

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1011

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1011 DE 29 DE FEVEREIRO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - Termo de Notificação AGENERSA nº002/2009.

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-12/020.317/2009, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1. Receber o recurso contra a Deliberação AGENERSA nº 949, de 20/12/2011, por ser tempestivo, e, no mérito, negar-lhe provimento mantendo-se incólume a Deliberação.

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

Rio de Janeiro, 29 de fevereiro de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro -Presidente

Darcilia Aparecida da Silva Leite

Conselheira

Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro - Relator

Sérgio Burrowes Raposo

Conselheiro

Processo nº: E- 12/020.317/2009
Autuação: 29/09/2009
Concessionária: CEG
Assunto: TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA
Nº 002/2009
Sessão Regulatória: 29 de fevereiro de 2012

RELATÓRIO

Trata-se de recurso protocolado pela Concessionária CEG¹ em face da Deliberação AGENERSA nº. 949, publicada no DOERJ em 30/12/2011².

Preliminarmente, a Concessionária registra a tempestividade da peça recursal³.

¹ Em 11/01/2012, às fls. 64/71.

² "DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 949 DE 20 DE DEZEMBRO DE 2011

CONCESSIONÁRIA CEG – TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA Nº 002/2009.

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 – 12/020.317/2009, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º. Aplicar à Concessionária CEG, a penalidade de multa no montante de 0,001% (um milésimo por cento) do faturamento nos últimos 12 meses anteriores a prática da infração, com base na cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 16, VIII, da Instrução Normativa nº 001/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº P – 0010/09, de 24/09/09 e no Termo de Notificação nº 002/2009, de 25/09/09.

Art. 2º. Determinar à SECEX, em conjunto com a CAPET- Câmara de Política Econômica e Tarifária e CAENE- Câmara de Energia, a lavratura do correspondente auto de infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 014/2010.

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

Rio de Janeiro, 20 de dezembro de 2011

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA – Conselheiro – Presidente Relator; DARCÍLIA APARECIDA DA SILVA LEITE – Conselheira; MOACYR ALMEIDA FONSECA – Conselheiro; ROOSEVELT BRASIL FONSECA – Conselheiro; SÉRGIO BURROWES RAPOSO – Conselheiro."

³ "(...) considerando-se que a Deliberação AGENERSA nº 949/2011 foi publicada no Órgão Oficial no dia 30/12/2011, o prazo de 10 dias para interposição do Recurso iniciou-se em 02/01/2012 e terá seu término em 11/01/2012."



Requer, ainda em preliminar, a concessão de efeito suspensivo para sobrestar os efeitos da Deliberação AGENERSA nº. 949/11 no que tange à multa imposta no art. 1º "(...) ante a necessidade de se conferir a 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."

Alega o risco de prejuízo de difícil e incerta reparação, conforme art. 77, § 2º, do Regimento Interno da AGENERSA e argumenta que a concessão de efeito suspensivo justifica-se em razão do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Afirma a necessidade da concessão de tal efeito, "(...) sob pena de configuração de um dano material considerável para a empresa, mesmo em caso de provimento do presente Recurso, uma vez que a inscrição na Dívida Ativa, ainda que por um breve período de tempo, podem prejudicar seriamente as atividades da Concessionária".

Além disso, aduz que "(...) a concessionária 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."

No mérito, faz breve síntese dos fatos para questionar o Relatório de Fiscalização CAENE P 0010/09, salientando que a penalidade pecuniária não seria cabível, uma vez que "(...) a Concessionária atendeu às solicitações estabelecidas conforme disposto na cláusula 10, inciso II, do Contrato Concessão."

Ressalta que assim que recebeu o TN CAENE nº. 002/2009 "(...) adotou todas as medidas cabíveis, sanando as irregularidades apontadas, conforme restou comprovado nos autos"; que, dessa forma, "(...) não caberia ao Conselho Diretor da AGENERSA aplicar a penalidade de multa, mas no máximo, poderia ter aplicado a penalidade de advertência."

