



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: 16/03/2010

Proc. E- 12/020.088/2010

Fls. 97

Processo n.º: E-12/020.088/2010
Autuação: 16/03/2010
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE P-0003/10.
Termo de Notificação AGENERSA 001/2010.
Relato: 30 de novembro de 2010

RELATÓRIO

Trata-se de processo regulatório iniciado através da CI CAENE n.º. 21/10¹, de 15/03/10, baseado no relatório de fiscalização CAENE P-0003/10² – Termo de Notificação n.º. 001/10³, de 11/03/10, – Instrução Normativa AGENERSA CD n.º. 01/2007. O referido processo foi relatado e votado em Sessão Regulatória realizada em 31/08/10, dando origem à deliberação AGENERSA n.º. 615/10, deliberação esta publicada no DOERJ, de 13/09/10:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,05% (cinco 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 AGENERSA/CD n.º. 01/2007, devido à reincidência aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE n.º. P-0003/2010, de 02 de março de 2010, e no Termo de Notificação n.º. 01/2010, de 11 de março de 2010.

A CEG, em 20/09/10, protocolizou nesta AGENERSA, tempestivamente, seu embargo, o qual descrevo resumidamente a seguir:

“(…) Conforme dispõe o artigo 61 do Regulamento da AGENERSA, são cabíveis os Embargos nos casos em que se verificar a ocorrência, nas decisões do Conselho-Diretor, de inexatidões materiais, contradições, omissões e/ou obscuridades, entre a decisão e seus fundamentos.

Na Deliberação AGENERSA n.º 615/10 pode-se verificar a presença de inexatidão material, bem como omissão, o que compromete a compreensão adequada da questão e impede a perfeita execução do ato emanado, conforme buscaremos

¹ Fl. 11

² Fl. 03/08

³ Fl. 09



DATA: 16 / 03 / 2010

AGENERSA

Proc. E-12/020.088/2010

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

Fls. 98

delinear nas presentes razões, comprovando, assim, a perfeita conveniência da oposição destes embargos.

Quanto ao mérito, a Concessionária pondera que "(...) após a leitura e análise da presente deliberação, observou-se a existência de um erro material na ementa da deliberação, bem como em seu Art. 1º.

No caso em tela, (...) a Concessionária foi notificada através do Termo de Notificação nº 001/2010.

Ocorre que na deliberação nº 615/10 é citado o termo de notificação nº 01/2010, o que não corresponde à numeração correta, eis que o número de autuação do termo é composto por três dígitos e não apenas dois, conforme constou da deliberação.

(...) considerando a existência de erro material na deliberação, visam os presentes embargos buscar a sanatória da questão, com a republicação da deliberação ora embargada, para que passe a constar a numeração de três dígitos, conforme consta do processo regulatório, tanto na ementa quanto no artigo 1º da deliberação em foco.

No que tange a inexistência de determinação para lavratura do auto de infração, constata a Concessionária que "(...) o Conselho Diretor, apesar de ter aplicado penalidade à Concessionária, não determinou a respectiva lavratura do auto de infração, o que inquina o ato de verdadeira nulidade.

De acordo com a Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2001 de 04 de setembro de 2007, temos que:

"Art. 8º - Se, da apreciação do mérito, o Conselho-Diretor da AGENERSA decidir, nos autos do processo regulatório instaurado na forma do Art. 7º que a Concessionária efetivamente incorreu em infração, nos termos da lei e/ou dos Contratos de Concessão, determinará que a Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica, a aplicação da pena cominada, por meio da lavratura de Auto de Infração."

(...) no caso em tela, apesar de ter imposto penalidade de multa, o Conselho Diretor omitiu-se quanto às determinações referentes à lavratura do respectivo Auto de Infração, de modo que a falta de menção ao órgão competente para esse ato inquina a decisão de nulidade que deve ser sanada, sob pena de ineficácia do ato administrativo.

Assim, visando a evitar que, futuramente, seja constatada a existência de vício formal no auto de infração, devem ser os presentes embargos providos, retificando-se a deliberação 615/2010 para que passe a constar corretamente o órgão que será responsável pela lavratura do auto de infração correspondente.



