manifestar¹⁶, a Procuradoria da AGENERSA apresenta Parecer¹⁷ no qual afirma que "(...) o cumprimento da deliberação impugnada não oferece risco de lesão ao direito da Recorrente, e se coaduna com o princípio da prestação do serviço público adequado, razões pelas quais não se recomenda a concessão do efeito suspensivo (...)" que "(...) não se vislumbra suspeita de ilegalidade da deliberação recorrida, o que justificaria, (...), a concessão do presente

¹³ Cita a "Cláusula Dez, § 1º - A penalidade de multa aplicada pela ASEP-RJ, não podendo exceder a 0,1% (um décimo por cento) do montante de faturamento da CONCESSIONÁRIA nos últimos 12 (doze) meses anteriores à ocorrência da infração (GN)" (grifos como no original).

¹⁴ Cita a ação julgada procedente pelo STF - ADI 551/RJ - DJ 14-02-2003 PP-00058.

¹⁵ De 13/01/2011, acostada aos autos através do Termo de Juntada de Documentos - fls. 146.

¹⁶ Fls. 146, verso "(...)" para que se manifeste sobre pedido de efeito suspensivo".

¹⁷ Recebido em 31/01/2011, fls. 147/148, com o "de acordo" do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

efeito suspensivo"; cita a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho¹⁸ e sugere "(...) o indeferimento da solicitação preliminar de concessão de efeito suspensivo".

Apresentando sua fundamentação¹⁹, esta Relatoria, às fls. 149, decide pelo deferimento do efeito suspensivo pleiteado, sendo tal decisão comunicada à CEG através do E-mail AGENERSA/ASSESS/DL n.º. 005/2011²⁰.

Em 01/02/2011, o feito é encaminhado à Procuradoria da AGENERSA pela Assessoria deste Gabinete, que, na data de 03/02/2011, envia-lhe, para juntada aos autos, a correspondência DIJUR-E-181/11²¹.

Por meio do Parecer n.º. 12/2011²² a Procuradoria desta AGENERSA, após ementa e breve relato, afirma que "(...) as irregularidades verificadas pela CAENE sinalizam latente violação ao princípio constitucional da prestação do serviço público adequado"²³; que "(...) sabendo-se que um dos requisitos do princípio da prestação do serviço público adequado é a segurança, maior cuidado devem ter os concessionários na permanência da qualidade do serviço delegado, até porque não se pode esquecer que o serviço delegado é prestado em favor da coletividade"²⁴; observa que "(...) além de se traduzir em princípio constitucional, a prestação do serviço público adequado é também encargo legal, de modo que a sua inobservância provoca automaticamente a situação inadimplência, com a devida implicação de sanções contratuais"; entende que "(...) não é válida a alegação da

¹⁸ "(...) Pode ocorrer, com efeito, que o administrador suspeito, de plano, da ilegalidade do ato e o paralise para evitar consequências mais danosas para a Administração".

¹⁹ "Considerando tratar-se de Recurso que por definição regimental aborda questões de mérito visando a sua reanálise; Considerando que a única questão em debate é a aplicação de penalidade pecuniária; Considerando que, portanto, não se trata de medida cuja concessão de efeito suspensivo possa retardar a adoção de qualquer providência visando à adequação dos serviços prestados pela Concessionária; Considerando o Princípio da Economia Processual; (...)"

²⁰ Fls. 150.

²¹ Protocolizada nesta Agência em 02/02/2011 (fls. 152 e acostada aos autos através da certificação de lavra da Dra. Flavine Meghy Metne Mendes às fls. 151) - por meio da qual a CEG informa que "Em virtude de um equívoco na indicação do número do processo na carta DIJUR-E-072/11, em resposta ao Ofício AGENERSA/MF n.º. 06/11, que se referiu ao processo regulatório n.º. E-12/020.166/2010, tal correspondência passou a constar do processo errado. Assim, considerando que as razões finais se dirigiam corretamente ao assunto tratado no processo E-12/020.166/2010, tendo sido protocoladas tempestivamente, solicitamos o desentranhamento da carta DIJUR-E-072/11, com a conseqüente remessa àquele processo".

²² Fls. 153/157, da lavra da Dra. Flavine Meghy Metne Mendes, com o "De acordo" apostado pelo Procurador Geral, Dr. Luis Marcelo M. Nascimento, às fls. 157.