Aduz que, de acordo com a cláusula Dez, II, do Contrato de Concessão, "(...) a aplicação de penalidades somente teria lugar quando a Concessionária deixasse de adotar a conduta determinada pela Agência, dentro do prazo estabelecido, se omitindo em seu dever de atuar, o que não se aplica ao caso em análise" e que "(...) é incabível a aplicação de qualquer penalidade por este fato, pois não houve qualquer descumprimento do Contrato de Concessão ou

[Handwritten signature]

de normas legais pela Concessionária, mormente considerando-se que o objeto do presente processo foi o de sanar supostas desconformidades em obras.”

Sustenta a desproporcionalidade e não razoabilidade da penalidade aplicada, inclusive porque “(...) não restou evidenciado nos autos qualquer prejuízo efetivo aos consumidores que residiam perto do local da obra” e, na conclusão de seus fundamentos, requer o provimento do presente Recurso, com a anulação da multa imposta no art. 1º da Deliberação AGENERSA nº. 949/11.

Pela Resolução do Conselho Diretor nº 276, de 24/01/2012, o recurso é sorteado para a minha relatoria e voto⁴.

Encaminhados os autos à Procuradoria para análise e parecer quanto ao pedido de efeito suspensivo e mérito do Recurso interposto, o jurídico sugere o não acolhimento do efeito suspensivo, uma vez que ausente é a “(...) probabilidade de ocorrência de perigo de dano irreparável à execução do contrato de concessão (...)” pois a Deliberação não oferece risco de lesão ao direito da recorrente, “(...) se coadunam com o princípio da prestação do serviço público adequado (...)” e “(...) não se vislumbra suspeita de ilegalidade dos respectivos atos administrativos normativos exarados por esta Autarquia (...)”.

No mérito, rechaça os fundamentos recursais, considerando que a Concessionária “(...) quer se isentar de responsabilidade quanto à penalidade aplicada, o que não se coaduna com as provas acostadas aos autos”; que o Contrato de Concessão disciplina com clareza as penalidades aplicáveis à CEG, entre elas a pena de multa; 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.”

Acrescenta que a penalidade foi praticada conforme o instrumento concessivo, “(...) observando o devido processo legal, cabendo tal prerrogativa ao Conselho Diretor da Agência Reguladora, segundo a lei 4556/2005”, e que houve “(...) comprovação da culpabilidade da concessionária, de acordo com o estabelecido nos autos.”

Tece comentários a respeito dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e opina pelo não provimento do Recurso, mantendo-se in totum a Deliberação nº. 949/2011, “(...) pois está de acordo com as normas legais e administrativas.”

No despacho de fl. 79, indeferi o efeito suspensivo pleiteado.

⁴ Cópia à fl. 72.



À fl. 80, o indeferimento foi comunicado à Concessionária, que foi instada a se manifestar no prazo de 10 (dez) dias⁵.

Em 10/02/2012, a CEG⁶ requer cópia do presente processo regulatório.

Pelo Ofício AGENERSA/SECEX nº 099 a Concessionária recebe, em 14/02/2012, cópia do inteiro teor dos autos em arquivo eletrônico.

Em 17/02/2012 a CEG apresenta suas razões para demonstrar seu inconformismo quanto a não concessão do efeito suspensivo e " (...) ratificar as considerações expostas no Recurso interposto pela Concessionária em face da Deliberação AGENERSA 949 de 20/12/2011 (...)".

É o relatório.


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro - Relator

⁵ e-mail AGENERSA/ASSESS/RB nº 13, de 07/02/2012, que enviou o link com o inteiro teor do processo à Concessionária; confirmação de leitura, em 07/02/2012, à fl. 81.

⁶ DIJUR - E - 343/2012.

Processo	E-12/020.317/2009
Autuação	29/09/2009
Concessionárias	CEG
Assunto	Termo de Notificação AGENERSA nº002/2009
Sessão Regulatória	29 de fevereiro de 2012

VOTO

O recurso ofertado pela Concessionária CEG impugna a Deliberação AGENERSA nº949, de 20/12/2011, uma vez que tal aplica-lhe penalidade de multa pecuniária, conforme abaixo transcrito:

"**DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 949** **DE 20 DE DEZEMBRO**
DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG – TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA
Nº002/2009.

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-12/020.317/2009, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à concessionária CEG, a penalidade de multa no montante de 0,001% (um milésimo por cento) do 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. 001/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-0010/09 de 24/09/09 e no Termo de Notificação nº. 002/2009, de 25/09/09.

