

CONCESSIONÁRIA CEG. RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO
CAENE Nº E-00016/10 E TERMO DE NOTIFICAÇÃO Nº
0022/10.

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, e tendo em vista o que
consta no Processo Regulatório nº E-12/020.395/2010 , por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da
Deliberação AGENERSA nº 691, de 27/01/2011, integrada pela Deliberação
AGENERSA Nº 729, DE 29/03/2011, para, no mérito, negar-lhe provimento.

Art. 2º - Por autotutela, reformar o art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 691, de 27
de janeiro de 2011, de modo que passe a conter a seguinte redação: Conhecer as
Defesas Prévias apresentadas pela CEG em face dos Termos de Notificação nº
0022, de 08/10/2010 e nº 0023, de 27/10/2010, porque tempestivas, para, no
mérito, negar-lhes provimento.

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

Rio de Janeiro, 28 de julho de 2011.

José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente
Darcília Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Relatora
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro
Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro
Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro

Processo nº. E-12/020.395/2010
Data de Autuação 13/10/2010
Concessionária CEG
Assunto Relatório de Fiscalização CAENE P-00016/10.
Termo de Notificação 0022/10.
Sessão Regulatória 28/07/2011

Relatório

Trata-se de Recurso apresentado pela Concessionária CEG¹ na data de 18/04/2001, em face da Deliberação AGENERSA nº. 691/2011², integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 729/2011³.

Preliminarmente, aponta a tempestividade do recurso interposto⁴ e requer a concessão de efeito suspensivo ao mesmo, relativamente ao disposto no art. 2º da Deliberação AGENERSA nº. 691/2011⁵.

ll

¹ Fls. 91/98, noticiado pela SECEX no despacho de fls. 104, no qual informa também a autuação do processo nº. E-12/020.084/2011, em cumprimento à Deliberação AGENERSA/CD nº. 691/2011, integrada pela Deliberação AGENERSA/CD nº. 729/2011; e acostado aos autos através do Termo de Juntada de Documentos, em 08/04/2011.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 691 DE 27 DE JANEIRO DE 2011. CONCESSIONÁRIA CEG – RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-00016/10. TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA Nº. 0022/2010. 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-12/020.395/2010, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Não conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG, em face do Termo de Notificação nº. 0022/2010, de 08/10/2010, porque intempestiva e conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG, em face do Termo de Notificação nº. 0023/2010, de 27/10/2010, para, no mérito, negar-lhe provimento.

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,001% (um milésimo 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 nº. 01/2007, devido aos fatos apurados nos Relatórios de Fiscalização CAENE nº. E-0016/10 e E-0018/10 e nos Termos de Notificação nº. 002/2010 e 0023/2010.
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 nº. 001/2007.

Art. 4º - Baixar o processo em diligência para que a CAENE informe se as adequações foram efetivadas pela Concessionária, conforme relatórios de fiscalização.

Art. 5º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 2011.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO - Conselheiro Presidente; DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE – Conselheira; MOACYR ALMEIDA FONSECA – Conselheiro-Relator; SÉRGIO BURROWES RAPOSO – Conselheiro.

³ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 729 DE 29 DE MARÇO DE 2011. CONCESSIONÁRIA CEG – RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-0003/10. TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA Nº. 001/2010. 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-12/020.395/2010, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º Conhecer dos Embargos opostos pela Concessionária em face da Deliberação nº. 691, de 27/01/11, para no mérito, negar-lhes provimento.

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

Rio de Janeiro, 29 de março de 2011.

MOACYR ALMEIDA FONSECA – Conselheiro-Presidente-Relator; DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE – Conselheira; SÉRGIO BURROWES RAPOSO – Conselheiro-Relator.

⁴ Alega que "(...) a Deliberação AGENERSA nº. 729/11, foi publicada (...) no dia 07 de abril de 2011(...) o prazo para a interposição do presente Recurso finda em 18/04/2011 (segunda-feira) (...)".