²³ "(...) previsto no inciso IV, parágrafo único do art. 175 da Constituição Federal e definido pelo art. 6º, § 1º do Estatuto de Concessões, como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas".

²⁴ "Dessa forma, com muita propriedade o Contrato de Concessão da CEG dispôs da obrigação da prestação do serviço adequado como a primeira obrigação da concessionária".

Recorrente no sentido de que por ter concluído os reparos necessários, atendendo as determinações do Termo de Referência, não se torna mais cabível qualquer penalização, uma vez que a prestação do serviço público adequado, além de princípio, é obrigação imanente da concessão, cuja observância deve perdurar até o fim da concessão"; lembra que "(...) em decorrência do encargo legal da prestação do serviço público adequado, o Anexo II do Instrumento Concessivo (...) cuida dos requisitos de qualidade e segurança dos serviços, dispondo o item 12 dos procedimentos e normas de segurança para projeto, construção, operação e manutenção de redes e instalações, item esse, (...), que foi inobservado pela concessionária, razão pela qual se faz cabível aplicação de penalidade à Recorrente"; ilumina que a "(...) CEG reconheceu diretamente as irregularidades verificadas pela CAENE, realizando prontamente as intervenções recomendadas, conforme expressamente informado por ela às fls. 57/58"; salienta que "(...) quanto à alegação de reincidência (...) assiste razão à Recorrente (...)"; com amparo no proferido por esta Conselheira "(...) no âmbito do Processo E-12/020.088/2010, em 24 de fevereiro de 2011, extrai-se que a reincidência somente se configuraria caso a Recorrente, depois de penalizada pelas desconformidades apontadas no Termo de Notificação n.º. 006/2009, não adotasse as providências enumeradas"; entende que "(...) não é o caso dos autos, uma vez que a Recorrente sanou em tempo hábil as inadequações apontadas pela CAENE, não se vislumbrando, pois, o requisito da reincidência, previsto no art. 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001, de 04 de setembro de 2007"; ilumina que "(...) embora não esteja configurada a reincidência, a aplicação da penalidade de advertência para as infrações da presente natureza não tem gerado o esperado efeito inibitório à Recorrente, que reiteradamente não vem cumprindo a exigência constitucional da prestação adequada do serviço público, deixando de observar as normas legais e regulamentares da exploração dos serviços"; entende que "(...) revela-se devidamente proporcional a aplicação de penalidade pecuniária, contudo no patamar de 0,001% (um milésimo por cento) previsto pelo inciso IV, art. 19 da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001, (...), percentual esse adotado pelo Conselho Diretor da AGENERSA para situações fáticas da presente natureza"; conclui, sugerindo "(...) conhecer o Recurso interposto (...) para no mérito dar-lhe parcial provimento, reformando a multa aplicada no art. 2º para o percentual de 0,001% (...)".

[assinatura]

Pelo E-mail AGENERSA/ASSESS/DL nº. 015²⁵, a assessoria deste Gabinete encaminha à CEG cópia integral deste feito, informa a conclusão de sua instrução e assina prazo de 10 (dez) dias para apresentação de razões finais.

Em 18/03/2011, a Concessionária protocoliza nesta Agência a correspondência DIJUR-E-434/11²⁶, pela qual "(...) ratifica todas as considerações constantes do Recurso de fls., pugnando por seu conhecimento e provimento"; sobre o Parecer da Procuradoria, afirma que, "(...) apesar de concordar com a redução da multa por ele indicada, mantém seu posicionamento quanto à necessidade de anulação da mesma, considerando que também existem decisões em casos idênticos, inclusive recentes, como aquela veiculada na Deliberação 687/2011, (...), pela aplicação da penalidade de advertência"; sustenta que "(...) considerando que no caso em tela, a fiscalização encontrou irregularidades em obras de rua, não havendo qualquer indício de danos aos usuários do serviço, e frisando que tais inadequações foram sanadas no prazo estipulado pelo regulador, o princípio da razoabilidade/proporcionalidade indica como melhor opção a aplicação da penalidade de advertência"; ressalta que "(...) não há que se falar em não geração de efeito inibitório quando da aplicação da penalidade de advertência, pois já foram implementados diversos mecanismos e reforçada a fiscalização em tais obras, além de ter sido realizada reunião na sede da AGENERSA para tratar do assunto"; uma vez mais ratifica "(...) as considerações expostas no Recurso, no sentido da desproporcionalidade na aplicação da penalidade de multa, apontando para a recém publicada Deliberação 687/2011, que trata do mesmo assunto, como fundamento para a anulação da referida penalidade (...); e requer "(...) seja acolhido e provido o Recurso interposto".