Art. 2º - Determinar à SECEX em conjunto com a CAPET — Câmara de Política Econômica e Tarifária e CAENE — Câmara de Energia, a lavratura do correspondente auto de infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 014/2010.

[Assinatura]

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

A penalidade ocorreu porque a Concessionária deixou de observar normas técnicas de procedimento durante a realização de suas obras de emergência e manutenção de redes na rua Marechal Floriano, nº79 ao 235, Centro, e também na rua Joaquim Palhares, bairro Estácio, e também na rua Felício dos Santos, no bairro Santa Teresa, todos no Município do Rio de Janeiro, tendo sido lavrado o relatório de fiscalização nºP-0010/09, e termo de notificação nº002/2009.

Entendo que as razões recursais apresentadas pela Concessionária CEG não conduzem para reforma da decisão do Conselho Diretor desta Agência Reguladora.

A Recorrente, em suas razões recursais, tece argumentos defensivos de que adotou as providências necessárias para sanar as irregularidades após o recebimento da notificação formulado pela AGENERSA e por isso não poderia sofrer penalidade de multa.

Transcrevo parte do voto do Conselheiro José Bismarck, que foi o voto condutor da decisão do CODIR, uma vez que não foi efetivamente vencido pelas razões recursais da Concessionária CEG:

"... No mérito, apesar de estarem sanadas as irregularidades apontadas no Relatório de Fiscalização, não pude deixar de constatar o descumprimento contratual pela Impugnante.

*O Contrato de Concessão, em sua Cláusula Primeira, §3º, prevê que os serviços prestados pela Concessionária deverão obedecer alguns princípios, tais como: eficiência, regularidade, continuidade, segurança e qualidade. **Princípios estes que não foram observados pela CEG.***

Ademais, se assim fosse, sempre que constatadas irregularidades por parte da Concessionária, e logo em seguida fossem as mesmas sanadas, sem aplicação da penalidade devida, configurar-se-ia notória impunidade. ..."

Resta claro que o fato que mereceu punição foi a falta de zelo e segurança na realização dos serviços de obras feitos pela Concessionária, sem qualquer argumento minimamente plausível pela Concessionária para tanto.

A multa aplicada não foi excessiva, nem desproporcional, pois está prevista contratual e legalmente.

pd.

A penalidade aplicada está dentro dos limites conferidos à esta Agência Reguladora, tendo sido o ato praticado com respeito as normas legais e contratuais. Na mesma linha posiciona-se a Procuradoria da AGENERSA:

" ... 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, pois, do presente Auto de Infração.

... 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.

A penalidade aplicada à Concessionária foi 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.

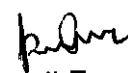
Ademais, houve sim comprovação da culpabilidade da Concessionária, de acordo com o estabelecido nos autos. ..."

Por tais razões, entendo por não prosperar o recurso da Concessionária.

Do exposto, proponho ao Conselho Diretor:

- 1) Receber o recurso contra a Deliberação AGENERSA nº 949, de 20/12/2011, por ser tempestivo, e, no mérito, negar-lhe provimento mantendo-se incólume a Deliberação.

Assim voto.


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator

AGENERSA

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

Serviço Público Estadual

Processo E-12/020.317 / 2009

29 / 09 / 2009 Fls. 96

R. n. 10



DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº

CONCESSIONÁRIA CEG - Termo de
Notificação AGENERSA nº002/2009.

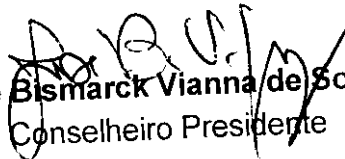
O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E
SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no
uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no
Processo Regulatório E-12/020.317/2009, por unanimidade.

DELIBERA:

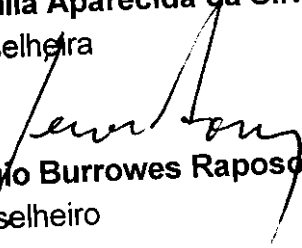
Art. 1º. Receber o recurso contra a Deliberação AGENERSA nº 949, de
20/12/2011, por ser tempestivo, e, no mérito, negar-lhe provimento mantendo-
se incólume a Deliberação.

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

Rio de Janeiro, 29 de fevereiro de 2012.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro Presidente


Darcília Aparecida da Silva Leite
Conselheira


Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro

Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator