

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 696

DE 24 DE FEVEREIRO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG – RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-0003/10. TERMO DE NOTIFICAÇÃO 001/10.

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 nºE -12/020.088/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 615, de 31/08/2010, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 648, de 30/11/2010, para no mérito dar-lhe parcial provimento, reformando a multa aplicada no art. 1º 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 no Relatório de Fiscalização CAENE nºP-0003/2010, de 02/03/2010 e no Termo de Notificação nº01/2010, de 11/03/2010.

Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPE T 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, 24 de fevereiro de 2011.

DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE

Conselheira-Relatora

MOACYR ALMEIDA FONSECA

Conselheiro

SÉRGIO BURROWES RAPOSO

Conselheiro

Processo nº. E-12/020.088/2010
Data de Autuação 16 de março de 2010.
Concessionária CEG
Assunto Relatório de Fiscalização CAENE P-0003/10. Termo
de Notificação 001/10.
Sessão Regulatória 24 de fevereiro de 2011.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.088/2010

Data 16/03/2010 Fls.: 184

Relatório

Rúbrica: 

Trata-se de Recurso apresentado pela Concessionária CEG¹ em face da Deliberação AGENERSA nº. 615/2010, de 31/08/2010², integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 648/2010, de 30/11/2010³.

Preliminarmente, aponta a tempestividade do recurso apresentado⁴ e requer a concessão de efeito suspensivo ao mesmo⁵. 

¹ Fls. 113/122, noticiado no despacho de fls. 123, de lavra do servidor, Sr. João Carlos Azevedo da Conceição, mediante o qual informa também a autuação do processo nº. E-12/020.347/2010, em atenção ao disposto no artigo 1º. da Deliberação AGENERSA/CD nº. 648/2010; e acostado aos autos, através do Termo de Juntada de Documentos, também de sua lavra, às fls. 126.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 648 DE 30 DE NOVEMBRO DE 2010. 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-12/020.088/2010, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - 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 AGENERSA/CD nº. 01/2007, devido a reincidência aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-03/2010, de 02 de março de 2010 e no Termo de Notificação nº. 01/2010, de 11 de março de 2010.

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

Rio de Janeiro, 31 de agosto de 2010.

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

³ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 648 DE 30 DE NOVEMBRO DE 2010. 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-12/020.088/2010, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º Conhecer dos embargos apresentados pela concessionária CEG, porque tempestivo, em face da deliberação AGENERSA nº. 615/2010, de 31/08/2010, para no mérito negar-lhe provimento.

Art. 2º - Ratificar a deliberação AGENERSA nº. 615/10, em seu inteiro teor.

Art. 3º - Determinar à Secretaria-Executiva a expedição de Auto de Infração, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, utilizando-se o IGP-M como índice de atualização para cálculos da multa, que deverá incidir sobre o valor do somatório do faturamento dos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração.

Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2010.

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

⁴ "(...) considerando-se que o efeito interruptivo impõe o reinício da contagem do prazo e que a Deliberação AGENERSA nº. 648/2010 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)".

No mérito, após breve relato dos fatos, afirma que "(...) pode-se constatar que esta concessionária, ao tomar ciência da ocorrência de desconformidades, imediatamente procurou saná-las, cumprindo as determinações veiculadas nas normas mencionadas no referido Termo"⁶; 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"; que "Tal conduta empreendida pela Recorrente, baseia-se no parágrafo 3º, da Cláusula Primeira do Contrato de Concessão, que estabelece o atendimento aos princípios da eficiência, segurança, regularidade e continuidade da prestação do serviço de distribuição de gás canalizado"; registra que "(...) esta Recorrente 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"; requer a "(...) revisão da decisão materializada na Deliberação 615/10, com a anulação da penalidade de multa determinada em seu art. 1º, julgando-se extinto o processo em decorrência da perda de objeto"; defende o não cabimento da penalidade de multa aplicada; cita a Cláusula Décima do Contrato de Concessão⁷; observa que "(...) **de acordo com a cláusula acima transcrita, 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**"; repisa que "(...) tão logo recebido o Termo de Notificação, preocupou-se em imediatamente sanar as inadequações observadas pela Agência"; salienta 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**

⁵ Sob o argumento de que "(...) há um risco de prejuízo de difícil e incerta reparação, na forma do art. 77 § 2º do Regimento Interno da AGENERSA"; razão pela qual 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".