É o Relatório.



Darcília Leite

Conselheira-Relatora

²⁵ De 10/03/2011 (fls. 158/159), com a comprovação de recebimento na mesma data acostada às fls.160/161.

²⁶ Fls. 162/163.

Processo nº: E-12/020.339/2009.
Data de autuação: 19 de outubro de 2009.
Concessionária: CEG
Assunto: Termo de Notificação Nº. 006/2009. Relatório de Fiscalização CAENE P-0015/2009. - Recurso em face da Deliberação AGENERSA nº. 614/10, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 645/10.
Sessão Regulatória: 29 de março de 2011.

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.339/2009

Data 19/10/2009 Fls.: 173

Voto

Rúbrica: 

Trata-se de Recurso interposto pela CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 614, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 645, editadas, respectivamente, nas Sessões Regulatórias realizadas em 30/06/2010 e 30/11/2010, pelas quais foi aplicada penalidade de multa à Concessionária no montante de 0,05% (cinco centésimos por cento), "devido aos fatos apurados nos Relatórios de Fiscalização CAENE P-0015/09, P-0009/10 e P-0010/10 e nos Termos de Notificação citados no art. 1º."

Preliminarmente, registre-se a tempestividade do indigitado Recurso, que foi interposto dentro do prazo de 10 (dez) dias de que dispõe para sua protocolização.

Adentrando ao mérito, a Concessionária pretende a anulação da referida penalidade sob a alegação de que "(...) corrigiu integralmente as pendências apontadas nos Termos de Notificação mencionados, o que é suficiente para reconhecer desde já, a perda de objeto do processo regulatório em referência.", e que, dessa maneira, "(...) a melhor decisão seria o arquivamento do processo pela perda de seu objeto."

A tese apresentada pela CEG não é nova, de sorte que este Conselho-Diretor já firmou o entendimento de que tal alegação retrata inequívoco reconhecimento da Concessionária quanto à veracidade do teor do respectivo Termo de Notificação.

Ademais, tal argumentação releva-se nitidamente equivocada, uma vez que o Termo de Notificação, na forma da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, de 04/09/2007, é o instrumento por meio do qual a Agência Reguladora comunica à Concessionária as eventuais irregularidades verificadas durante as ações de 

Rúbrica: *f*

fiscalização, viabilizando a apresentação da sua defesa, em homenagem aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Ocorre que, após a regular instrução dos autos, nos casos de efetiva verificação de irregularidades, ainda que sanadas após o recebimento do Termo de Notificação, constitui obrigação legal e contratual do Órgão Regulador aplicar à Concessionária a penalidade adequada à hipótese, sem prejuízo da correção das falhas encontradas.

Diante disso, infligir sanção à CEG na hipótese vertente não configura mera discricionariedade desta Autarquia, mas sim observância aos deveres legais impostos por sua Lei de Criação¹, notadamente nos incisos I e IV de seu art. 4º².

No mais, e com base no argumento de que sanou a contento as desconformidades apontadas nos referidos Termos de Notificação, defende a CEG a impossibilidade de aplicação de penalidade, eis que, de acordo com a Cláusula Dez do Contrato de Concessão "(...) a aplicação de penalidades somente tem lugar quando a Concessionária deixar de adotar a conduta determinada pela Agência, dentro do prazo estabelecido, se omitindo em seu dever de atuar."

A toda evidência, a premissa da qual se vale a Concessionária com o intuito de afastar a penalização no caso em voga não merece ser acolhida, pois, a prevalecer seu entendimento, estar-se-á modificando a finalidade do Termo de Notificação, que, na esteira do que preleciona o art. 6º³ da já mencionada Instrução Normativa, possui natureza repressiva e não preventiva como tenta fazer crer.

Os atacados Termos de Notificação são expressos ao indicar que as regras violadas são aquelas oriundas das Normas Técnicas da própria CEG, às quais, por imposição contratual, está obrigada a observar, nos termos da Cláusula Quarta – *u*

¹ Lei Estadual n.º. 4.556/2005.

² Art. 4º - Compete à AGENERSA, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:

I – zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições;

(...)