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: 16/03/2010

Proc. E-12/020.088/2010

Fls. 99A

Ao final do seu embargo, a Concessionária conclui que: *“Em vista de todo o exposto, requer a Embargante sejam acolhidas as razões acima suscitadas, com o conhecimento dos presentes embargos.*

No mérito, requer a Embargante a esse (...) Conselho Diretor, o acolhimento dos (...) Embargos, no que tange à supressão da inexistência material, bem como da omissão ora apontadas, o que se constitui medida de extremo bom senso e justiça.”

Em 21/09/10, o processo retorna ao meu gabinete, após o decurso do prazo regimental.

Ainda em 21/10/10, o presente processo é encaminhado à Procuradoria desta AGENERSA para análise e pronunciamento quanto aos embargos acostado às fls. 75/78 dos autos. Às fls. 82/86 a Procuradoria oferece seu parecer, como segue:

“Alega a Concessionária (...) que na Deliberação nº. 615/2010 é citado o Termo de Notificação nº. 01/2010, não correspondendo à numeração correta, eis que o nº. de autuação do Termo é composto de três dígitos e não apenas dois, conforme constou da Deliberação. Importa dizer que trata-se de um zero à esquerda, que em nada modifica o instrumento, que, em razão da instrumentalidade dos atos, é válido.

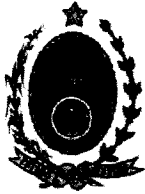
Por outro lado, em homenagem ao princípio processual da instrumentalidade das formas (Art. 154 e 244 do CPC) segundo o qual “os atos processuais solenes são considerados válidos ainda que praticados por forma diversa da prescrita em lei, desde que alcance sua finalidade essencial”, é válido enfatizar que, não merecem prosperar as alegações trazidas pela Concessionária, pois verifica-se que os citados instrumentos cumpriram a finalidade essencial, que é a de relatar as inadequações encontradas, bem como notificar a Concessionária quanto à aplicação de penalidade, decorrente do apurado grau de responsabilidade quando da prestação do serviço público inadequado.

Dessa forma, os supostos vícios suscitados pela Concessionária, quando comparados com a finalidade essencial do auto de infração, não têm o condão de ensejar a republicação da deliberação, pois, conforme assinalado, há pleno conhecimento dos exatos termos do documento.

Observa-se (...) que o termo de notificação impugnado se coadunam com a finalidade pública de realização do, interesse coletivo, elemento primacial de formação do ato administrativo⁴.

No processo, houve todo um procedimento de convencimento dos fatos geradores da pena aplicada à embargante, com ampla defesa utilizada por ela.

⁴ FI. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 32ª edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 152



DATA: 16/03/2010

AGENERSA Proc. E- 12/020.088/2010

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

Para agir, o Administrador deve imperiosamente fazê-lo movido pelo interesse público, expressando os motivos pertinentes à sua decisão, contidos nos fatos, bem como a fundamentação legal dos mesmos, contida no Direito:

"Por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato (motivos-pressupostos) e de direito (motivos determinantes da Lei). (Rafael Bielsa in Compendio de Derecho Publico, Buenos Aires, 1952, II/27)". (Grifos no original).

Entretanto, várias são as formas pelas quais podem estar fundamentadas as decisões administrativas, conforme observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

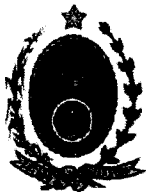
"A motivação, em regra, não exige formas específicas, podendo ser ou não concomitante com o ato, além de ser feita, muitas vezes, por órgão diverso daquele que proferiu a decisão. Frequentemente, a motivação consta de pareceres, informações, laudos, relatórios feitos por outros órgãos, sendo apenas indicados como fundamento da decisão. Neste caso, eles constiuem a motivação do ato, dele sendo parte integrante." (Direito Administrativo, pg 83, 14 ed., Editora Atlas). (Grifos no original).

Ainda, segundo os ensinamentos de José dos Santos de Carvalho Filho:

"(...) sem a expressa menção da norma legal não se pode açodadamente acusar de ilegal ato que não tenha formalmente suas razões, até porque estas poderão estar registradas em assentamento administrativo diverso do ato, acessível a qualquer interessado (...) (Manual de Direito Administrativo, pg. 83, 6ª ed., Editora Lumen Juris)." (Grifos no original).

(...) a decisão administrativa resulta de uma série de atos que a antecederam e, assim, motivam e legitimam a apreciação final do administrador. Desta forma, quando o Conselho-Diretor desta Agência, for prolatar a deliberação, o fará com base em todo o conteúdo do presente processo regulatório.

No que concerne à determinação do Conselho-Diretor para a aplicação de multa e da falta de menção do órgão competente para o ato de aplicação da sanção, importante assinalar que (...) o Art. 23, item XX, da competência à Secretaria Executiva na expedição de AI (...) **em conjunto com as Câmaras Técnicas.** (Grifos no original).



AGENERSA

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

Isto posto, (...) devam os embargos ser rejeitados, não existindo a nosso ver, diante das razões expostas, inexatidão material e tampouco omissão na deliberação AGENERSA n2 615/2010, devendo a mesma ser mantida.

Através do ofício AGENERSA/ASSESS/SR nº. 105/10⁵, de 08/10/10 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 úteis.

Através da correspondência DIJUR-E-3754/10⁶, de 19/10/10, a Concessionária, em resposta ao ofício AGENERSA/ASSESS/SR nº. 105/10, serve-se da presente para tecer suas considerações:

“Em atendimento ao ofício em referência, servimo-nos da presente para reiterar os termos dos embargos oferecidos em face da deliberação AGENERSA nº. 615/10..

Cumprе esclarecer que a Concessionária alega (...), nos mencionados embargos que a deliberação AGENERSA nº 628/2010 apresenta inexatidões materiais, tendo em vista que a numeração do termo de notificação e do relatório de fiscalização consta errada e o nome da rua, na qual foi realizada a fiscalização da CAENE, também foi escrita de forma errada.

Aproveitamos (...) para ratificar todas as considerações esposadas no (...) processo e pugnar pelo julgamento dos (...) embargos (...) para que seja suprida a inexatidão material, bem como as omissões apontadas em relação à deliberação AGENERSA nº. 615/10.

É o relatório.


Sérgio Raposo
Conselheiro-Relator.

SECRETARIA DE SUPLENDA DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DATA: 16/03/2010

Proc. E- 12/020.088 / 2010

Fls: 303

⁵ Fl. 87

⁶ Fl. 93/94



AGENERSA

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

Processo n.º: E-12/020.088/2010
Autuação: 16/03/2010
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE P-0003/2010.
Termo de Notificação AGENERSA 001/2010.
Relato: 30 de novembro de 2010

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

DATA: 16 / 03 / 2010

Proc. E-12 / 020.088 / 2010

Fls. 102

VOTO

Trata-se de processo regulatório iniciado através da CI CAENE n.º. 21/10, de 15/03/10, baseado no relatório de fiscalização CAENE P-0003/10 – Termo de Notificação n.º. 001/2010 de 11/03/10, – Instrução Normativa AGENERSA CD n.º. 01/2007. O referido processo foi relatado e votado em Sessão Regulatória realizada em 31/08/10, dando origem à deliberação AGENERSA n.º. 615/10, a qual reproduz em parte:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,05% (cinco 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 AGENERSA/CD n.º. 01/2007, devido à reincidência aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE n.º. P-03/2010, de 02 de março de 2010, e no Termo de Notificação n.º. 01/2010, de 11 de março de 2010.

A CEG, em 20/09/10, protocolizou nesta AGENERSA, tempestivamente, embargo, o qual transcrevo, resumidamente a seguir:

"(...) Conforme dispõe o artigo 61 do Regulamento da AGENERSA, são cabíveis os Embargos nos casos em que se verificar a ocorrência, nas decisões do Conselho Diretor, de inexactidões materiais, contradições, omissões e/ou obscuridades, entre a decisão e seus fundamentos.

Na Deliberação AGENERSA n.º. 615/10 pode-se verificar a presença de inexactidão material, bem como omissão, o que compromete a compreensão adequada da questão e impede a perfeita execução do ato emanado, conforme buscaremos delinear nas presentes razões, comprovando, assim, a perfeita conveniência da oposição destes embargos.

DATA: 16/03/2010

AGENERSA Proc. E- 12/020.088/2010

Fls. 103



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

Quanto ao mérito, a Concessionária pondera que "(...) após a leitura e análise da presente deliberação, observou-se a existência de um erro material na ementa da deliberação, bem como em seu Art.1°.

No caso em tela, (...) a Concessionária foi notificada através do Termo de Notificação nº 001/2010.

Ocorre que na deliberação nº 615/10 é citado o termo de notificação nº 01/2010, o que não corresponde à numeração correta, eis que o número de autuação do termo é composto por três dígitos e não apenas dois, conforme constou da deliberação.

(...) considerando a existência de erro material na deliberação, visam os presentes embargos buscar a sanatória da questão, com a republicação da deliberação ora embargada, para que passe a constar a numeração de três dígitos, conforme consta do processo regulatório, tanto na ementa quanto no artigo 1° da deliberação em foco.

No que tange a inexistência de determinação para lavratura do auto de infração, constata a Concessionária que "(...) o Conselho Diretor, apesar de ter aplicado penalidade à Concessionária, não determinou a respectiva lavratura do auto de infração, o que inquina o ato de verdadeira nulidade. (...) No caso em tela, apesar de ter imposto penalidade de multa, o Conselho Diretor omitiu-se quanto às determinações referentes à lavratura do respectivo auto de infração, de modo que a falta de menção ao órgão competente para esse ato inquina a decisão de nulidade que deve ser sanada, sob pena de ineficácia do ato administrativo.

Assim, visando a evitar que, futuramente, seja constatada a existência de vício formal no auto de infração, devem ser os presentes embargos providos, retificando-se a deliberação nº. 615/2010 para que passe a constar corretamente o órgão que será responsável pela lavratura do auto de infração correspondente (...).

Instada, a Procuradoria da AGENERSA apresentou parecer, como segue, em parte:

"Alega a Concessionária (...) que na Deliberação nº. 615/2010 é citado o termo de notificação nº. 01/2010, não correspondendo à numeração correta, eis que o nº. de autuação do termo é composto de três dígitos e não apenas dois, conforme constou da Deliberação. Importa dizer que trata-se de um zero à esquerda, que em nada modifica o instrumento, que, em razão da instrumentalidade dos atos, é válido.

Por outro lado, em homenagem ao princípio processual da instrumentalidade das formas (Art. 154 e 244 do CPC) segundo o qual "os atos processuais solenes são considerados válidos ainda que praticados por forma diversa da prescrita em lei, desde que alcance sua finalidade essencial", é válido enfatizar que, não merecem prosperar as alegações trazidas pela Concessionária, pois verifica-se que os citados instrumentos cumpriram a finalidade essencial, que é a de relatar as inadequações

DATA: 16/03/2010

AGENERSA Proc. E- 12/020.088/2010



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

encontradas, bem como notificar a Concessionária quanto à aplicação de penalidade, decorrente do apurado grau de responsabilidade quando da prestação do serviço público inadequado.

Dessa forma, os supostos vícios suscitados pela Concessionária, quando comparados com a finalidade essencial do ato de infração, não têm o condão de ensejar a republicação da deliberação, pois, conforme assinalado, há pleno conhecimento dos exatos termos do documento.

Observa-se (...) que o termo de notificação impugnado se coadunam com a finalidade pública de realização do interesse coletivo, elemento primacial de formação do ato administrativo. No processo, houve todo um procedimento de convencimento dos fatos geradores da pena aplicada à embargante, com ampla defesa utilizada por ela.

No que concerne à determinação do Conselho Diretor para a aplicação de multa e da falta de menção do órgão competente para o ato de aplicação da sanção, importante assinalar que (...) o Art. 23, item XX, da competência à Secretaria Executiva na expedição de AI (...) em conjunto com as Câmaras Técnicas.

Isto posto, (...) devam os embargos ser rejeitados, não existindo a nosso ver, diante das razões expostas, inexistência material e tampouco omissão na deliberação AGENERSA n2 615/2010, devendo a mesma ser mantida.

Em suas considerações finais a Concessionária não trouxe novos fatos aos autos, limitando-se a reiterar seus argumentos anteriores.

Em resumo, é inegável que houve discrepância na apresentação dos dígitos que compõem o número do Relatório de Fiscalização CAENE n°. P-0003/10, de 02 de março de 2010, e no Termo de Notificação n°. 001/10, de 11 de março de 2010. Houve uma economia de zeros. De zeros à esquerda. Isto me faz lembrar mesmo o dito popular quando se deseja menosprezar uma pessoa ou fato de fazer referência de "Ah.... isso é um zero à esquerda." Ou seja, alguma coisa sem a menor importância.

No caso em discussão, note-se que a falta dos zeros habituais não mudou a ordem dos instrumentos em qualquer listagem nem levou a qualquer possível confusão, vez que não existem autos ou notificações "competidoras", ou seja, outros instrumentos para os quais esta falta de zeros pudesse comprometer a identificação. Por exemplo, a BR que liga Rio de Janeiro a Belo Horizonte é a BR 040, porém se algum caminhoneiro com maior intimidade com esta importante rodovia, referir-se a ela, ao comentar com um colega seu bom estado de conservação, falando da BR 40, não ensejará qualquer dúvida, pois não há formalmente uma BR 40 que "competisse" no entendimento do interlocutor sobre qual rodovia se está falando.



Fis: 105
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Entendo mesmo que a Concessionária no presente caso deseja somente postergar a incidência da multa cominada, através de todos os meios ao seu alcance. Trata-se de proposta protelatória: o provimento do embargo referente à numeração dos instrumentos em nada mudaria seus conteúdos nem seus efeitos, apenas, pela almejada retificação e republicação implicaria em ganho de tempo.

Quanto à discussão da ordem dos fatores quando da imposição de autos de infração pela SECEX ou não ou por quem quer que seja que esteja representando a decisão do Conselho Diretor, trata-se de matéria recorrente sobre a qual esta Agência tem jurisprudência pacífica, a de que, como no entendimento de nossa Procuradoria "(...) o Art. 23, item XX, do Contrato de Concessão dá competência à Secretaria Executiva na expedição de AI (...) em conjunto com as Câmaras Técnicas."

Também aqui, vejo a clara intenção de procrastinar a implantação das decisões deste Conselho, como emanadas na notificação ora sob embargos.

Assim, acompanho o parecer de nossa Procuradoria e proponho ao Conselho Diretor:

1. Conhecer os embargos apresentados pela Concessionária CEG, já que foram tempestivos, para no mérito negar-lhes provimento.
2. Ratificar a Deliberação AGENERSA nº 615/10, em seu inteiro teor.
3. Determinar à Secretaria Executiva a expedição de Auto de Infração, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, utilizando-se o IGPM como índice de atualização para cálculo da multa, que deverá incidir sobre o valor histórico do somatório do faturamento dos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração.

Assim voto


Sérgio Raposo
Conselheiro-Relator.



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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. *648*

DE 30 DE NOVEMBRO DE 2010.

**CONCESSIONÁRIA CEG – RELATÓRIO DE
FISCALIZAÇÃO CAENE P-0003/2010. 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, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/020.088/2010,
por unanimidade,**

DELIBERA:

**Art. 1º - Conhecer os 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 do Auto de Infração, em conjunto com a
Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, 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. 4º. - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2010.

[Signature]
José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro-Presidente

[Signature]
Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira

[Signature]
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro

[Signature]
Sérgio B. Raposo
(Conselheiro-Relator)

SECRETARIA DE DEFESA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DATA: *30/03/2010*

Proc. E- *12/020.088/2010*

Fls: *306*