

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 702

DE 24 DE FEVEREIRO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG – TERMO DE NOTIFICAÇÃO Nº 004/2009 – RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE Nº P-0012/09.

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 nºE -12/020.329/2009, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º - Conhecer o recurso apresentado pela concessionária CEG, porque tempestivo, em face da Deliberação AGENERSA nº 591/2010, de 30/06/2010, 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 doze meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado como Art. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD Nº 001/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE Nº P-0012/09, e no Termo de Notificação Nº 004/2009.

Art. 2º - 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

MOACYR ALMEIDA FONSECA

Conselheiro

SÉRGIO BURROWES RAPOSO

Conselheiro-Relator

PROL-06



AGENERSA

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

SECRETARIA DE ESTADO DA JUSTIÇA A CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 06 / 10 / 2009
Proc. E-12 / 020 . 329 / 2009
Fls: 105g

Processo n°: E-12/020.329/2009
Autuação: 06/10/2009
Concessionária: CEG
Assunto: Termo de Notificação n°. 004/2009 – Relatório de
Fiscalização CAENE n°. P-0012/09.
Relato: 24 de fevereiro de 2011

RELATÓRIO

Trata-se de processo regulatório iniciado através do Termo de Notificação n°. 004/09¹ e do Relatório de Fiscalização n°. P-0012/09², de 30/09/09, referente às obras realizadas nas ruas Pompeu Loureiro, Paissandu, General Cristovão Barcelos e Pires de Almeida, o qual foi relatado e votado em Sessão Regulatória realizada em 30/06/10, culminando com a Deliberação AGENERSA n°. 591/10, que se publicou no Diário Oficial do estado do Rio de Janeiro, em 14/07/10:

Art. 1º - Conhecer a defesa apresentada pela Concessionária CEG em face do Termo de Notificação n°. 004/2009, de 30/09/2009, negando-lhe provimento.

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,01% (um centésimo 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°. 01/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE n°. P-0012/09 e no Termo de Notificação n°. 004/2009.

Art.3º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n°. 01/2007.

A CEG, em 26/07/10, protocolizou nesta AGENERSA, tempestivamente, seu recurso contra a Deliberação AGENERSA n°. 591/10, o qual descrevo, resumidamente, a seguir:

¹ Fl. 05

² Fl. 06/12



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

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 06/10/2009.
Proc. E- 12/020.329/2009.
Fls: 106

Inicialmente a Concessionária pleiteia a concessão de efeito suspensivo porque (...) *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 (...).*

Quanto ao mérito, a Concessionária entende que (...) *não há pertinência na aplicação da penalidade de multa, a uma porque todas as inadequações foram sanadas a tempo e, a duas, porque tal penalidade não se mostra razoável.*

Nas adequações realizadas pela Recorrente (...) *pode-se constatar que (...) ao tomar ciência da ocorrência de desconformidades, imediatamente procurou saná-las, cumprindo as determinações veiculadas nas normas mencionadas no referido Termo.*

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.

Deste modo, requer essa Concessionária a revisão da decisão materializada na Deliberação 591/10, com a anulação da penalidade de multa determinada em seu art. 2º, julgando-se extinto o processo em decorrência da perda de objeto.

Descabida foi a aplicação da penalidade de multa, segundo a Concessionária, pois destaca o teor de Cláusula Dez – penalidades:

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. (GN)

No caso em análise, conforme ficou demonstrado e afirmado inclusive pelos Conselheiros Relator e Revisor em seus votos, a Concessionária, tão logo recebeu o Termo de Notificação, preocupou-se em imediatamente sanar as inadequações observadas pela Agência.

Na peça de defesa, a Recorrente 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 591/10 (...) determinando a aplicação da penalidade de multa (...).



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

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 06 / 10 / 2009
Proc. E-12 / 020.329 / 2009
Fls: 107

Portanto, diante da (...) ausência de má-fé por parte da Recorrente, (...) deve ser revogada a penalidade de multa aplicada à Recorrente por meio do Art. 2º da Deliberação 591/10.

A Concessionária diante dos argumentos apresentados, no que tange os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, assevera que (...) a imposição da multa (...) avaliando-se o ato sob a égide dos princípios constitucionais e administrativos aplicáveis, é medida que não encontra amparo legal, uma vez que não atende ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade no que se refere aos seus três requisitos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Deste modo, considerando-se que um ato somente pode ser tido como razoável quando atendidos aos três requisitos acima mencionados, constata-se que a imposição da multa constitui medida desarrazoada, inadequada e desproporcional.

Ademais, insta mencionar que as inadequações observadas na obra em questão não tiveram o condão de expor a sociedade a qualquer risco, não se observando gravidade capaz de gerar a imposição de penalidades tão pesadas como a multa aplicada.

Diante do exposto, 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.

Ante o exposto, requer a Recorrente a esse Conselho Diretor que seja dado ao presente recurso, revogando-se a Deliberação AGENERSA n.º 591/10, com a consequente anulação da multa imposta, na forma requerida ao longo deste recurso, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua imposição, por ser medida de extremo bom senso e justiça.

Em conformidade com o que foi decidido em reunião interna realizada em 27/07/10, através da resolução do Conselho Diretor nº. 194/10³, o presente processo foi enviado ao meu gabinete, tendo em vista a distribuição realizada.

Através de despacho à SECEX, em 28/07/10, encaminha o presente processo ao meu gabinete.

Em 19/08/10, o processo é encaminhado à Procuradoria desta AGENERSA para análise e pronunciamento quanto ao recurso interposto pela Concessionária, acostado às fls. 59/65 dos autos.

³ Fls. 67



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

SECRETARIA DE SANEAMENTO
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 06/10/2009
Proc. E- 12/020.329/2009
Fls. 108

Através das fls. 70/75, a Procuradoria apresenta seu parecer, o qual apresento a seguir, em parte:

Inicialmente a Recorrente "(...) pede a concessão de efeito suspensivo ao seu recurso de fl. 60 e seguintes, apontando a relevância do tema discutido, a observância do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, bem como da eventual possibilidade de risco de perecimento de direito ou prejuízo para a boa execução do Contrato de Concessão (...).

Analisando a peça de apelo, (...) não me parece possível o seu acolhimento, já que, além de desacompanhados das necessárias justificativas e comprovações, não se conformam às hipóteses previstas no Art. 52, II do Decreto Estadual nº 31.896/2002, in verbis:

Art. 52 - O órgão competente poderá suspender o andamento do processo administrativo:

I - ...omissis...

II - a requerimento da parte, desde que o interesse público não contra-indique a suspensão."

Do mérito, quanto às adequações realizadas pela Recorrente, a mesma assevera que (...) ao tomar ciência da ocorrência das desconformidades, imediatamente procurou saná-las, cumprindo as determinações veiculadas nas normas mencionadas no referido Termo.

Na verdade a aplicação da penalidade de advertência não vem cumprindo sua função pedagógica, o que fez com que o Conselho Diretor aplicasse a penalidade de multa, de acordo com o artigo 2º, inciso I, da Instrução Normativa AGENERSA CD/Nº. 001/2007.

No que tange o não cabimento da aplicação da penalidade e multa, (...) repete a Recorrente nesse item da sua defesa que sanou as inadequações observadas, o que não a absolve, pois (...) é reincidente nesses atos, motivando o Conselho Diretor a aplicar penalidade multa (...) conforme acima assinalado.

No que dedilha aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade (...) alega a Concessionária que esta AGENERSA carece de critérios objetivos, que visem regulamentar a aplicação de penalidades em face de seus regulados.

Não é tarde lembrar que o Contrato de Concessão em sua Cláusula Dez disciplina com clareza as penalidades aplicáveis à Concessionária CEG. Dentre elas, se insere a penalidade de multa, objeto (...) do presente Auto de Infração.



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

SE REI A CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 06 / 10 / 2009
Proc. E- 12 / 020 . 329 / 2009.
Fls: 109

Nessa linha de raciocínio, os parâmetros de aplicação de penalidades são de pleno conhecimento da Concessionária, o que torna inócua e desprovida de amparo legal a defesa apresentada. Ademais, houve, sim, comprovação da culpabilidade da Concessionária, de acordo com o estabelecido nos autos.