IV – fiscalizar, diretamente ou mediante delegação, os aspectos técnicos, econômicos, contábil e financeiro, sempre nos limites estabelecidos em normas legais, regulamentares ou pactuais, os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, aplicando diretamente as sanções cabíveis".

³ "Recebido o Relatório de Fiscalização, citado no parágrafo único do art. 5º, o Gerente da Câmara Técnica de Energia – CAENE ou da Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária – CAPET, ou, ainda, o(s) servidor(es) por ele(s) indicado(s) para esse fim, na hipótese de haver irregularidades informadas no Relatório de Fiscalização, deverá(ão) lavrar o Termo de Notificação (TN), com base no modelo incluído no Anexo II, em duas vias, contendo, no que for cabível: (...)".

Rúbrica: *[assinatura]*
Obrigações da Concessionária, *caput*⁴ e item 6⁵ e do Anexo II – Requisitos de Qualidade e Segurança, Parte I – Metas de Melhoria, item 12⁶.

Prossegue em suas razões alegando “Violação ao art. 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD 01/2001 de 04 de setembro de 2007”, sob o argumento de que o voto recorrido não observou “(...) requisito formal para aplicação de penalidade de multa com fundamento na reincidência já que, neste caso, seria necessário mencionar qual foi o Auto de Infração que aplicou a penalidade referente à primeira infração.”.

Tal razão recursal revela-se equivocada, haja vista que a aplicação de penalidade de multa não tomou por base a inteligência do artigo ora suscitado. Conforme se extrai do voto condutor, bem assim da própria Deliberação recorrida, a penalidade foi imposta com fulcro no art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA nº. 001/2007, bem assim na Cláusula Dez do Contrato de Concessão

Da peça de Recurso é possível verificar que o equívoco da CEG repousa no trecho do voto no qual o Conselheiro-Relator salienta que “(...) considerando a inobservância aos requisitos de segurança e qualidade das obras por parte da Concessionária, acrescido pelas diversas advertências aplicadas pelo Conselho-Diretor desta Agência em processos de mesma natureza, necessário se faz aplicar-lhe a penalidade de multa (...)”.

Tendo em vista que a deliberação guerreada é expressa ao apontar o art. 19, inciso IV da mencionada Instrução Normativa como fundamento à aplicação da penalidade, bem assim que o percentual fixado extrapola o limite previsto no art. 20, concluo que o motivo ensejador da aplicação da penalidade de multa em detrimento à advertência cinge-se à recorrência de tais condutas faltosas, e não à reincidência nas violações às Normas citadas nos Termos de Notificação objeto do presente regulatório. *u*

⁴ “A CONCESSIONÁRIA obriga-se a prestar serviço adequado, visando sempre expandi-lo, acompanhando o desenvolvimento tecnológico mundial, mantendo-se permanentemente atualizada e obrigando-se, ainda, a utilizar equipamentos, instalações e métodos operativos que garantam os melhores níveis de segurança, qualidade, continuidade e confiabilidade do serviço, bem como mantendo recursos humanos adequadamente habilitados.”

⁵ “6 - realizar, por sua conta e risco, as obras ou outras intervenções necessárias à prestação dos serviços concedidos, mantendo e repondo os bens e operando as instalações e equipamentos, de modo a assegurar os requisitos da prestação de serviços aludidos no §3º da Cláusula PRIMEIRA;”

⁶ “12 - Procedimentos e Normas de Segurança para Projeto, Construção, Operação e Manutenção de Redes e Instalações
Definição: Deverão ser observadas as normas do ANSI B 31.8, a NBR-12712 ou outras nacionais/internacionais reconhecidas e equivalentes, que venham a ser propostas pela CONCESSIONÁRIA e aceitas pela ASEP-RJ.”

Rúbrica: f

Dessa maneira, prescindível que se faça uma abordagem aprofundada sobre a aplicabilidade do art. 20 da Instrução Normativa AGENERSA nº. 001/2007.

Ademais, se por um lado não vislumbro a reincidência inadequadamente suscitada em suas razões recursais, é imperioso reconhecer que a reprovável violação às Normas Técnicas é, de fato, conduta recorrente da CEG.

Conclui-se, portanto, que a aplicação de penalidade de advertência para as infrações de mesma natureza às apuradas nos Termos de Notificação objeto do presente processo, não tem se revelado suficiente ao aperfeiçoamento dos serviços prestados pela Concessionária e não está tendo o condão de constrangê-la à observância das normas à que está sujeita, não obstante sua afirmação de que está desenvolvendo procedimentos nesse sentido, eis que até agora não foi possível afirmar que tais providências tenham produzido efeitos.

O presente caso concreto muito se assemelha à previsão de incidência de multa na seara judicial para fins de compelir alguém ao cumprimento das decisões lá emanadas, razão pela qual trago a baila entendimento firmado pela Eminente Ministra Nancy Andrighi, nos autos do Recurso Especial nº. 1.185.260 – GO (2010/0044781-6), e cuja fundamentação ora se aproveita. *In verbis*:

“A multa cominatória, prevista no art. 461 do CPC, representa um dos instrumentos de que o direito processual civil contemporâneo pode valer-se na busca por uma maior efetividade, principalmente no que diz respeito ao cumprimento das decisões judiciais. A *astreinte* não é, portanto, um fim em si mesma, mas funciona como mecanismo de indução – mediante pressão financeira –, a compelir o devedor ao cumprimento da obrigação e da própria ordem judicial emanada.” (Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer e sua extensão aos deveres de entregar de coisa. São Paulo: RT, 2003, p. 248/254).”

Ainda como razão de recorrer, a Concessionária lança a tese de “Violação ao princípio da Razoabilidade/Proporcionalidade”, sob o argumento de que “(...) avaliando-se o ato sob a égide dos princípios constitucionais e administrativos aplicáveis, é medida que não

Rúbrica: *f*
encontra amparo legal, uma vez que, além de não atender às normas vigentes, não atende ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade no que se refere aos seus três requisitos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito."

De início, importante que se faça uma abordagem, ainda que sucinta, dos Princípios supostamente violados quando da aplicação da penalidade de multa por meio da Deliberação AGENERSA nº. 614/10.

A começar pelo Princípio da Razoabilidade, recorro à definição do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho⁷:

"Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis (...). Significa dizer (...) que não pode existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude. Acertada, pois, a noção de que o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade (...) quando se pretende imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a idéia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal"⁸.

Conclui-se, portanto, que o ato administrativo só será dotado de falta de razoabilidade quando for ilícito, ou seja, quando não embasado em norma legal; ou mesmo quando distanciar-se de sua finalidade.

A toda evidência não é o caso dos presentes autos, uma vez que as condutas sujeitas à aplicação de penalidade estão delineadas tanto no Contrato de Concessão como na Instrução Normativa nº. 001/2007, que, por sua vez, são de pleno conhecimento da CEG.

Uma vez comprovada a impertinência das alegações da Concessionária no que se refere à alegação de violação do princípio da razoabilidade, passo a analisar a mesma arguição, agora com relação ao princípio da proporcionalidade. *u*

⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 31/32.

⁸ Grifos conforme o original.

Rúbrica: 

Ainda fazendo uso das palavras do doutrinador já citado⁹, trago à colação pronunciamento a respeito do referido princípio.

"Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido."

Conforme já esclarecido, restou amplamente comprovado que a Concessionária não observou seus deveres e obrigações quando violou as disposições de suas próprias Normas Técnicas, justificando, pois, a atuação dessa Agência Reguladora, já que contratualmente tem a obrigação de observá-las.

Assim, a aplicação de multa contra a qual se insurge a CEG atende a todos os requisitos que fundamentam o princípio em voga, senão vejamos: é ato *adequado*, vez que a multa foi aplicada com espeque no Contrato de Concessão e na Instrução Normativa, corroborando, portanto, a compatibilidade da conduta administrativa com o fim pretendido; é *exigível* na medida em que a imposição de multa é meio destinado a impor à Concessionária a observância do Contrato de Concessão, e, se assim não fosse, a mesma não teria anuído com sua previsão; e por fim, a aplicação de penalidade de multa é em si proporcional às faltas identificadas, já que a vantagem a ser auferida se consubstancia no atendimento aos preceitos dispostos no respectivo Contrato de Concessão.

Demais disso, o paralelo que a Concessionária faz com relação aos valores das multas impostas pela Prefeitura desta Cidade não traz novas luzes ao presente caso; a uma, porque esta AGENERSA goza de ampla independência; a duas, porque a CEG não traz aos autos o fundamento nem a comprovação dos valores da penalidade aplicada por parte da Prefeitura mencionada, impossibilitando, ainda que a título meramente argumentativo, sopesar a proporcionalidade entre a multa aplicada e aquela pretensamente arguida como parâmetro.

