

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 705

DE 24 DE FEVEREIRO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG – RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-0015/10. TERMO DE NOTIFICAÇÃO Nº 0015/10 – FISCALIZAÇÃO DAS OBRAS DE CANALIZAÇÕES E/OU RAMAIS DE GÁS CANALIZADO. FISCALIZAÇÃO REALIZADA NO DIA 08/07/2010 NA RODOVIA PRESIDENTE DUTRA, KM 190 – SANTA CATARINA-QUEIMADOS/RJ.

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 -12/020.274/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária em face das Deliberações nº 626/10 e nº 665 /10, porquanto tempestivo, para no mérito dar-lhe parcial provimento, reduzindo a multa aplicada no artigo 1º da Deliberação 626/10 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 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o Art. 16, VIII, da Instrução Normativa AGENERSA/CD Nº 001/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº P-0015/2010, de 08 de julho de 2010 e no Termo de Notificação nº 015/2010, de 13 de julho de 2010.

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-Relator

SÉRGIO BURROWS RAPOSO

Conselheiro



Processo nº.: E-12/020.274/2010
Autuação: 14/07/10
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE P-0015/10 - Termo de Notificação nº 0015/10 - Fiscalização das obras de canalizações e/ou ramais de gás canalizado. Fiscalização realizada no dia 08/07/2010 na Rodovia Presidente Dutra, Km 190 - Santa Catarina - Queimados/RJ - Recurso à Deliberação AGENERSA nº 626/10.
Sessão Regulatória 24 de fevereiro de 2011

RELATÓRIO

O presente Processo Regulatório foi apreciado pelo Conselho-Diretor desta Agência, decorrendo daí as Deliberações nº 626/10¹ de 30/09/10 e nº 665/10² de 21/12/10, devidamente publicadas no Diário Oficial de 07/10/10 e 28/12/10, respectivamente.

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 626

DE 30 DE SETEMBRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG. RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE Nº P-015/2010. TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA Nº 015/2010. FISCALIZAÇÃO REALIZADA NO DIA 08/07/10, NA RODOVIA PRESIDENTE DUTRA, KM 190 – SANTA CATARINA – QUEIMADOS/RJ.

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-12/020.274/2010, por maioria,

DELIBERA:

Art. 1º - 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. 16. VIII, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE P-015/2010, de 08 de julho de 2010 e no Termo de Notificação nº 015/2010, de 13 de julho de 2010.

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

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 665

DE 21 DE DEZEMBRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG - RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-0015/2010. TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA Nº. 0015/2010. FISCALIZAÇÃO REALIZADA NO DIA 08/07/10, NA RODOVIA PRESIDENTE DUTRA, KM. 190 — SANTA CATARINA – QUEIMADOS/RJ.

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-12/020.274/2010, por maioria,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os embargos apresentados pela concessionária CEG, porque tempestivo, em face da deliberação AGENERSA nº. 626/2010, de 30/09/2010, para no mérito dar-lhe provimento parcial.

Art. 2º Retificar a deliberação AGENERSA nº. 626/10, acrescentando-lhe determinação à Secretaria Executiva para expedição de Auto de Infração, em conjunto com a CAPET – Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária e CAENE - Câmara Técnica de Energia, utilizando-se o IGP-M como índice de atualização para o cálculo da multa, que deverá incidir sobre o valor histórico do somatório do faturamento dos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração.

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



Antes de adentrar ao mérito do Recurso, cabe informar que a aludida deliberação foi proferida, com base na vistoria realizada no dia 08/07/10, em obra na Rodovia Presidente Dutra, Km 190, bairro de Santa Catarina, Queimados, Rio de Janeiro, as quais se encontram em desconformidade, conforme Relatório de Fiscalização CAENE P-0015/10.

