



AGENERSA

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

Processo nº.: E-12/020.274/2010
Autuação: 14/07/2010
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE P-0015/10.
Termo de Notificação AGENERSA 0015/10.
Fiscalização realizada no dia 08/07/2010, na
Rodovia Presidente Dutra, Km. 190 – Santa
Catarina - Queimados/RJ.
Relato: 21 de dezembro de 2010

SA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 14/07/2010
Proc. E- 12/020 274/2010
Fls: 73

RELATORIO

Trata-se de processo regulatório iniciado através da CI CAENE nº. 074/10¹, de 15/07/10, baseado no Relatório de Fiscalização CAENE P-0015/10², de 08/07/10, e Termo de Notificação nº. 0015/10³, de 13/07/10, o qual refere-se à vistoria realizada no dia 08/07/10, em obra realizada na Rodovia Presidente Dutra, Km 190.

O referido processo foi relatado e votado em Sessão Regulatória realizada em 30/09/10, dando origem à deliberação AGENERSA nº. 626/10⁴, deliberação esta publicada no DOERJ, de 07/10/10:

“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. 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. 0015/2010, de 13 de julho de 2010.

A CEG, em 13/10/10, protocolizou nesta AGENERSA, tempestivamente, seu embargo, o qual descrevo resumidamente a seguir:

¹ Fl. 10
² Fl. 03/07
³ Fl. 08
⁴ FL. 51



DATA: 31/07/2010

AGENERSA Proc. E-12/020.274/2010

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

"(...) 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°. 626/10 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 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.1°.

No caso em tela, (...) a Concessionária foi notificada através do Termo de Notificação n° 0015/2010 e Relatório de Fiscalização CAENE n°. P-0015/2010.

Ocorre que na deliberação n° 626/10 é citado o termo de notificação n° 015/2010 e Relatório de Fiscalização n°. P-015/2010, o que não corresponde à numeração correta, eis que o número de autuação do termo, bem como do relatório, são compostos por quatro dígitos e não apenas três, 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 quatro 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.

De acordo com a Instrução Normativa AGENERSA/CD n° 001/2001, de 04 de setembro de 2007, temos que:

"Art. 8° - Se, da apreciação do mérito, o Conselho-Diretor da AGENERSA decidir, nos autos do processo regulatório instaurado na forma do Art. 7°, 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, aplique a pena cominada, por meio da lavratura de Auto de Infração."



AGENERSA

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

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
DATA: 04/10/2010
Proc. E- 32/020.274/2010
Fls. 75

(...) 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 inquinou 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 626/2010 para que passe a constar corretamente o órgão que será responsável pela lavratura do auto de infração correspondente.

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 inexatidão material, bem como da omissão ora apontadas, o que se constitui medida de extremo bom senso e justiça."

Em 18/10/10, o processo retorna ao meu gabinete, após o decurso do prazo regimental.

Em 21/10/10, o presente processo é encaminhado à Procuradoria desta AGENERSA para análise e pronunciamento quanto aos embargos acostado às fls. 55/58 dos autos. Às fls. 62/63 a Procuradoria oferece seu parecer, como segue:

"Alega a Concessionária (...) a existência de inexatidão material em razão dos números correspondentes ao Termo e Relatório de Fiscalização serem compostos de quatro dígitos e não três, conforme estampados. Os erros materiais apresentados na ementa e no artigo 1º da deliberação citada, em nada modificam o conteúdo dos respectivos Termo e Relatório de Fiscalização.

Por outro lado, em homenagem ao princípio processual da instrumentalidade das formas (Art's. 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 dos instrumentos – Relatório de Fiscalização e Termo de Notificação - não têm o condão de ensejar qualquer tipo de confusão



DATA: 04/07/2010

AGENERSA Proc. E- 12/020.274/2010

Fls: 76 A

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

quanto ao entendimento exposto nos mesmos, que desaguaram na ementa e no artigo 1º da deliberação em comento (...).

Observa-se (...) que tanto o Termo de Notificação quanto o Relatório de Fiscalização, se coadunam com a finalidade pública de realização do interesse coletivo, elemento primacial de formação do ato administrativo⁵.

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).

Portanto, (...) opinamos pelo não acolhimento dos embargos apresentados, mantendo "in totum" a deliberação AGENERSA nº. 626/2010.

Através do ofício AGENERSA/ASSESS/SR nº. 132/10⁶, de 04/11/10 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-3903/10⁷, de 11/11/10, a Concessionária, em resposta ao ofício AGENERSA/ASSESS/SR nº. 132/10, serve-se da presente para tecer suas considerações:

"Em atendimento ao ofício em referência, servimo-nos da presente para reiterar os termos dos embargos acostados às fls. 55/58, e apresentar as seguintes considerações em relação ao parecer apresentado pela Procuradoria da AGENERSA.

Cumprе esclarecer que a Concessionária alega (...), nos mencionados embargos que a deliberação AGENERSA nº 626/2010 apresenta inexatidões materiais, tendo em vista que as numerações do termo de notificação e do relatório de fiscalização constam erradas.

Todavia, a Procuradoria se equivoca em seu parecer, tendo em vista que a agência tem o poder-dever de corrigir os erros materiais apontados pela Concessionária, posto que a deliberação embargada traz os dados de forma diferente do que foi exposto no Termo de Notificação e no Relatório de Fiscalização, que farão parte da descrição dos fatos, quando da lavratura do auto de infração correspondente à sanção aplicada, o que poderá desencadear a nulidade do ato.