⁹ Obra já citada, p. 33

Rúbrica: *[assinatura]*
Em derradeira sede de razões finais, a CEG pretende a desconstituição da penalidade de multa em favor da advertência, com fundamento na Deliberação AGENERSA n.º. 687, de 27/01/2011, editada nos autos do regulatório E-12/020.090/2010.

De fato, a deliberação apontada denota reforma no que tange à penalidade lá aplicada, passando de multa para advertência.

É certo, contudo, que tal mudança de entendimento não se consumou sem justo motivo, consubstanciado, àquela ocasião, na promessa de adoção de providências de aprimoramento feita pela CEG em reunião realizada na sede desta Autarquia. Senão, vejamos trecho do voto condutor da Deliberação AGENERSA n.º. 687/2011:

"Sobre esta situação corrente, os diretores da CEG presentes à reunião garantiram que os procedimentos de contratação e manutenção de empreiteiras estão sendo revistos e que devemos contar com desempenhos mais satisfatórios brevemente."

A reforma da aplicação de penalidade de multa para advertência se traduziu, portanto, num voto de confiança deste Conselho-Diretor àquela Concessionária, de quem se esperava maior diligência nas obras em logradouro público.

Acontece que tal compromisso data de 07/12/2010¹⁰, dia em que foi realizada a reunião, e desde então já é possível constatar a existência de novos Termos de Notificação, como, por exemplo, o de n.º. 002/11, lavrado em 11/03/2011 pela CAENE¹¹, por transgressões de mesma natureza daquelas a respeito das quais a penalidade foi revista.

De outro giro, se é verdade que naquela ocasião este Conselho-Diretor decidiu pela penalidade de advertência, também o é que em decisões ainda mais recentes entendeu pela aplicação de multa por idênticas violações, valendo apontar, a *u*

¹⁰ Data informada pela própria CEG na correspondência DIJUR-E-4043/10, protocolizada nos autos do regulatório E-12/020.090/2010.

¹¹ Referente ao processo regulatório n.º. E-12/020.071/2011.

título de exemplificação, o entendimento construído nos autos do processo E-12/020.088/2010, apreciado no mês de fevereiro do corrente ano.

Assim sendo, sou pela manutenção da penalidade de multa, entretanto, em atenção ao Princípio da Proporcionalidade no que se refere ao *quantum*, sugiro reduzir seu percentual para 0,001% (um milésimo por cento), que considero mais adequado para o caso em análise e que foi o percentual aplicado à CEG conforme Deliberação AGENERSA nº 691, de 27/01/2011, também por irregularidades em obras, quando do julgamento do Processo Regulatório E-12/020.395/2010, com fundamento no mesmo art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 614, de 30/06/2010, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 645, de 30/11/2010, para no mérito dar-lhe parcial provimento, reformando a multa aplicada no art. 2º para o percentual de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, devido aos fatos apurados nos Relatórios de Fiscalização CAENE nºs P-0015/09, P-0009/10 e P-0010/10, e nos Termos de Notificação nºs. 006/2009, de 16/03/2010; 006/2010 e 007/2010.

- Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

É o Voto.



Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

AGENERSA

Agência Reguladora
de Energia e Saneamento Básico
do Estado do Rio de Janeiro

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 420



DE 29 DE MARÇO DE 2011.

**CONCESSIONÁRIA CEG – TERMO DE NOTIFICAÇÃO Nº.
006/2009. RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-
0015/2009. - RECURSO EM FACE DA DELIBERAÇÃO
AGENERSA Nº. 614/10, INTEGRADA PELA DELIBERAÇÃO
AGENERSA Nº. 645/10.**

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.339/2009

Data 19/10/2009

Rúbrica: 4

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-12/020.339/2009, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 614, de 30/06/2010, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 645, de 30/11/2010, para no mérito dar-lhe parcial provimento, reformando a multa aplicada no art. 2º para o percentual de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, devido aos fatos apurados nos Relatórios de Fiscalização CAENE nºs P-0015/09, P-0009/10 e P-0010/10, e nos Termos de Notificação nºs. 006/2009, de 16/03/2010; 006/2010 e 007/2010;

Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007;

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

Rio de Janeiro, 29 de março de 2011.

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro-Presidente

Darcilia Aparecida da Silva Leite

Conselheira-Relatora

Sérgio B. Raposo

Conselheiro