⁵ 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: 

No mérito, após breve relato dos fatos, alega a ausência de fundamentação na Deliberação recorrida, pois entende que "(...) a AGENERSA, na qualidade de agência reguladora estadual, tem o dever de justificar suas decisões, apontando-lhe os fundamentos de direito e de fato a ensejar uma punição"⁶; aduz que "O Conselho Diretor, ao publicar a Deliberação 691/11 (...), não observou os princípios constitucionais aplicáveis à espécie, uma vez que ausente a fundamentação exigida pelo inciso IX, do artigo 93 da CRFB/1988 (...)"; que "Esse princípio (...) se irradia e se aplica também às decisões administrativas, tanto que encontrou expressa repercussão no artigo 2º da Lei 9784/99 (...) e no artigo 38 do Decreto nº. 31.896/02 (...) os quais exigem que a Administração Pública indique expressamente os fundamentos de fato e de direito de suas decisões"⁷; que "Inexistindo motivação, fica caracterizado o prejuízo ao direito de defesa por parte da Autora no processo administrativo, e via de consequência, caracterizada a nulidade da Deliberação que dele emanou"⁸; alega violação aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, afirmando não ser "(...) aplicável à Concessionária, neste caso, nenhum tipo de penalidade, eis que restou comprovado que a CEG adotou todas as providências necessárias para sanar as irregularidades apontadas pela CAENE tão logo teve conhecimento das mesmas"; cita o inciso II da Cláusula Dez do Contrato de Concessão⁹ defende que "(...) a penalidade de multa não seria cabível em razão de terem sido adotadas as providências estabelecidas no Termo de Notificação pela Concessionária, o que aliás, é o entendimento desta AGENERSA em diversos julgados que tratam de Termo de Notificação oriundos de supostas irregularidades de obras de rua, e que desencadearam em penalidade de advertência, sob o argumento de que, em havendo o atendimento pela CEG sanando as adequações, não deve ser aplicada penalidade pecuniária, por razoabilidade"; que "(...) a multa imposta pela AGENERSA não guarda a necessária relação de congruência e razoabilidade entre a suposta infração cometida, além de configurar violação do próprio Contrato de Concessão"; que "(...) resta evidenciada a necessidade de anulação da Deliberação AGENERSA nº. 691/11,

U

⁶ Indica que "A exigência constitucional da fundamentação viabiliza a garantia de outro direito constitucional, (...), que é o direito à ampla defesa"; e que "Para que a CEG possa insurgir-se ou defender-se da responsabilidade e da pena que lhe foram impostas pela Agência Reguladora é imprescindível conhecer os elementos, razões e fundamentação da decisão impugnada, o que não se verifica no caso".

⁷ Afirma que "Sua obrigatória observância, a par de atender ao direito de defesa assegurado pelo art. 5º, inciso LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – e pelos artigos 2º da Lei 9784/99 e pelo caput do artigo 38 do decreto nº. 31.896/02 –, viabiliza, ademais, o controle de legalidade dos atos administrativos que devem ser expressos quanto à narrativa dos fatos ensejadores de sua prática (motivos de fato), suas razões jurídicas (motivos de direito) e a demonstração de pertinência lógica entre ambos os motivos, de modo a garantir-se a plena possibilidade de controle de sua validade, como exigência do regime de garantias constitucionais condicionante da atividade administrativa, sujeita a uma série de normas que procuram dar efetiva consistência aos princípios do devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV e do contraditório e da ampla defesa previstos no artigo 5º, LV, da Carta Magna de 1988"

⁸ "Isso porque, apesar das ponderações realizadas pela CEG, a AGENERSA não encontrou justificativa que explicasse os motivos de punição da Autora, relativos à certas condutas."

⁹ "(...) que dispõe que deverá ser aplicada a penalidade quando a Concessionária: 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."

(...); e requer "(...) o conhecimento e provimento do presente recurso, determinando-se a anulação da penalidade constante do art. 2º da Deliberação 691/11 (...)"¹⁰.

Às fls. 103, consta cópia da Resolução do Conselho-Diretor nº. 229¹¹, na qual se verifica a distribuição do presente processo a minha Relatoria, sendo o feito encaminhado ao meu Gabinete em 03/05/2011.