⁵ FI. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 32ª edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 152

⁶ FI. 64

⁷ FI. 70/72



AGENERSA

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

S. P. ... CASA CIVIL
AGENERSA ... Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 31/07/2010
PROG: E-12/020.274/2010
Fls: 77

(...) se não for sanada a omissão apontada pela embargante, em havendo a expedição de auto de infração pela Secretaria Executiva referente à penalidade aplicada no presente processo, este será nulo de pleno direito, vez que o mencionado órgão só tem a competência de lavrar auto de infração, sem a determinação expressa do Conselho Diretor no caso de atraso no pagamento da taxa de regulação (Art. 9º da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007)

Assim, os embargos opostos pela Concessionária devem ser acolhidos para que sejam sanadas as inexistências materiais e omissões apontadas.

É o relatório.


Sérgio Raposo
Conselheiro-Relator.



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: 14 / 07 / 2010

Proc. E- 12 / 020 . 274 / 2010

Fls: 78

Processo nº.: E-12/020.274/2010

Autuação: 14/07/2010

Concessionária: CEG

Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE P-0015/10.
Termo de Notificação AGENERSA 0015/10.
Fiscalização realizada no dia 08/07/2010, na
Rodovia Presidente Dutra, Km. 190 – Santa
Catarina - Queimados/RJ.

Relato: 30 de setembro de 2010

VOTO

Trata-se de processo regulatório baseado no Relatório de Fiscalização CAENE P-0015/10, de 08/07/10, e Termo de Notificação nº. 0015/10, de 13/07/10, referentes à vistoria realizada em 08/07/10, em obra na Rodovia Presidente Dutra, Km 190. O processo foi relatado e votado em Sessão Regulatória de 30/09/10, dando origem à deliberação AGENERSA nº. 626/10, publicada no DOERJ, de 07/10/10, a qual transcrevo, em parte:

“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. 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. 0015/2010, de 13 de julho de 2010.”

A CEG, em 13/10/10, protocolizou tempestivamente nesta AGENERSA embargo, o qual transcrevo em parte, a seguir:

Quanto ao mérito, a Concessionária pondera que (...) No caso em tela, (...) a Concessionária foi notificada através do Termo de Notificação nº 0015/2010 e Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-0015/2010.

Ocorre que na deliberação nº 626/10 é citado o termo de notificação nº 015/2010 e Relatório de Fiscalização nº. P-015/2010, o que não corresponde à numeração



AGENERSA

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

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

DATA: 14/07/2010

Proc. E- 12/020.274/2010

Fls. 79

correta, eis que o número de autuação do termo, bem como do relatório, são compostos por quatro dígitos e não apenas três, 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 quatro 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 n°. 001/2007, 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, aplique a pena cominada, por meio da lavratura de Auto de Infração.

(...) no caso em tela, (...) 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 (...).

Solicitada, a Procuradoria oferece parecer, como segue, em parte:

"Alega a Concessionária (...) a existência de inexatidão material em razão dos números correspondentes ao Termo e Relatório de Fiscalização serem compostos de quatro dígitos e não três, conforme estampados. Os erros materiais apresentados na ementa e no artigo 1º da deliberação citada, em nada modificam o conteúdo dos respectivos Termo e Relatório de Fiscalização.

Por outro lado, em homenagem ao princípio processual da instrumentalidade das formas 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 (...).



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: 14/07/2010

Proc. E- 52.1020.274/2010

Fls. 80A

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.

Portanto, (...) opinamos pelo não acolhimento dos embargos apresentados, mantendo "in totum" a deliberação AGENERSA nº. 626/2010."

Em suas considerações finais a Concessionária não trouxe novos fatos ao processo, limitando-se a reiterar sua argumentação anterior.

Em recente processo semelhante de minha relatoria, discorri alongadamente sobre a importância de zeros à esquerda em situação idêntica à ora apresentada pela Concessionária. Na ocasião, apresentei alongado arrazoado mostrando que zeros à esquerda, ou sua falta, são exatamente isso, zeros à esquerda... Assim, não vi e continuo não vendo qualquer embaraço ao bom procedimento processual na eventual falha de registro de um zero, a mais ou a menos, à esquerda, razão pela qual nego provimento à esta parte do embargo apresentado pela Concessionária e o considero meramente procrastinatório.

Contudo, realmente a deliberação AGENERSA nº. 626/10, correta em sua essência, foi publicada sem a determinação para que a SECEX, em conjunto com a CAPET - Câmara Técnica de Política e Tarifária, emitisse o auto de infração em comento, razão pela qual acato o embargo da Concessionária no que diz respeito a esta falha.

Registro que o parecer de nossa Procuradoria sobre o assunto tem, a meu ver, toda coerência, ao referir-se ao Art. 23, item XX de nossa Instrução Normativa, onde a **competência** para tais emissões é dada à SECEX em conjunto com uma Câmara Técnica. Contudo, a bem da clareza e para que não pare discussões interpretativas sobre a Deliberação ora sob embargo, proponho ao Conselho Diretor:

1. Acatar o embargo proposto pela Concessionária, já que foi protocolizado tempestivamente.
2. No mérito, refutar a argumentação de nulidade do auto de infração pela alegada inconsistência referente ao número de dígitos zero a esquerda de sua numeração, mas acatar a argumentação de falta de determinação na publicada Deliberação nº. 626/10 dos órgãos expedidores do auto de infração, para determinar sua republicação, devidamente corrigida.

Assim voto

Sérgio Raposo
Conselheiro-Relator.



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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº.

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, e 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 na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 21 de dezembro de 2010.


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro-Presidente


Darcília Aparecida da Silva Leite
Conselheira
(voto vencido)


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Sérgio B. Raposo
(Conselheiro-Relator)

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

DATA: 31/07/2010

Proc. E-12/020.274/2010

Fis: 85