No Relatório de Fiscalização CAENE P-0015/10 e Termo de Notificação nº 0015/2010, assinado pelo Gerente de Fiscalização da Câmara Técnica de Energia, foram verificadas as seguintes irregularidades: "(...) na obra de travessia de tubulação gás e respectiva ligação à Estação de Regulagem, obra que vem sendo executada pela empresa TDS Ltda: ausência de placa que deveria conter informações sobre o objeto da obra, empresa responsável pela obra, empresa executora da obra, número da licença concedida pela prefeitura, prazo de execução da obra e indicação do nome e telefone da AGENERSA, como órgão regulador e fiscalizador, e logomarca do Governo do Estado do Rio de Janeiro; constatação de que a maioria dos funcionários da empresa TDS trabalhavam sem luvas e capacetes e dois deles realizavam atos inseguros. (...) Tais fatos configuram descumprimento, principalmente, no contido nas normas NT-813-BRA, NT-215-BRA, Manual de Especificações de sinalização da CEG e Manual de Segurança para obras de construção da CEG e Deliberação AGENERSA N.º 023, 23/03/2006, conforme apontado no Relatório de fiscalização P-0015, de 13/07/2010."

Cabe informar que a Concessionária opôs Embargos contra a Deliberação AGENERSA nº 626/10 em 13/10/10, que lhe aplicou 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. Referida peça foi apreciada pelo órgão colegiado no sentido de conhecer os Embargos opostos, por tempestivos, para no mérito negar-lhes provimento (Deliberação nº 665/10), ratificando a referida Deliberação, e por fim determinando a expedição do auto de infração.

Não conformada com as referidas Deliberações, a Concessionária protocolizou o presente recurso em 05/01/11, sustentando em preliminar a sua tempestividade "(...) o art. 76 do Regimento Interno da Agência, alterado pela Resolução AGENERSA nº 002 de 23 de julho de 2009, determina que a interposição de Embargos conferem efeito suspensivo para cumprimento da decisão e **interruptivo para a interposição o Recurso.**" Acrescenta que o "(...) efeito interruptivo impõe o reinício da contagem do prazo e que a Deliberação AGENERSA n.º 665/2010 foi publicada no Órgão Oficial no dia 28 de dezembro de 2010 (terça-feira), o prazo de 10 dias para interposição do Recurso iniciou-se em 29 de dezembro de 2010 (quarta-feira) e terá seu término em 07 de janeiro de 2011 (sexta-feira)", razão pela qual "(...) indiscutível a tempestividade do mesmo." *[assinatura]*

Rufo

Em segunda preliminar, postula a Concessionária, a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso, para sobrestar os efeitos da Deliberação AGENERSA nº 626/10, justificando que "(...) no que tange à multa imposta em art. 1º, ante a necessidade de se conferir à Concessionária o direito ao exercício das garantias ao contraditório e ampla defesa, antes de se impor o encargo da multa, que poderá levar à eventual inscrição em dívida ativa, o que compromete a situação legal da Concessionária" e "(...) A necessidade de concessão de efeito suspensivo pode ser constatada na medida em que há um risco de prejuízo de difícil e incerta reparação, na forma do art. 77 § 2º do Regimento Interno da AGENERSA."

No mérito apresenta a Concessionária uma breve síntese dos fatos, informando que "(...) a aplicação de tal penalidade foi determinada em virtude do Conselho Diretor dessa AGENERSA ter entendido que a Concessionária, teria reincidido nos fatos apurados no Termo de Notificação." Sustenta a Recorrente 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, bem como seu montante não está adequado às normas aplicáveis ao caso."

Assevera que nas adequações por ela realizadas "(...) ficou cabalmente comprovado que todas as inadequações secundárias apontadas pelo Relatório de Fiscalização foram devidamente sanadas pela Recorrente, tendo sido feitas as devidas adequações na Av. Presidente Dutra, Km 190, no bairro de Santa Catarina, Queimados." Acrescentando 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."

Conclui a Concessionária 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." Por fim, requer "(...) a revisão da decisão materializada na Deliberação 626/10, com a anulação da penalidade de multa determinada em seu art. 1º, julgando-se extinto o processo em decorrência da perda de objeto."

Sustenta a Recorrente o não cabimento da aplicação da penalidade de multa, nos exatos termos do contrato de concessão, em especial, na cláusula décima - 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."