⁶ Ressalta que "(...) ficou comprovado que todas as inadequações apontadas pelo Relatório de Fiscalização foram sanadas pela Recorrente, tendo sido feitas as devidas adequações nas Avenidas Marechal Floriano e Mem de Sá"

⁷ "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).

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 615/10, de que ora se recorre, determinando a aplicação da penalidade de multa, apesar de todas as adequações promovidas pela Concessionária"; que "(...) todas as obrigações determinadas (...) já haviam sido cumpridas mesmo antes da publicação da Deliberação 615/10"; vislumbra 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 a violação ao artigo 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, observando que "(...) a fundamentação utilizada para aplicação da penalidade de multa foi a reincidência da Concessionária (...)"; ilumina o artigo 1º da Deliberação recorrida e o artigo 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007⁸; verifica que "(...) não foi cumprido 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"⁹; entende que "Tal ponderação é importante na medida em 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"; afirma que "No caso em tela não temos como verificar se, de fato, houve reincidência, hábil a fundamentar a aplicação da penalidade de multa (...)"; pondera que **"Por outro lado, no que se refere ao percentual da multa que efetivamente foi aplicado, conforme se observa, 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**

⁸ 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" (grifos como no original).

⁹ Menciona que "(...) o i. Relator menciona no próprio corpo da Deliberação, 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".

correspondência com as multas do GRUPO i, ou seja, até 0,01% (um centésimo por cento)¹⁰; que “no caso em tela, não foi mencionada a infração anterior, que serviu de paradigma para a utilização do fundamento da reincidência e, além disso, não foi respeitado o quantum atribuível a título de multa”; motivo pelo qual requer “(...) seja anulada a penalidade de multa imposta no art. 1º da Deliberação 615/10”; aponta a violação aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, observando que “(...) a imposição da multa in casu, avaliando-se o ato sob a égide dos princípios constitucionais e administrativos aplicáveis, 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”; entende que “(...) 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”; que “(...) 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”; que “(...) 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, ora recorrente em manifesta desvantagem”; considera que “(...) a imposição da multa constitui medida desarrazoada, inadequada e desproporcional”; 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 em torno de R\$ 500,00 (Quinhentos reais), revelando-se absolutamente diferentes daquelas aplicadas pela Agência Reguladora, o que demonstra a total ausência de razoabilidade da penalidade aplicada”; 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 “(...) 

¹⁰ Entende que “(...) a fundamentação utilizada para a imposição da multa e arbitramento do seu quantum, não observaram a necessária correlação com as normas aplicáveis ao caso”.

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(...)¹¹; que "(...) a penalidade aplicada pela Agência, em valores extremamente altos, que reverterem 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 (...)¹²"; 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 "(...) que seja dado ao presente Recurso, revogando-se a Deliberação AGENERSA nº. 615/10, com a conseqüente anulação de multa imposta em seu art. 1º, na forma requerida ao longo deste Recurso, eis que ausentes os fundamentos que justificam a sua imposição"; ou, alternativamente, que "(...) seja reduzido o percentual da multa aplicada, de modo a adequar o montante aos Termos da Instrução Normativa CD 01/200 (...)"¹³.

Às fls. 124/125, consta cópia da Resolução do Conselho-Diretor nº. 218, de 13/01/2011¹⁴, na qual se verifica a distribuição do presente processo a minha Relatoria.

Na data de 25/01/2010, o feito é encaminhado à Procuradoria da AGENERSA¹⁵, que apresenta o Parecer nº. 619/2011 EVB-Procuradoria¹⁶, mediante o qual assevera que "Analisando o pedido de concessão do efeito suspensivo solicitado pela recorrente, depreende-se a clara ausência de probabilidade de ocorrência de perigo de dano irreparável à execução do contrato de concessão, pois as determinações contidas nas Deliberações acima citadas não oferecem o possível risco de lesão ao direito da Recorrente, e se coadunam com o princípio da prestação do serviço público adequado, razões pelas quais não se recomenda a

¹¹ 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" (grifos como no original).

¹² Cita a ação julgada pelo STF – ADI 551/RJ – DJ 14-02-2003 PP-00058.

¹³ Todos os grifos como no original.

¹⁴ Acostada aos autos através do Termo de Juntada de Documentos - fls. 126.

¹⁵ Despacho da assessoria deste Gabinete, às fls. 126, verso "(...) para que se manifeste sobre pedido de efeito suspensivo".

¹⁶ De 01/02/2011, fls. 127/130, com o "de acordo" do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.088/2010

Data 16/03/2010 Fls.: 188

Rúbrica: 

concessão do efeito suspensivo solicitado”; elucida que “(...) da breve análise do feito não se vislumbra suspeita de ilegalidade dos respectivos atos administrativos normativos exarados por esta Autarquia, o que justificaria, caso existente, a concessão do presente efeito suspensivo”; ilumina a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho¹⁷; e sugere “(...) o indeferimento da solicitação preliminar de concessão de efeito suspensivo”.

No que concerne ao mérito, afirma que “(...) a emissão do Termo de Notificação contendo irregularidades já demonstra o descumprimento do instrumento concessivo, Cláusula Quarta – Obrigações da Concessionária § 1º, que, acrescentando as reiteradas vezes que a recorrente incorre nas mesmas irregularidades, sobreleva notar, de acordo com o artigo 20, inciso I da Instrução Normativa 001/07, que a recorrente por ser reincidente é passível da aplicação de multa, correspondente ao Grupo I, para os casos já punidos com ADEVERTÊNCIA”; constata que “(...) a recorrente reiteradamente vem infringindo o Contrato de Concessão carecendo em virtude disso de lhe ser aplicada as penalidades neste processo, não havendo violação ao art. 20 da Instrução Normativa nº 01/2007”; ilumina trecho do Parecer da CAENE, às fls. 25¹⁸; observa que “No referido Parecer da Câmara Técnica, fls. 20/26, do processo em comento, que faz parte integrante deste Parecer da Procuradoria, (anexo)¹⁹, são listadas diversas Deliberações que mostram o cometimento de infrações cometidas pela recorrente, da mesma natureza, durante as execuções de obras em vias públicas”; registra que “(...) são várias as reincidências, conforme documentos acostados ao presente parecer, que mostram sobremaneira o quanto a recorrente é ‘recorrente’ nesses tipos de infrações, tornando fundamental a aplicação da penalidade de multa como caráter pedagógico no sentido de fazerem as concessionárias atuarem de modo mais preventivo”; assevera que “(...) os parâmetros de aplicação de penalidades são de pleno conhecimento da Concessionária, o que torna inócua e desprovida de amparo legal a defesa apresentada”; que “A penalidade aplicada à Concessionária foi 

¹⁷ “(...) 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”.

¹⁸ “Assim, à luz do que dispõe a Instrução Normativa AGENERSA CD/Nº. 001/2007, é óbvio que as penalidades a serem aplicadas às concessionárias devem levar em conta seus prontuários. Por esta razão, é que a citada Instrução Normativa autoriza o Conselho Diretor a aplicar a penalidade de advertência para as primeiras infrações; e autoriza, ainda, o conselho Diretor a aplicar a penalidade de multa, quando da reincidência de infrações da mesma natureza”.

¹⁹ Fls. 131/137. A seguir, encontra-se uma relação e cópia de diversos Termos de Notificação lavrados em face das Concessionárias CEG e CEG RIO (fls. 138/140 e 141/176, respectivamente).

praticada de acordo com o instrumento concessivo, de formas criteriosa, observando o devido processo legal, cabendo tal prerrogativa ao Conselho Diretor da Agência Reguladora, segundo a Lei 4556/2005"; que "(...) houve sim comprovação da culpabilidade da Concessionária, de acordo com o estabelecido nos autos"; afirma que "O contrato de concessão prevê que a violação de suas cláusulas resultará na imposição de penalidades" vez que "(...) reconheceram as partes previamente, que esta seria uma medida necessária à impor a coerção da execução do contrato"; aponta 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"; reconhece 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"; e recomenda a "(...) manutenção in totum da Deliberação AGENERSA nº. 648/10".

Mediante correspondência eletrônica²⁰, a Assessoria deste Gabinete encaminha à CEG cópia digitalizada deste feito, informa a conclusão de sua instrução e assina o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de razões finais.

Na data de 14/02/2011, a Concessionária protocoliza nesta Agência a correspondência DIJUR-E-224/11²¹, por meio da qual reitera "(...) os termos do Recurso interposto (...) acostado às fls. 113/122 (...)"; entende que "(...) a Procuradoria da AGENERSA em seu Parecer acostado às fls., não enfrenta de forma correta um dos pontos contestados pela Concessionária em sede de recurso"; pois "(...) de forma equivocada apresenta diversos Termos de Notificação que foram gerados por terem sido encontradas irregularidades em obras de rua (...)"; entretanto, considera "(...) notório que a procuradoria não enfrentou a alegação da Concessionária de ter havido uma violação do art. 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, na fundamentação de reincidência para aplicação da penalidade de multa, no percentual de 0,05% através da Deliberação AGENERSA 615/10"; ressalta que "(...) segundo a Instrução Normativa supracitada para a

²⁰ De 03/02/2011, às fls. 177/178 – Com a respectiva comprovação de recebimento acostada às fls.179.

²¹ Fls. 180/182.

aplicação da penalidade de multa com fundamento na reincidência, seria necessário mencionar qual foi o auto de infração que aplicou a penalidade referente à primeira infração, o que não ocorreu, não basta a apresentação de diversos Termos de Notificação, sem explicitamente apontar o que estaria caracterizando a reincidência para aplicação da penalidade, cumprindo a formalidade da Instrução Normativa 001/2007²²; salienta que "(...) o montante da penalidade pecuniária não poderia ser 0,05%, tendo em vista que das infrações já penalizadas com advertência, se for aplicada multa por reincidência deverão observar correspondência com as multas do Grupo I, ou seja até 0,01%, o que igualmente não foi observado pelo Conselho Diretor ao proferir a sanção pecuniária através da Deliberação AGENERSA nº. 615/10" e considera que "(...) o Recurso interposto pela Concessionária deve ser acolhido para que seja revogada a Deliberação AGENERSA nº. 615/10, com a conseqüente anulação da multa imposta em seu art. 1º, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua imposição, ou subsidiariamente, que seja reduzido o percentual da penalidade pecuniária imposta, em observância a Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007".

É o Relatório.



Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.088/2010

Data 16.10.31.2010

Folha: 191
Rúbrica: f

²² Grifos como no original.

Processo nº: E-12/020.088/2010.
Data de autuação: 16 de março de 2010.
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE P-0003/10. Termo de Notificação 001/10 - Recurso em face da Deliberação AGENERSA nº. 615/10, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 648/10
Sessão Regulatória: 24 de fevereiro de 2011.

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.088/2010

Data: 16/03/2010 Fls.: 192

Voto

Rúbrica: 

Trata-se de Recurso interposto pela CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 615, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 648, editadas, respectivamente, nas Sessões Regulatórias realizadas em 31/08/2010 e 30/11/2010, através das quais foi aplicada penalidade de multa à Concessionária no montante de 0,05% (cinco centésimos por cento), "devido à reincidência aos fatos apurados" no Relatório de Fiscalização e Termo de Notificação objetos do presente processo.

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 no Termo de Notificação mencionado, 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 Concessionária não é nova nesta Agência Reguladora, de sorte que este Conselho-Diretor já firmou o entendimento de que tal alegação retrata inequívoco reconhecimento da CEG 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 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 de tudo isso, infligir sanção à Concessionária na hipótese vertente, não configura mera discricionariedade desta Autarquia, mas sim observância aos deveres legais impostos por sua Lei de Criação (Lei Estadual nº. 4.556/2005), notadamente nos incisos I e IV de seu art. 4º¹.

No mais, e com base no argumento de que sanou a contento as desconformidades apontadas no referido Termo 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

¹ "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".

Notificação, que, na esteira do que preleciona o art. 6º da já mencionada Instrução Normativa, possui natureza repressiva e não preventiva como tenta fazer crer.

O atacado Termo de Notificação é expresso 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*³ e item 6⁴ e do Anexo II – Requisitos de Qualidade e Segurança, Parte I – Metas de Melhoria, item 12⁵.

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.*”.

A respeito, e malgrado a juntada aos autos de vasta documentação, tanto pela CAENE como pela Procuradoria desta AGENERSA, com o fim de fundamentar a alegação de reincidência da CEG no que diz respeito às violações atestadas no Termo objeto do presente processo, sou pela impropriedade de aplicação do referido artigo ao caso em comento.

Isto porque entendo que a reincidência para fins do disposto na citada Instrução Normativa, somente se configuraria se a Concessionária, depois de penalizada pelas desconformidades apontadas no TN nº. 001/2010, não adotasse as providências

² “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: (...)”

³ “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.”

⁴ “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.”

⁵ “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.”

para saná-las, o que reclamaria, por consequência, nova intervenção desta Agência Reguladora.

A toda evidência, esse não é o caso dos presentes autos, razão pela qual não vislumbro o requisito da "reincidência", essencial para a aplicação do art. 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04 de setembro de 2007.

No entanto, ainda que se admita a aplicação do artigo suso mencionado resta evidente sua violação, notadamente no que diz respeito à porcentagem de multa aplicada, já que deixa de observar regra nele contida, uma vez que seu inciso I estabelece que em caso de reincidência de infração já penalizada com "advertência", a multa a ser aplicada deve ser correspondente ao GRUPO I.

Assim, considerando a literalidade do art. 14 de mesma Instrução Normativa, que dispendo sobre os valores das multas atribuí ao GRUPO I a porcentagem máxima de 0,01% (um centésimo por cento), forçoso reconhecer a impropriedade da aplicação de multa no montante de 0,05% (cinco centésimos por cento).

Entendo, todavia, que a aplicação de multa para casos historicamente sancionados com a mais branda das penalidades se justifica em razão da reiterada inobservância, por parte da CEG, aos termos das Normas Técnicas - *em sua grande maioria relativas a questões de segurança, requisito essencial da Concessão* - apesar da constante reprovação deste Conselho-Diretor.

E de fato, se por um lado não vislumbro a reincidência que serviu de sustentáculo à aplicação da penalidade ora guerreada, é imperioso reconhecer que a reprovável violação às Normas Técnicas é conduta recorrente da CEG.

Verifica-se, pois, que a aplicação de penalidade de advertência para as infrações de mesma natureza às apuradas no Termo de Notificação objeto do presente processo, não tem se revelado suficiente a estimular a Concessionária ao

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.088/2010

Data 16/03/2010 Fls.: 195

Rúbrica: f

aperfeiçoamento de seus serviços. Por certo, a aplicação de advertência, por si só, não está tendo o condão de constrangê-la à observância das normas à que está sujeita.

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).”

Como derradeira 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 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. 615/10.

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.088/2010

Data 16/03/2010 Fls.: 196

Rúbrica:

A começar pelo Princípio da Razoabilidade, recorro à definição do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho⁶:

*“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**”⁷.*

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.

Ainda fazendo uso das palavras do doutrinador já citado⁸, 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.”

⁶ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 31/32.

⁷ Grifos conforme o original.

⁸ Obra já citada, p. 33

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 Concessionária atende a todos os requisitos que fundamentam o princípio em voga, senão vejamos: é ato *adequado*, vez que a multa foi aplicada com esquite no Contrato de Concessão e na Instrução Normativa, corroborando, portanto, a compatibilidade da conduta administrativa com o fim pretendido; é *exigível* na medida que a imposição de multa é meio destinado a impor à Concessionária a observância do Contrato de Concessão, e, se assim não fosse, a Concessionária não teria anuído com sua previsão no Contrato de Concessão; 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.

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 Concessionária 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.

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, tudo com fundamento no mesmo art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04 de setembro de 2007.

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.088/2010

Data 16/03/2010 Fls.: 198

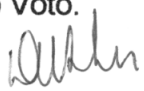
Rúbrica: 

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

• Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 615, de 31/08/2010, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 648, de 30/11/2010, para no mérito dar-lhe parcial provimento, reformando a multa aplicada no art. 1º para o percentual de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, ^{todo} 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 no Relatório de Fiscalização CAENE nº P-0003/2010, de 02/03/2010 e no Termo de Notificação nº 01/2010, de 11/03/2010.

• 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

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.088/2010

Data: 16/03/2010 Fls.: 199

Rúbrica: 

AGENERSA

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 636



DE 24 DE FEVEREIRO DE 2011.

**CONCESSIONÁRIA CEG – RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO
CAENE P-0003/10. TERMO DE NOTIFICAÇÃO 001/10.**

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-12/020.088/2010, por unanimidade,

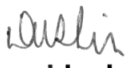
DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 615, de 31/08/2010, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 648, de 30/11/2010, para no mérito dar-lhe parcial provimento, reformando a multa aplicada no art. 1º 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 no Relatório de Fiscalização CAENE nº P-0003/2010, de 02/03/2010 e no Termo de Notificação nº 01/2010, de 11/03/2010.

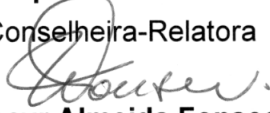
Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

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

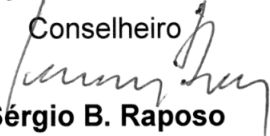
Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 2011.


Darcilia Aparecida da Silva Leite

Conselheira-Relatora


Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro


Sérgio B. Raposo

Conselheiro

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.088/2010

Data 16/03/2010 Fls.: 200

Rúbrica: 