A fim de extremar quaisquer dúvidas eventualmente existentes quanto à prática de excessos na imposição da penalidade, passa-se a esclarecer o real conteúdo do princípio citado da razoabilidade e sua observância pelo E. Conselho Diretor.

O princípio da razoabilidade é estudado por Carlos Roberto de Siqueira Castro⁴, em obra já clássica de estudo do direito comparado. Introduzido pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, teve sua juridicidade reconhecida como corolário do devido processo legal substantivo. Na Constituição Brasileira entende-se esteja consagrado pela garantia do devido processo legal, instituída no inciso LIV, do art. 5º da Constituição. Destaque-se que o sistema jurídico norte-americano é regido pela common law, sendo distinto de nosso sistema codificado, baseado portanto em direito positivado.

Assim, a razoabilidade relaciona-se à viabilização do exercício concreto do direito de defesa o qual, já demonstrado acima, não foi violado, posto que toda a oportunidade de manifestação foi deferida à Recorrente.

O princípio da proporcionalidade compõe-se de três aspectos: **necessidade, adequação e proporcionalidade** em sentido estrito.

A Recorrente adentra ao mérito da questão, expondo as adequações realizadas, o não cabimento da aplicação da penalidade de multa, a violação ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade, requerendo ao final a anulação da multa imposta.

Importa registrar que a AGENERSA (...) tem que praticar suas atividades que são precipuamente, a de fiscalizar e regular, e foi seguindo esses ditames que após o devido processo legal e administrativo que o Órgão Regulador (...) aplicou a penalidade de multa à Recorrente.

O fato da Recorrente mencionar em sua (...) peça de recurso, que as adequações foram realizadas, não inibe a AGENERSA de exercer seu papel legal, pois (...) a Recorrente descumpriu o Contrato de Concessão, e, se realizou as adequações necessárias à prestação do serviço adequado, nada mais fez que sua obrigação.

⁴ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1989.



AGENERSA

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

AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 06/10/2009
Proc. E- 12.020.329/2009
Fls: 1109

A Recorrente tem a obrigação de prestar o serviço adequado, e, no momento da inspeção realizada pela área técnica, foram constatadas as irregularidades apontadas no Termo de Notificação (...).

(...) a razoabilidade relaciona-se à viabilização do exercício concreto do direito de defesa, o qual, já demonstrado acima, não foi violado, posto que toda a oportunidade de manifestação foi deferida à Recorrente.

O princípio da proporcionalidade compõe-se de três aspectos: Necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

O critério de adequação refere-se à compatibilidade entre meios e fins. Ou seja, se a medida imposta pela administração é o meio correto para o atendimento do fim pretendido.

No plano da adequação ficou evidenciado, ao longo do feito, que a Concessionária, ora Recorrente, descumpriu cláusulas contratuais dispostas na Deliberação citada.

O Contrato de Concessão prevê que a violação de suas cláusulas resultará na imposição de penalidades. Isto porque, reconheceram as partes previamente, que esta seria uma medida necessária a impor a coerção da execução do contrato. 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.

A AGENERSA não tem a prerrogativa de eleger por si mesma a imposição ou não das sanções cabíveis. A violação da regra jurídica deve ser imposta uma sanção (...). A imposição da penalidade é necessária à restauração do contrato ao seu status quo em benefício da segurança dos serviços.

A penalidade aplicada à Recorrente deu-se em perfeita sintonia com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, obedecendo ao que está previsto no Contrato de Concessão e na legislação.

Portanto, de acordo com o exposto nos presentes autos administrativos, entendemos que a penalidade de multa deva ser mantida, mantendo-se in totum, a Deliberação AGENERSA nº. 591/2010, em decorrência dos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-0012/09 e Termo de Notificação nº. 004/2009 de 30/09/2009."

Através do ofício AGENERSA/ASSESS/SR nº. 078/10⁵, de 31/08/10, a Concessionária foi informada que o processo em epígrafe encontra-se neste

⁵ Fl. 76



AGENERSA

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

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

DATA: 06 / 10 / 2009

Proc. E- 12 / 020.329 / 2009

Fls: 111

gabinete para vista e oferecimento das considerações que forem julgadas cabíveis, dentro do prazo de 5 dias.