[Assinatura]

AGENERSAAgência Reguladora
de Energia e Saneamento Básico
do Estado do Rio de Janeiro**GOVERNO DO
Rio de
Janeiro**

Cita a Concessionária 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**" e que "(...) **A previsão contratual de apenas se impor penalidade nos casos em que a Concessionária permanecer inerte, demonstra a efetiva preocupação com o cumprimento da máxima "Regular antes de Penalizar", que deve ser sempre observada pelas Agências Reguladoras em geral.** Por fim "(...) 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 por meio do art. 1º da Deliberação 626/10".

Ainda no mérito, sustenta a Recorrente a violação ao Art. 20 da instrução normativa AGENERSA/CD 01/2007, com base no voto do Conselheiro-Relator, do qual extraio "(...) **Mais uma vez um processo trata da inobservância às regras contratuais e de posturas municipais relativas à realização de obras por empreiteiras contratadas pela Concessionária. Como a Concessionária vem apresentando um histórico coerente e consistente nesse mister, o que é comprovado pelas inúmeras penalidades que lhe tem sido aplicadas por este Conselho, até o momento, pelo menos, sem resultados palpáveis, acompanho os pareceres da CAENE e da Procuradoria para propor ao Conselho Diretor considerar a Concessionária responsável pelas inadequações constatadas e aplicar penalidade de multa no montante de 0.01% (um centésimo de um por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, devido aos fatos apurados no relatório de fiscalização objeto do presente processo**".

Para corroborar seu entendimento, cita a Concessionária o art. 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD 01/07:

"(...) Art. 20— Em se tratando de reincidência de infração que venha a ocorrer dentro do período de 12 (doze) meses subsequentes à lavratura do "Auto de Infração (AI)" referente à primeira ocorrência, o Conselho Diretor da AGENERSA decidirá em sede de processo regulatório instaurado para apreciação da infração recidiva, segundo os termos desta Instrução Normativa e desde que comprovada nos autos a culpa da Concessionária, sobre a adoção das seguintes providências:

I — aplicação da multa correspondente ao GRUPO 1, para os casos já punidos com ADVERTÊNCIA. (GN)"

Conclui que "(...) No caso em tela, não foi mencionada a infração anterior, que serviu de paradigma para a utilização do fundamento da reincidência." Requer a Concessionária que "(...) seja anulada a penalidade de multa imposta no art. 1º da Deliberação 626/10."

AGENERSAAgência Reguladora
de Energia e Saneamento Básico
do Estado do Rio de Janeiro**GOVERNO DO
Rio de
Janeiro**

Ainda no mérito, a Recorrente considera a violação ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade, argumentando que "(...) O que se pode observar é 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" e que **"(...) Ora, 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, acarretam 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. (...) Ademais, insta mencionar 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."**

Sustenta a Concessionária que "(...) Diante disso, temos que a penalidade aplicada pela Agência, em valores extremamente altos, que revertem em favor da própria Agência Reguladora, acabam por ter um efeito prático de verdadeiro confisco, por se tratar de forma de aquisição coativa da propriedade da entidade privada pelo Estado, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, senão:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 2.º E 30 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 constitucional federal. Ação julgada procedente. — STF - ADI 551 / RJ - DJ 14-02-2003 PP-00058 (GN)."

Assevera a recorrente que 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."**

Em sua conclusão, requer a Concessionária "(...) a esse E. Conselho Diretor que seja dado ao presente Recurso, revogando-se a Deliberação AGENERSA n.º 626/10, com a consequente anulação da multa imposta em seu art. 1º, na forma requerida ao longo deste Recurso, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua imposição."

Pela Resolução do Conselho Diretor Nº. 218, de 13/01/2011, conforme sorteio em reunião interna, o processo foi distribuído para a minha relatoria e encaminhado ao meu gabinete em 17/01/11. *[Assinatura]*



Autos encaminhados à procuradoria desta Agência, por minha assessoria, para o devido parecer jurídico quanto ao Recurso apresentado da Concessionária CEG.