Na data de 04/05/2011, o feito é enviado à Procuradoria da AGENERSA¹², que apresenta o Parecer nº. 09/2011-IAPS¹³, mediante o qual, observa a tempestividade do Recurso apresentado; vislumbra irregularidade no art. 1º da Deliberação AGENERSA/CD nº. 691/2011, pois "(...) foi declarada a intempestividade da impugnação do Termo de Notificação nº. 0022/2010, entretanto observamos que a mesma foi tempestiva¹⁴ (...), e a declaração contrária desta ensejando uma flagrante ilegalidade"; defende que "(...) em respeito aos Princípios da Legalidade e da Ampla Defesa se faz mister que essa agência aprecie o teor da Impugnação não conhecida¹⁵"; assevera que "Não se configura, portanto, o cerceamento de defesa da concessionária, pois a matéria não conhecida será apreciada pela instância revisora desta AGENERSA"; entende que "(...) em vista da ilegalidade ocorrida é pertinente que seja concedido o efeito suspensivo pleiteado pela administrada, para que não ocorram consequências danosas a Administração¹⁶"; no que concerne à alegação de ausência de motivação, sublinha o disposto no artigo 50, § 1º da Lei Federal nº. 9.784/1999¹⁷ e no artigo 60, § 1º do Decreto Estadual nº. 31.896/2002¹⁸; entende que "(...) os atos que dão a devida sustentação à decisão do referido órgão administrativo colegiado correspondem aos relatórios e votos, pareceres jurídicos, técnicos, além de outras peças que oferecem subsídios claros, explícitos e congruentes, norteadores à manifestação do Conselho Diretor"; que "(...) a Deliberação AGENERSA nº. 691/2011 integrada pela Deliberação

¹⁰ Todos os grifos como no original.

¹¹ De 27/04/2011, acostada aos autos através do Termo de Juntada de Documentos - fls. 104.

¹² Despacho da assessoria deste Gabinete, às fls. 104, verso.

¹³ De 09/06/2011, fls. 105/111, com o "de acordo" do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

¹⁴ Aponta que "(...) a assinatura do notificado, fls. 04, se deu no dia 08/10/2010 (sexta-feira); que "O prazo começaria a contar no dia 11/10/2010 (segunda-feira), entretanto, este dia foi ponto facultativo (...), seguido de um feriado, dia 12/10/2010"; que "(...) infere-se que o prazo iniciar-se-ia no dia 13/10/2010 (quarta-feira), portanto, o dia fatal seria dia 22/10/2010, dia ao qual foi entregue a impugnação da CEG, logo sendo esta tempestiva,

¹⁵ Afirma que "(...) como o processo encontra-se em fase recursal e o Conselho tem a competência para apreciar toda a matéria dos autos, aconselha-se que a referida impugnação seja analisada";

¹⁶ Ilumina a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 803), que aponta que "(...) Pode ocorrer, com efeito, que o administrador suspeite, de plano, da ilegalidade do ato e o paralise para evitar consequências mais danosas para a Administração".

¹⁷ "Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (...)§ 1 - A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato".

¹⁸ "a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos anteriores, pareceres, informações, decisões ou propostas que, neste caso, serão parte integrante do ato".

729/11 (...) se encontra revestida de legalidade e, pois, de validade, uma vez que as supracitadas legislações autorizam expressamente a utilização de fundamentos anteriores como motivação do ato administrativo para sua validade"; elabora breve estudo sobre os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade¹⁹; aponta que "(...) a razoabilidade relaciona-se a viabilização do exercício concreto do direito de defesa o qual, (...), não foi violado, posto que toda a oportunidade de manifestação foi deferida à Recorrente"; lembra que "O contrato de concessão prevê que a violação de suas cláusulas resultará na imposição de penalidades"; que isso ocorre "(...) porque, reconheceram as partes previamente, que esta seria uma medida necessária a impor a coerção da execução do contrato"; que "É medida necessária também do ponto de vista legal, tanto é assim que a cláusula relativa à penalidade é reconhecida como essencial ao contrato de concessão, como dispõe o inciso VIII do art. 23 da Lei de Concessões, Lei 8987/95"; observa que "(...) se ao longo do presente processo a concessionária não diligenciou para cumprir o contrato, ao contrário pretende uma imposição unilateral, à revelia do poder concedente e da AGENERSA, a imposição da penalidade é necessária à restauração do contrato ao seu status quo em benefício da segurança dos serviços"; afirma 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, imposta pelos patamares previstos na Cláusula Dez do Contrato de Concessão"; ilumina trecho do Parecer da CAENE²⁰; repisa que "(...) a alegação da concessionária de que houve violação aos princípios supracitados não devem prosperar em face da deliberação guerreada (...)" e opina "a. Pela concessão do Efeito Suspensivo, nos termos deste parecer; b. Pela apreciação da Impugnação apresentada pela Concessionária CEG, em face do Termo de Notificação n.º 0022/2010, de 08/10/2010 e o seu conseqüente desprovinimento; c. Pelo conhecimento e desprovinimento deste Recurso".

Às fls. 113, consta decisão desta Relatoria indeferindo o pedido de concessão de efeito suspensivo ao presente Recurso²¹, o que é comunicado à CEG por correspondência eletrônica²², oportunidade em que a assessoria de meu gabinete encaminha cópia integral deste feito, comunica a conclusão de

¹⁹ "(...)Entretanto, em doutrina é comum a adoção do referido princípio como sinônimo de outra norma principal, que estaria vinculada à medida da intervenção estatal na esfera de direitos do particular. Trata-se do princípio da proporcionalidade. (...) 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."

²⁰ "Quero deixar aqui registrado que todo esforço no sentido de alertar a concessionária da sua obrigação na necessidade de melhora da qualidade das obras e da intensificação da supervisão nas obras, não tem sido suficiente mesmo a concessionária já tendo recebido este ano 23 termos da AGENERSA, mesmo esta gerência no sentido de ação pró ativa ter realizado reunião com a supervisão da concessionária e seus contratados na AGENERSA, onde foi possível ilustrar com fotos, as obras e seus problemas, a situação tem sido constante".

²¹ "(...) eis que ausentes os pressupostos apontados no art. 77, § 2º do Regimento Interno desta AGENERSA".

²² E-mail - AGENERSA/ASSESS/DL n.º 049, de 30/06/2011 – fls. 114, recebido na mesma data, conforme aviso de leitura às fls. 115, 116 e 117.

sua instrução e assina o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de razões finais.

Por meio da correspondência DIJUR-E-1390/2011²³, a CEG (...) *ratifica as considerações expostas no Recurso interposto (...)*; ilumina trecho do Parecer da Procuradoria que aponta a tempestividade da Impugnação ao Termo de Notificação nº 0022/2010; entende que o indeferimento do pedido de concessão de efeito suspensivo *"(...) contraria o Parecer da Procuradoria, bem como o Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório, pois a matéria poderia ser apreciada pela instância revisora, evitando a nulidade da decisão proferida pelo Conselho-Diretor desta Agência reguladora, através da Deliberação ora guerreada"*; pugna pelo *"(...) acolhimento das razões apresentadas (...)"* e requer que *"(...) seja determinado o arquivamento do presente processo regulatório, sem a imposição de qualquer penalidade pelos fatos aqui relatados (...)"*.

É o Relatório.


Darcília Leite

Conselheira-Relatora

²³ Fls. 118/119.

Processo n.º. E-12/020.395/2010.
Data de Autuação 13 de outubro de 2010.
Concessionária CEG.
Assunto Relatório de Fiscalização CAENE n.º. E-00016/10 e Termo de Notificação N.º. 0022/10.
Sessão Regulatória 28 de julho de 2011.

Voto

Trata-se de analisar Recurso tempestivamente¹ interposto pela CEG em face da Deliberação AGENERSA n.º. 691/2011², integrada pela Deliberação AGENERSA n.º. 729/2011³, pelas quais lhe foi aplicada penalidade de multa no montante de 0,001% (um milésimo por cento), “devido aos fatos apurados nos Relatórios de Fiscalização CAENE n.º. E-0016/10 e E-00018/10 e nos Termos de Notificação n.º. 0022/2010 e 0023/2010”.

Antes de adentrar ao mérito do Recurso, e mesmo que à margem das razões lá suscitadas, cumpre enfrentar a alegação de violação aos Princípios da Legalidade e da Ampla Defesa no âmbito do presente processo, apresentada pela Procuradoria desta AGENERSA.

Isso porque, no voto que primeiro apreciou o seu objeto, o i. Conselheiro-Relator, Moacyr Almeida Fonseca, deixou de “(...) conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG, em face do Termo de Notificação n.º. 0022/2010, de 08/10/2010, porque intempestiva.”, exsurgindo, assim, um suposto lapso, uma vez que, se considerados o

¹ Eis que apresentado dentro do prazo de 10 (dez) dias de que dispõe para sua protocolização.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 691 DE 27 DE JANEIRO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG – RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE Nº P-00016/10. Termo de notificação n.º 0022/2010.

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-12/020.395/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Não conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG, em face do Termo de Notificação n.º 0022/2010, de 08/10/2010, porque intempestiva e conhecer a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG, em face do Termo de Notificação n.º 0023/2010, de 27/10/2010, para, no mérito, negar-lhe provimento.

Art.2º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,001% (um milésimo 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 n.º. E-0016/10 e E-00018/10 e nos Termos de Notificação n.º. 0022/2010 e 0023/2010.

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. 001/2007.

Art. 4º - Baixar o processo em diligência para que a CAENE informe se as adequações foram efetivadas pela Concessionária, conforme relatórios de fiscalização.

Art. 5º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 2011.

José Carlos dos Santos Araújo - Conselheiro Presidente; Darcilia Aparecida da Silva Leite – Conselheira; Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro-Relator; Sérgio Burrowes Raposo – Conselheiro.

³ Referente aos Embargos opostos pela Concessionária, cujo teor conheceu, mas, no mérito, negou provimento.

feriado e ponto facultativo concedido pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, concluir-se-á pela tempestividade da citada Defesa Prévia.

De fato, assiste razão à Procuradoria desta Autarquia no que tange à tempestividade da peça que desafiou o Termo de Notificação nº. 0022/2010, outrora não conhecida sob a égide de uma equivocada declaração de intempestividade.

Todavia, a mesma sorte não socorre sua alegação de violação aos Princípios da Legalidade e da Ampla Defesa, notadamente porque, malgrado o lapso já acusado, o i. Conselheiro-Relator não deixou de apreciar os fundamentos naquela peça esposados, tornando-se desnecessário acatar a sugestão da Procuradoria de apreciação do *“teor da Impugnação não conhecida”*. Vejamos o que diz o voto:

“Não obstante a intempestividade daquela impugnação, enfrentarei os pontos nela abordados até porque a própria Concessionária reconhece as irregularidades apresentadas no Termo de Notificação (...)”

Dito isso, e alheio à necessária correção do art. 1º da Deliberação AGENERSA nº. 691/2011, não há de se falar em prejuízo ao direito de defesa da Concessionária, vez que os argumentos sustentados na Defesa Prévia equivocadamente declarada intempestiva foram efetivamente enfrentados no r. voto.

Ultrapassada essa breve consideração, e adentrando, de fato, ao mérito do Recurso, a Concessionária sustenta como primeiro fundamento à pretendida reforma, *“Ausência de Motivação”* nas Deliberações recorridas, lançando, para tanto, a alegação de que *“(...) apesar das ponderações realizadas pela CEG, a AGENERSA não encontrou justificativa que explicasse os motivos de punição da Autora, relativos à certas condutas.”*.

O argumento ora suscitado em sede de Recurso já foi enfrentado por este Conselho-Diretor nos presentes autos, eis que a CEG dele utilizou-se quando da oposição dos Embargos apreciados na Sessão Regulatória realizada em 29/03/2011.

À ocasião, mesmo destacando que as razões lá esposadas não se conformavam aos requisitos reclamados no art. 61 do Regimento Interno desta AGENERSA, o i. Conselheiro-Relator apreciou aqueles Embargos e, no mérito, não deixou dúvidas quanto à inconsistência de sua alegação. Vejamos o que disse:

u

Rúbrica:

"(...) o §1º do artigo 50 da Lei Federal 9.784, de 29/01/1999, bem como o §1º do art. 60, do Decreto Estadual nº. 31.896, (...), dispõem que a motivação pode consistir a partir de declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisão ou propostas, como foi o caso em tela."

E complementou:

"Por esse motivo, não há o que se falar em omissão por ausência de motivação, pois a Deliberação foi proferida com base em todo o conteúdo do presente Regulatório, se pautando, em especial, nas irregularidades apontadas nos Termos de Notificação como relevantes para a punição aplicada."

Assim sendo, e reiterando tal entendimento, que considera o argumento apresentado inconsistente para o caso em tela, cumpre reconhecer a improcedência da alegação de *"Ausência de Motivação"*.

Como derradeiro fundamento de reforma, a CEG lança a tese de *"Violação ao Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na aplicação da Penalidade"*, afirmando que *"(...) a Concessionária adotou as medidas que estavam ao seu alcance, **sanando todas as irregularidades apontadas pela CAENE tão logo teve conhecimento das mesmas, não sendo possível aplicar a mesma qualquer espécie de penalidade.**"*⁴

Trata-se de argumentação várias vezes analisada pelo Conselho-Diretor desta Agência Reguladora, de sorte que já se encontra firmado o entendimento de que tal alegação retrata inequívoco reconhecimento da Concessionária quanto à veracidade do teor dos respectivos Termos de Notificação.

Isso porque, como já esclarecido em outras ocasiões, o Termo de Notificação, na forma da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, é o instrumento por meio do qual esta Autarquia comunica à Concessionária as eventuais irregularidades verificadas durante as ações de 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,

u

⁴ Grifos conforme original.

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.

Assim, infligir sanção à Concessionária na hipótese em tela não configura mera discricionariedade desta Autarquia, mas sim observância aos deveres legais impostos por sua Lei de Criação, notadamente nos incisos I e IV de seu art. 4^o.

Prosseguindo, e com base no argumento de que sanou a contento as desconformidades apontadas nos referidos Termos de Notificação, a CEG traz à baila a Cláusula Dez do Contrato de Concessão para alegar que "(...) de acordo com a cláusula supracitada, a multa aplicada pela AGENERSA não deveria ter sido tão somente reduzida, mas sim, anulada, posto que não possui motivação adequada."⁶

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. 6^o⁷ 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 – Obrigações da Concessionária, *caput*⁸ e item 6^o e do Anexo II – Requisitos de Qualidade e Segurança, Parte I – Metas de Melhoria, item 12¹⁰.

u

⁵ "Lei Estadual nº. 4.556/2005

(...)

Art. 4^o - 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".

⁶ Grifo conforme original.

⁷ "Recebido o Relatório de Fiscalização, citado no parágrafo único do art. 5^o, 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: (...)

⁸ "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."

No mais, é oportuno que se faça uma abordagem, ainda que sucinta, dos princípios supostamente violados quando da aplicação da penalidade de multa por meio da Deliberação AGENERSA n.º. 691/11.

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

“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”¹¹.

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 – o que não se verifica na hipótese vertente, uma vez que as condutas sujeitas à aplicação de penalidade estão delineadas tanto no Contrato de Concessão como na Instrução Normativa n.º. 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, fazendo uso, mais uma vez, das palavras do doutrinador já citado¹², a respeito do referido princípio:

“Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente

u

⁹ “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.”

¹⁰ “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.”

¹¹ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 31/32.

Grifos conforme o original.

¹² Obra já citada, p. 33

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 cumpriu seus deveres e obrigações quando violou as disposições de suas próprias Normas Técnicas, justificando, pois, a atuação desta Agência Reguladora, já que contratualmente, a Delegatária 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*, eis que a multa foi aplicada com esboço no Contrato de Concessão e na Instrução Normativa, o que corrobora 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, não teria ela anuído com sua previsão naquele Contrato; e por fim, a aplicação de penalidade de multa é em si proporcional às faltas identificadas, já que a vantagem à ser auferida se consubstancia no atendimento aos preceitos dispostos no respectivo Contrato de Concessão.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA n.º. 691, de 27/01/2011, integrada pela Deliberação AGENERSA n.º. 729, de 29/03/2011, para, no mérito, negar-lhe provimento.

- Por autotutela, reformar o art. 1º da Deliberação AGENERSA n.º. 691, de 27 de janeiro de 2011, de modo que passe a conter a seguinte redação: Conhecer as Defesas Prévias apresentadas pela CEG em face dos Termos de Notificação n.º. 0022, de 08/10/2010 e n.º. 0023, de 27/10/2010, porque tempestivas, para, no mérito, negar-lhes provimento.

É o Voto.



Darcília Leite

Conselheira-Relatora

AGENERSA

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 807



DE 28 DE JULHO DE 2011.

**CONCESSIONÁRIA CEG – RELATÓRIO DE
FISCALIZAÇÃO CAENE Nº. E-00016/10 E TERMO
DE NOTIFICAÇÃO Nº. 0022/10.**

**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-12/020.395/2010, por
unanimidade,

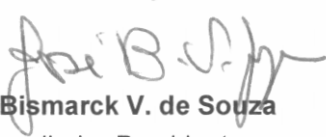
DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação
AGENERSA nº. 691, de 27/01/2011, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 729, de
29/03/2011, para, no mérito, negar-lhe provimento.

Art. 2º - Por autotutela, reformar o art. 1º da Deliberação AGENERSA nº. 691, de 27 de janeiro de
2011, de modo que passe a conter a seguinte redação: Conhecer as Defesas Prévias apresentadas
pela CEG em face dos Termos de Notificação nº. 0022, de 08/10/2010 e nº. 0023, de 27/10/2010,
porque tempestivas, para, no mérito, negar-lhes provimento.

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

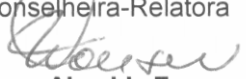
Rio de Janeiro, 28 de julho de 2011.


José Bismarck V. de Souza

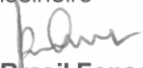
Conselheiro-Presidente


Darcilia Aparecida da Silva Leite

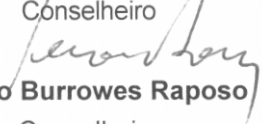
Conselheira-Relatora


Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro


Sérgio Burrowes Raposo

Conselheiro

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.395/2010

Data 13/10/2010 Fls.: 132

Rúbrica: f