Através da correspondência DIJUR-E-3509/10⁶, de 08/09/10, a Concessionária, em resposta ao ofício AGENERSA/ASSESS/SR nº. 078/10, serve-se da presente para tecer suas considerações:

"(...)

Em todas as oportunidades de apresentação de defesa, a CEG (...) menciona que foram adotadas todas as medidas visando sanar as irregularidades apontadas, juntando (...) fotos que comprovam as adequações realizadas.

Diante disso, e considerando que o Contrato de Concessão, em sua Cláusula dez, inciso II, estabelece que as penalidades somente seriam aplicáveis nos casos em que a Concessionária deixar de adotar, sem justa causa, nos prazos fixados pela Agência, as providências indicadas para restabelecer a regularidade ou garantir a qualidade do serviço, descabida qualquer imposição de penalidades.

Além disso, após a reunião realizada em 09 de agosto de 2010 na sede da AGENERSA, (...) ocasião em que estiveram presentes representantes da Concessionária e das empreiteiras, a Concessionária já está se ajustando para intensificar as fiscalizações nas obras realizadas em ruas.

Ademais, insta mencionar que as inadequações observadas na obra em questão não tiveram o condão de expor a sociedade a qualquer risco, não se observando gravidade capaz de gerar a imposição de penalidades tão pesadas como a multa aplicada.

Diante disso, temos que a penalidade aplicada pela Agência, em valores extremamente altos, que revertem em favor da própria Agência Reguladora, acaba 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, senão:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2º. E 3º. DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto

⁶ Fl. 82



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

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 06/30/2009
Proc. E- 12/020.329/2009
Fls: 1129

constitucional federal. Ação julgada procedente.- STF - ADI 551/RJ - DJ 14/02/2003 PP-00058 (GN)."

Ante todo o exposto, considerando que ficou comprovada a realização das adequações dentro do prazo estabelecido para tanto, e que estão sendo desenvolvidas ações de fiscalização das empreiteiras, requer a Concessionária seja anulada a penalidade de multa imposta, por ser medida de extremo bom senso e justiça."

Através do ofício CODIR-SBR-nº. 014/10⁷, de 14/12/10, a Concessionária foi informada do indeferimento do efeito suspensivo, como também foi instada a manifestar suas razões finais dentro do prazo de 10 dias.

Em 20/12/10, o processo é enviado à SECEX para que disponibilize cópias para Concessionária para que ela apresente suas razões finais.

Em 03/01/11, o processo retorna ao meu gabinete.

Através da correspondência DIJUR-E-4076/10⁸, de 22/12/10, a Concessionária, em resposta ao ofício CODIR-SBR-nº. 014/10, de 14/12/10, se serve da presente para tecer suas considerações:

"(...) em atendimento ao ofício em referência, (...) considerando que não houve emissão de novo parecer pela Procuradoria ou pela Câmara Técnica, reitera os termos da carta DIJUR-E-3509/2010, pugnando pelo acolhimento do recurso interposto.

Diante disso, e considerando que o Contrato de Concessão, em sua Cláusula Dez, inciso II, estabelece que as penalidades somente seriam aplicáveis nos casos em que a Concessionária deixar de adotar, sem justa causa, nos prazos fixados pela Agência, as providências indicadas para restabelecer a regularidade ou garantir a qualidade do serviço, descabida qualquer imposição de penalidades.

Ante todo o exposto, considerando que ficou comprovada a realização das adequações dentro do prazo estabelecido para tanto, e que estão sendo desenvolvidas ações de fiscalização das empreiteiras, requer a Concessionária seja anulada a penalidade de multa imposta, por ser medida de extremo bom senso e justiça."

Em 10/01/11, o presente processo é encaminhado à Procuradoria desta AGENERSA para análise e pronunciamento. À fl. 96, a Procuradoria oferece seu parecer, como segue:

⁷ Fl. 85

⁸ Fl. 93



AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIROSECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 06/10/2009
Proc. E-12/020.329/2009
Fls: 113

"Em resposta à solicitação de fl. 95, (...) temos a informar que o transcrito (...) é a repetição dos argumentos despendidos pela Concessionária ao longo do processo. Portanto, a carta DIJIUR - E-3509/10, que fala nas adequações realizadas, cai por terra quando verificamos que essas adequações são Recorrentes.

No que se refere à correspondência DUUR-E-4076/10, entendemos que as considerações acima respondem ao transcrito na referida correspondência.

Por fim, reportamo-nos ao parecer da Procuradoria de fls.70/75 para consignar todas as respostas/considerações estampadas nas referidas manifestações da Delegatária."

Através do ofício AGENERSA/ASSESS/SR nº. 018/10⁹, de 31/01/11 a Concessionária foi instada a oferecer razões finais, em conformidade com o disposto no §2º, do Art. 50, da Resolução AGENERSA nº. 02, de 23/06/09, que forem julgadas cabíveis, dentro do prazo de 5 dias.

Através da correspondência DIJUR-E-0196/11¹⁰, de 07/02/11, a Concessionária, em resposta ao ofício AGENERSA/ASSESS/SR nº. 018/10, se serve da presente para tecer suas considerações:

"(...) Em atendimento ao ofício em referência, servimo-nos da presente para reiterar os termos do recurso interposto pela Concessionária em face da Deliberação AGENERSA nº. 591/10."

É o relatório.

Sérgio Raposo
Conselheiro-Relator.

⁹ Fl. 97

¹⁰ Fl. 102/103



AGENERSA

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

Processo nº.: E-12/020.329/2009

Autuação: 06/10/2009

Concessionária: CEG

Assunto: Termo de Notificação nº. 004/2009 – Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-0012/09.

Relato: 24 de fevereiro de 2011

AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 06/10/2009
Proc. E-12/020.329/2009
Fls: 114

VOTO

Trata-se de processo regulatório iniciado pelo Termo de Notificação nº. 004/09 e Relatório de Fiscalização nº. P-0012/09, de 30/09/09, referente a obras realizadas nas ruas Pompeu Loureiro, Paissandu, General Cristovão Barcelos e Pires de Almeida, o qual foi votado em Sessão Regulatória de 30/06/10, culminando com a Deliberação AGENERSA nº. 591/10, a qual reproduzo abaixo, em parte:

Art. 1º - Conhecer a defesa apresentada pela Concessionária CEG em face do Termo de Notificação nº. 004/2009, de 30/09/2009, negando-lhe provimento.

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,01% (um centésimo 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 no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-0012/09 e no Termo de Notificação nº. 004/2009.

Art.3º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007."

A CEG apresentou tempestivamente recurso contra essa Deliberação o qual descrevo, resumidamente, a seguir:

Inicialmente a Concessionária pleiteia a concessão de efeito suspensivo porque (...) 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 (...).

DATA: 06/10/2009

Proc. E- 12/020.329/2009

AGENERSA

Fls: 1159



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

Quanto ao mérito, a Concessionária entende que (...) *não há pertinência na aplicação da penalidade de multa, a uma porque todas as inadequações foram sanadas a tempo e, a duas, porque tal penalidade não se mostra razoável.*

Nas adequações realizadas pela Recorrente (...) *pode-se constatar que (...) ao tomar ciência da ocorrência de desconformidades, imediatamente procurou saná-las, cumprindo as determinações veiculadas nas normas mencionadas no referido Termo.*

(...) *Deste modo, requer essa Concessionária a revisão da decisão materializada na Deliberação 591/10, com a anulação da penalidade de multa determinada em seu art. 2º, julgando-se extinto o processo em decorrência da perda de objeto.*

Solicitada, a Procuradoria apresenta parecer, o qual apresento a seguir, em parte:

Inicialmente a Recorrente (...) *pede a concessão de efeito suspensivo ao seu recurso de fl. 60 e seguintes, apontando a relevância do tema discutido, a observância do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, bem como da eventual possibilidade de risco de perecimento de direito ou prejuízo para a boa execução do Contrato de Concessão (...).*

Analizando a peça de apelo, (...) *não me parece possível o seu acolhimento, já que, além de desacompanhados das necessárias justificativas e comprovações, não se conformam às hipóteses previstas no Art. 52, II do Decreto Estadual nº 31.896/2002.*

Do mérito, quanto às adequações realizadas pela Recorrente, a mesma assevera que (...) *ao tomar ciência da ocorrência das desconformidades, imediatamente procurou saná-las, cumprindo as determinações veiculadas nas normas mencionadas no referido Termo.*

No que tange o não cabimento da aplicação da penalidade e multa, (...) *repete a Recorrente nesse item da sua defesa que sanou as inadequações observadas, o que não a absolve, pois (...) é reincidente nesses atos, motivando o Conselho Diretor a aplicar penalidade multa (...) conforme acima assinalado.*

(...) *A Recorrente adentra ao mérito da questão, expondo as adequações realizadas, o não cabimento da aplicação da penalidade de multa, a violação ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade, requerendo ao final a anulação da multa imposta.*

O fato da Recorrente mencionar em sua (...) *peça de recurso, que as adequações foram realizadas, não inibe a AGENERSA de exercer seu papel legal, pois (...) a Recorrente descumpriu o Contrato de Concessão, e, se realizou as adequações necessárias à prestação do serviço adequado, nada mais fez que sua obrigação.*



AGENERSA

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

SECRETARIA DE ESTADO DO RIO DE JANEIRO - CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 06 / 10 / 2009
Proc. E- 12 / 020. 329 / 2009
Fls: 116

O Contrato de Concessão prevê que a violação de suas cláusulas resultará na imposição de penalidades. Isto porque, reconheceram as partes previamente, que esta seria uma medida necessária a impor a coerção da execução do contrato.

Portanto, de acordo com o exposto, nos presentes autos administrativos, entendemos que a penalidade de multa deva ser mantida, mantendo-se in totum, a Deliberação AGENERSA nº. 591/2010, em decorrência dos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-0012/09 e Termo de Notificação nº. 004/2009 de 30/09/2009."

A Concessionária apresentou suas considerações finais reiterando a argumentação anterior e concluindo, como abaixo:

"(...) Ante todo o exposto, considerando que ficou comprovada a realização das adequações dentro do prazo estabelecido para tanto, e que estão sendo desenvolvidas ações de fiscalização das empreiteiras, requer a Concessionária seja anulada a penalidade de multa imposta, por ser medida de extremo bom senso e justiça."

Mais uma vez a Concessionária insiste na tese de que, em realizando as adequações necessárias em suas obras, não há porque haver penalidade, mesmo sendo óbvio o fato de que se houve adequações por conta dos autos de infração emitidos pela AGENERSA é porque as infrações realmente ocorreram, caso contrário não haveria o que adequar.

Cabe à AGENERSA fiscalizar e, quando cabível, punir. No caso presente, temos a Concessionária como ré confessa. Não pode a Agência ignorar o fato, sem quebrar seu compromisso de defender todos os interesses envolvidos na Concessão. Portanto, acompanho os pareceres da CAENE e da Procuradoria para propor ao Conselho Diretor acatar o recurso proposto pela Concessionária, já que tempestivo, para no mérito negar-lhe provimento

Assim voto

Sérgio Raposo
Conselheiro-Relator.



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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 702

DE 24 DE FEVEREIRO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG – TERMO DE
NOTIFICAÇÃO Nº. 004/2009 – RELATÓRIO DE
FISCALIZAÇÃO CAENE Nº. P-0012/09.

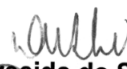
O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais
e regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. **E-12/020.329/2009**,
por **unanimidade**,

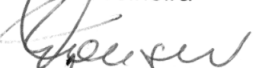
DELIBERA:

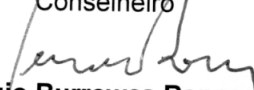
Art. 1º - Conhecer o recurso apresentado pela concessionária CEG, porque tempestivo, em
face da Deliberação AGENERSA nº. 591/2010, de 30/06/2010, para no mérito dar-lhe parcial
provimento, reformando a multa aplicada no Art. 2º para o percentual de 0,001% (um milésimo
por cento) do seu faturamento, nos últimos doze meses anteriores à prática da infração, com
base na Cláusula 10ª, do Contrato de Concessão, combinado como Art. 19, IV, da Instrução
Normativa AGENERSA/CD Nº 0012007, devido aos fatos apurados no Relatório de
Fiscalização CAENE Nº P-0012/09, e no Termo de Notificação Nº 004/2009. .

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

Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 2011.


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro-Relator

SE CÍVEL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 06/30/2009
Proc. E- 12/020.329/2009
Fls: 117