Parecer jurídico da Procuradoria da lavra do Dr. Edson Vaz Borges às fls. 107/109, rebatendo as argumentações da Concessionária, destacando 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. (...) Nesse sentido, confira-se o entendimento do insigne doutrinador José dos Santos Carvalho Filho.*

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

Quanto ao mérito explana a Procuradoria *"(...) a recorrente reiteradamente vem infringindo o Contrato de Concessão carecendo em virtude disso de lhe ser aplicada as penalidades dispostas neste processo, não havendo ao art.20 da instrução normativa nº01/2007."*

Prossegue aduzindo 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. (...) A penalidade aplicada à Concessionária foi praticada de acordo com o instrumento concessivo, de forma criteriosa, observando o devido processo legal, cabendo tal prerrogativa ao Conselho Diretor da Agência Reguladora, segundo a Lei 4556/2005."* Acrescenta que *"(...) houve sim comprovação da culpabilidade da Concessionária, de acordo com o estabelecido nos autos."*

Assevera a Procuradoria que *"(...) 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 à 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."*

Por fim, conclui a Procuradoria que *"(...) de acordo com o disposto no processo administrativo em comento, recomendamos a manutenção in totum da Deliberação AGENERSA nº 626/10."*

Em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, foi expedido ofício AGENERSA/MF nº. 09/11 em 01/02/11, para a Concessionária apresentar suas considerações finais.

Às fls. 105/106, foi acostado ao presente processo a correspondência da Concessionária CEG DIJUR-E-0188/11 de 07/02/11, em resposta ao ofício AGENERSA/MF nº. 09/11, ratificando todas as considerações esposadas no processo regulatório.

É o relatório.

Moacyr Almeida Fonseca
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator



Processo nº.: E-12/020.274/2010
Autuação: 14/07/10
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE P-0015/10 - Termo de Notificação nº 0015/10 - Fiscalização das obras de canalizações e/ou ramais de gás canalizado. Fiscalização realizada no dia 08/07/2010 na Rodovia Presidente Dutra, Km 190 - Santa Catarina - Queimados/RJ - Recurso à Deliberação AGENERSA nº 626/10.
Sessão Regulatória 24 de fevereiro de 2011

VOTO

Trata-se de Processo Regulatório instaurado para analisar os apontamentos da Câmara Técnica de Energia, em seu Relatório de Fiscalização CAENE P-0015/10 e Termo de Notificação nº 0015/2010, na qual se constatou irregularidade na obra executada pela empresa TDS, prestadora de serviços da Concessionária, que realizava a travessia de tubulação de gás e a respectiva ligação à Estação de Regulagem.

Através das Deliberações nº 626/10¹ de 30/09/10 e nº 665/10² de 21/12/10, devidamente publicadas no Diário Oficial de 07/10/10 e 28/12/10, respectivamente, o

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 626

DE 30 DE SETEMBRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG. RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE Nº P-015/2010. TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA Nº 015/2010. FISCALIZAÇÃO REALIZADA NO DIA 08/07/10, NA RODOVIA PRESIDENTE DUTRA, KM 190 – SANTA CATARINA – QUEIMADOS/RJ.

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-12/020.274/2010, por maioria,

DELIBERA:

Art. 1º - 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. 16. VIII, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE P-015/2010, de 08 de julho de 2010 e no Termo de Notificação nº 015/2010, de 13 de julho de 2010.

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

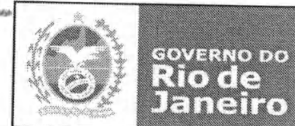
² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 665

DE 21 DE DEZEMBRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG - RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-0015/2010. TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA Nº. 0015/2010. FISCALIZAÇÃO REALIZADA NO DIA 08/07/10, NA RODOVIA PRESIDENTE DUTRA, KM. 190 — SANTA CATARINA – QUEIMADOS/RJ.

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-12/020.274/2010, por maioria,

DELIBERA:



Conselho-Diretor desta Agência entendeu pela aplicação de penalidade de multa à Concessionária, devido às irregularidades relacionadas à ausência de informações da obra e utilização de equipamentos de proteção dos funcionários que lá trabalhavam.

Não conformada com a aludida Deliberação, a Concessionária protocolizou Recurso em 05/01/11, sustentando em síntese, preliminar a sua tempestividade, a concessão de efeito suspensivo e, no mérito, sustenta a insubsistência da penalidade em razão de ter sanado as inadequações, violação do art. 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD 01/2007 e ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Por derradeiro, entende que *"(...) a penalidade aplicada pela Agência, em valores extremamente altos, que revertem em favor da própria Agência Reguladora, acabam por ter um efeito prático de verdadeiro confisco, por se tratar de forma de aquisição coativa da propriedade da entidade privada pelo Estado, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio"*.

Inicialmente, cabe informar que o Recurso foi protocolizado dentro do prazo regimental, considerado a publicação da Deliberação nº 665, no dia 28/12/10, e a apresentação do apelo no dia 05/01/11, porquanto tempestivo.

Quanto à referida concessão de efeito suspensivo, na mesma linha do parecer da Procuradoria desta Agência, entendo que além de desacompanhados das necessárias justificativas e comprovações, não se conformam às hipóteses previstas no § 2º, artigo 62, do Regimento Interno desta Casa. Ademais, não vislumbrei qualquer consequência prática de uma eventual concessão do efeito suspensivo, em razão da proximidade da presente sessão regulatória e da provável manutenção do posicionamento anterior.

Em relação à nulidade da Deliberação, em razão das adequações realizadas, reafirmo, como de outras tantas oportunidades, que, nos casos de efetiva verificação de irregularidades, ainda que sanadas após o recebimento do Termo de Notificação, como foi o caso em tela, constitui obrigação legal e contratual desta Agência aplicar à Concessionária a penalidade adequada à hipótese, sem prejuízo da correção das falhas encontradas, até porque, consiste em dever da delegatária, uma vez que a obrigação de prestar o serviço público adequado incide sobre a CEG desde a assinatura do Contrato de Concessão.

Art. 1º - Conhecer os embargos apresentados pela concessionária CEG, porque tempestivo, em face da deliberação AGENERSA nº. 626/2010, de 30/09/2010, para no mérito dar-lhe provimento parcial.

Art. 2º Retificar a deliberação AGENERSA nº. 626/10, acrescentando-lhe determinação à Secretaria Executiva para expedição de Auto de Infração, em conjunto com a CAPET – Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária e CAENE - Câmara Técnica de Energia, utilizando-se o IGP-M como índice de atualização para o cálculo da multa, que deverá incidir sobre o valor histórico do somatório do faturamento dos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração.

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

Equivoca-se, mais uma vez, a Concessionária em relação ao dispositivo contratual invocado - Cláusula DEZ - PENALIDADES³ - para afastar uma eventual punição, pois, caso a mesma deixasse de atender as determinações contidas no Relatório de Fiscalização e no Termo de Notificação, sua situação somente se agravaria, uma por descumprir requisitos de segurança que constitui sua obrigação e duas por desatender recomendações desta Agência.

No que diz respeito à violação ao artigo 20⁴ da Instrução Normativa, a Concessionária afirma que a fundamentação utilizada para aplicação da penalidade de multa foi a reincidência da Concessionária, entretanto, não informa qual seria a infração anterior em que teria reincidido.

Ocorre que a reincidência da conduta da Concessionária é notória, tanto é verdade que inúmeros processos deliberados nesta Agência, o Conselho-Diretor deliberou inicialmente, considerando a constatação de irregularidades da mesma natureza, pela aplicação de penalidade de advertência. No entanto, em razão de as advertências aplicadas não terem coibido a reincidência das infrações, imperioso se fez a aplicação da penalidade de multa.

Ademais, a conduta da Recorrente, infringiu Dispositivos do Contrato de Concessão, maculando a adequada prestação do serviço público, não se tornando sensato, após todas as advertências aplicadas e, a reincidência de casos idênticos permanecer com aquela penalidade.

Alega a Concessionária que não foram observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. No entanto, sua afirmação não apresenta sustentação, visto que guarda coerência com os dispositivos da Cláusula Dez do Contrato de Concessão, combinado com a Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007.

A Razoabilidade e a Proporcionalidade não são sinônimas, havendo quem considere a última espécie da primeira, embora haja quem entenda tratar-se do mesmo princípio. A Razoabilidade teria os seguintes elementos: adequação (capacidade ou aptidão da medida para atingir os objetivos pretendidos), necessidade (utilidade ou proveito da medida) e proporcionalidade (ponderação da relação existente entre os meios e os fins, ou entre os ônus e os benefícios). A Proporcionalidade visa estabelecer uma relação entre meio e fim, para que se torne possível o controle dos excessos. *[Assinatura]*

³ 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.

⁴ Art. Em se tratando de reincidência de infração que venha a ocorrer dentro do período de 12 (doze) meses subsequentes à lavratura do "Auto de Infração (AI)" referente à primeira ocorrência, o Conselho Diretor da AGENERSA decidirá em sede de Processo Regulatório instaurado para apreciação da infração recidiva, segundo os termos desta Instrução Normativa e desde que comprovada nos autos a culpa da Concessionária, sobre a adoção das seguintes providências:

I - aplicação da multa correspondente ao GRUPO I, para os casos já punidos com ADVERTÊNCIA;

A Deliberação foi aferida em harmonia com a postura normal adotada por esta Agência Reguladora, valorando toda a conduta da Concessionária no caso concreto, de forma equilibrada, moderada e harmônica, ou seja, correspondente ao senso comum e aos valores vigentes naquele momento.

Ainda restou amplamente comprovado nos autos a inobservância das obrigações da Concessionária, tornando-se a multa imposta adequada, exigível e proporcional às irregularidades detectadas.

Refuto, de forma veemente, a menção absolutamente equivocada, pela Concessionária, quanto à aplicação de penalidade pecuniária pela Agência com fins de mera arrecadação. Entendo como totalmente descabida e inoportuna.

Destaca-se que a aplicação de penalidade de multa teve com finalidade principal de servir como meio de coerção da Concessionária no sentido de melhorar sua fiscalização nas obras por ela realizadas.

Tanto é verdade que aquela decisão serviu como impulso para melhoria de seu serviço, como está sendo a postura recente da Concessionária demonstrada na palestra proferida aqui nesta Agência Reguladora, na adoção de medidas efetivas como o afastamento da prestadora de serviço, conforme informado no processo E-12/020.287/2010 e, principalmente, na filiação ao programa de qualificação às empresas prestadoras de serviços desenvolvido pelo SINDISTAL (Sindicato da Indústria de Instalações Elétricas, Gás, Hidráulicas e Sanitárias do Estado do Rio de Janeiro), que visa certificar as empresas que prestam serviços às Concessionárias de serviços públicos.

Desta feita, cumpriu esta Agência Reguladora, a finalidade essencial, que é a de aplicar a penalidade face ao descumprimento de cláusula contratual, decorrente do apurado grau de responsabilidade quando da prestação do serviço público inadequado.

Finalizando, entende-se que a aplicação da penalidade pelo Conselho-Diretor está em consonância com as particularidades do caso ora apreciado. Desta forma e, não reconhecendo nenhum amparo legal nem contratual nos argumentos trazidos pela Concessionária para a reforma da deliberação recorrida, sugiro ao Conselho Diretor desta Agência:

Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária em face das Deliberações nº 626/10 de 30/09/10 e nº 665/10 de 21/12/10, devidamente publicadas no Diário Oficial de 07/10/10 e 28/12/10, respectivamente, porquanto tempestivo, para no mérito negar-lhe provimento, mantendo na íntegra as deliberações recorridas.

É o voto.

Moacyr Almeida Fonseca
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator

000170
de reincidência
em lugar

AGENERSA

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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.274/2010

Data 14/07/10 Fls.: 117

Assinatura: *Rubfon*



GOVERNO DO
Rio de
Janeiro

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 705

DE 24 DE FEVEREIRO DE 2011.

*Concessionária CEG -
Relatório de Fiscalização CAENE P-0015/10 -
Termo de Notificação nº 0015/10 - Fiscalização
das obras de canalizações e/ou ramais de gás
canalizado. Fiscalização realizada no dia
08/07/2010 na Rodovia Presidente Dutra, Km
190 - Santa Catarina - Queimados/RJ*

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-12/020.274/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária em face das Deliberações nº 626/10 e nº 665/10, porquanto tempestivo, para no mérito dar-lhe parcial provimento, reduzindo a multa aplicada no artigo 1º da Deliberação 626/10 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 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 16. VIII, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE P-015/2010, de 08 de julho de 2010 e no Termo de Notificação nº 015/2010, de 13 de julho de 2010.

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
Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira

Moacyr Almeida Fonseca
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator

Sérgio Burrowes Raposo
Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro