



Processo nº: E-12/003/109/2015
Data de autuação: 24/02/2015
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização P-001/15 e Termo de Notificação nº 001/15.
Sessão Regulatória: 24 de Maio de 2016

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto em face da Deliberação AGENERSA/CD nº. 2744/2015¹, de 26/11/2015, que aplicou à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,00005% (cinco centésimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, considerando aqui o mês de dezembro/2014, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 19, IV, da Instrução Normativa nº. 001/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-001/15 e no Termo de Notificação nº. 001/2015.

Preliminarmente, em sua peça de inconformismo², a Concessionária demonstra a tempestividade da peça recursal. Após a narrativa dos fatos, alega no mérito, a falta de interesse de agir e a ausência de motivação por parte da AGENERSA, tocando nos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, pretendendo assim, a nulidade da Deliberação AGENERSA nº 2744/2015, vez que *“Irresignada diante dos fundamentos que consubstanciaram a referidas (sic) penalidades (sic), esta CEG interpõe o presente Recurso, no qual pugna pela anulação da multa aplicada com base nas razões de mérito a seguir expostas”*.

Em se tratando da alegação da Concessionária sobre a “falta de interesse de agir” por parte da AGENERSA, afirma que, *“(…) a Concessionária, demonstrando diligência e eficiência,*

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2744 DE 26 DE NOVEMBRO DE 2015 CONCESSIONÁRIA CEG – RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO P-001/15 E TERMO DE NOTIFICAÇÃO Nº 001/15. 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-12/003/109/2015, por unanimidade, DELIBERA: Art. 1º - Conhecer a impugnação apresentada pela Concessionária CEG, em face do Termo de Notificação nº 001/2015, de 27/01/15, por tempestiva, para, no mérito, negar-lhe provimento. Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,00005% (cinco centésimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, considerando aqui o mês de dezembro/2014, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 19, IV, da Instrução Normativa nº. 001/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-001/15 e no Termo de Notificação nº. 001/2015. Art. 3º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária e a Câmara Técnica de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007. Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação. Rio de Janeiro, 26 de Novembro de 2015. JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA Conselheiro-Presidente LUIGI EDUARDO TROISI Conselheiro MOACYR ALMEIDA FONSECA Conselheiro-Relator ROOSEVELT BRASIL FONSECA Conselheiro SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA Conselheiro

² Fls. 94/109.



Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/109/2015

Data 24/02/2015 Fís.: 170

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

4431478-7

notificou o condomínio (consoante notificação juntada aos autos por meio da carta DIJUR-E-162/15 supramencionada) para que o mesmo, em 90 dias, sanasse as irregularidades apontadas, tendo em vista que as exigências a serem cumpridas, à época, não implicavam em riscos que ensejam a interrupção imediata do fornecimento de gás, o que, caso ocorresse, afetaria desnecessariamente a vida de todos os condôminos."

Informa a CEG que "atendeu à solicitação sem causar dano aos clientes, observando os princípios da continuidade, segurança e cortesia com os consumidores, não existindo pendência ou questão a qual justifique o prosseguimento de processo regulatório ou a aplicação de sanções", entendendo que "(...) como a CEG em momento algum se opôs a atender ao pedido, não há espaço no mundo jurídico para a autuação realizada pela AGENERSA", apontando nesse sentido, que "(...) a Deliberação AGENERSA nº 2744/2015, deve ser reformada, uma vez que, em sendo as exigências cumpridas sem que houvesse prejuízo aos usuários com a interrupção da prestação de serviço essencial, não subsistiria objeto que desse respaldo a pretensão fiscalizatória e punitiva da Agência Reguladora."

Busca também através do art. 4º, XVII, da Lei Estadual nº 4.556/2005³, demonstrar que "no momento em que o usuário é devidamente atendido pela Concessionária, não existe mais interesse do Ente Regulador em instaurar ou manter processo regulatório, tendo em vista que não há mais direito a ser resguardado, posto que restou comprovada a conduta diligente da CEG em sanar o problema, tendo sido atendida, ainda, a finalidade educativa da fiscalização, sem a necessidade de aplicação de sanção pecuniária, por ser absolutamente desproporcional ao ato supostamente violador da regulação vigente." (grifos como no original)

Pretende a Concessionária justificar a existência da ausência de motivação ao afirmar "(...) uma vez que possui defeitos que lhe maculam a validade de tal sorte a tornar inexigível a penalidade aplicada. Além de terem sido violados os requisitos de validade previstos na Lei Federal nº 9.784/1999, também não foram observados os requisitos previstos na Lei Estadual nº 5.427, de 1 de abril de 2009 (normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro), concluindo que a "(...)CEG tem o direito de saber e entender o que levou a

³ Lei Estadual nº 4556/2005: Art. 4º - Compete à AGENERSA, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes: (...) XVII - resguardar os direitos garantidos pela Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor.



AGENERSA à sopesar exatamente essas condutas, valores e percentuais e não outros. Sendo exatamente isso que acarreta na nulidade de todo o processo fiscalizatório punitivo."

Dessa forma, aponta que a Deliberação arguida não é válida uma vez que "Em virtude dos fatos até aqui expostos, por não terem sido devidamente observados os requisitos formais do processo administrativo em questão, não há como não se decretar a sua nulidade.", defendendo ainda que "(...) somente será perfeito um ato administrativo, quando todo o ciclo necessário à sua formação tenha sido completado de forma válida, ou seja, desde que expedido em conformidade com as exigências legais, além de dever constar do ato, como pressuposto de validade, a sua motivação, com os detalhes a ela inerentes".

Ressalta ainda a Concessionária, que "restaram feridos os princípios constitucionais que informam a atividade administrativa, mas, principalmente, como já alegado, o da Ampla Defesa e do Contraditório, previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal", bem como afirma que "Não basta que a Concessionária tenha conhecimento da infração per se para que seja assegurado seu pleno direito de defesa, ainda mais, num caso como o do processo em epígrafe, no qual foi realizada nova vistoria técnica no dia 08 de dezembro de 2015, sem que fosse constatado qualquer problema que prejudicasse o fornecimento de gás, estando pendente, ainda, o envio do Relatório da Vistoria, porém mesmo assim já fora aplicada penalidade ao caso concreto." (grifos como no original)

Ademais, afirma a CEG que "(...) até o presente momento ainda são realizadas vistorias técnicas para apurar os fatos, como a ocorrida em 08/12/2015, a qual cabe ressaltar [que] não houve encaminhamento de relatório ou parecer a esta Concessionária, não há base para sustentação de um posicionamento da Agência Reguladora quanto a aplicação de penalidade, sem que esteja concluída a instrução processual, que inclui a apuração de todas as informações obtidas nas vistorias, relatórios e pareceres, além da devida manifestação da CEG.", concluindo que, "Desta forma, há no caso concreto patente ofensa ao direito de defesa da Concessionária, porquanto a Deliberação não atende sua função primordial que seria possibilitar ao atuado pleno conhecimento do fato que lhe está sendo imputado e da penalidade que lhe está sendo exigida." (grifos como no original)



Finaliza seus apontamentos, pugnando assim, pelo conhecimento do recurso e seu provimento, a fim de que seja anulada a multa imposta no art. 1º da Deliberação n.º 2744/2015 ou, subsidiariamente, com base no princípio da eventualidade, que a penalidade de multa seja substituída em advertência, ou ainda, pela redução do quantum da multa aplicada.

Às fls. 110, consta cópia da Resolução do Conselho-Diretor n.º 517/2016, pela qual se verifica a distribuição do presente feito à minha Relatoria.

Destaca-se que à fl. 112 do presente, consta a CI AGENERSA/SECEX n.º 99/2016, a qual encaminha à Assessoria deste Gabinete, a CI AGENERSA/CAENE n.º 004/16, com as correspondências Of. AGENERSA/CAENE n.º 003/16, Termo de Notificação n.º 001/16 e Relatório de Fiscalização CAENE n.º P-010/15, para serem anexados nestes autos.

Ademais, consta à fl. 123, a CI AGENERSA/SECEX n.º 200/2016 contendo o original da Carta DIJUR-E-051/16, em resposta ao Of. AGENERSA/CAENE n.º 003/16.

Diante dos documentos acima mencionados e trazidos aos autos, a CAENE⁴ elabora parecer, o qual informa que *"Foi realizada nova vistoria no imóvel localizado na Rua Ministro Viveiros de Castro, 66, tendo em vista que foram realizadas novas reclamações, pela síndica, das reposições feitas pela Concessionária após obra realizada em 2014."*, acrescentando que por esse motivo, foi gerado novo Relatório de Fiscalização P-10/2015 (folhas 116 a 122) e o Termo de Notificação 01/2016 (folha 115).

Aponta esta Câmara Técnica que *"Foi solicitado a Concessionária, na conclusão do RF P-10/2015, que assim que as exigências fossem sanadas, encaminhasse fotos comprobatórias a esta CAENE. O que foi feito através da DIJUR-E-051/16 (folhas 125 a 127) e da DIJUR-E-134/2016 (folhas 130 e 131)."*, salientando *"(...) que as exigências identificadas, apresentadas acima, de responsabilidade da CEG, estão cumpridas. No entanto, tal fato, não invalida os descumprimentos contratuais apontados em nosso parecer anterior de folhas 51 e 52."*

⁴ Fls. 132.



Instada a se manifestar, a Procuradoria da AGENERSA apresenta Parecer⁵, por meio do qual, certifica a tempestividade do Recurso interposto. No mérito, no que tange às alegações recursais quanto à suposta falta de interesse de agir por parte da AGENERSA em virtude do cumprimento das exigências da CAENE, o que acarretaria a nulidade da multa imposta na Deliberação nº 2744/2015, frisa que *"no voto, percebe-se que o fato, que acarretou a aplicação de penalidade de multa, foi a liberação de gás enquanto as instalações internas estavam irregulares"*.

Nesse sentido, esse Órgão Jurídico assinala que *"O fato do relatório apresentado pela Concessionária apontar as irregularidades no imóvel, permite a esta Autarquia a análise mais aprofundada do caso. Principalmente, no que tange a prestação adequada do serviço público concedido, presente no contrato de concessão que determina a observância da segurança."*, e afirma que *"Em virtude da garantia da segurança, há o Decreto nº 23317 de 10 de julho de 1997 que regula as instalações prediais. Normas estas que, junto com o contrato de concessão e a lei 8987/95, devem ser obedecidas pela Recorrente, ante o princípio da legalidade estrita."*

Dessa forma, a Procuradoria desta Agência Reguladora ressalta que *"A partir do momento em que existe um Decreto regulamentando as instalações internas, não cabe a Recorrente, na função de prestador de serviço público, deixar de exigir o cumprimento integral do RIP pelos usuários antes da ligação do gás, sob o argumento de ausência do risco à segurança. Isso porque, na Lei 8987/95, no Instrumento Contratual e no RIP, não há margem para tal discricionariedade, impondo o seu cumprimento."*, bem como destaca que a AGENERSA, *"(...) como detentora do exercício do poder regulatório legalmente conferido, cabe zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições, em todos os seus termos pactuados"*, concluindo que *"(...) não merece (sic) prosperar as alegações apresentadas pela recorrente, existindo o interesse de agir para a demanda administrativa. Ademais, restou devidamente demonstrado o descumprimento da cláusula primeira, parágrafo terceiro do Contrato de Concessão."*

No tocante à suposta violação ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, esse Órgão Jurídico aponta que *"não há o que se falar em cerceamento de defesa, haja vista que foi dada a oportunidade da Recorrente em se manifestar quanto ao descumprimento do contrato de*

⁵ Fls. 134/145.



concessão. A Recorrente exerceu sua ampla defesa e contraditório [.] inclusive, reforçando o cumprimento das exigências e a ausência de risco aos usuários em razões finais."

Já à respeito das alegações recursais quanto à suposta ausência de motivação, a Procuradoria da AGENERSA traz a lume o voto do ilustre Conselheiro Relator, esclarecendo que "No caso em tela, o ilustre conselheiro relator (...) fundamentou seu voto ao sugerir ao Conselho Diretor a aplicação da multa, ante o descumprimento da cláusula primeira, parágrafo terceiro do contrato de concessão", e acrescenta ser "nítido que não há qualquer vício no motivo do ato que venha gerar a nulidade da Deliberação, uma vez que a penalidade de multa está fundada no descumprimento contratual supracitado (...)".

Lembra, ainda, que "(...) ao adotar a teoria dos motivos determinantes, a administração pública fica vinculada aos motivos que geraram o ato administrativo, desde que válidos", justificando tais argumentos com base na decisão proferida no Agravo Regimental em Recurso Especial de nº 670453, proferido pelo Min. Celso Limoge, onde também afirma que "(...) a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, devendo, assim, todo ato administrativo, mesmo que discricionário, ser devidamente motivado, conforme os preceitos da Teoria dos Motivos Determinantes, obedecendo ao Princípio da Razoabilidade."

Desse modo, entende a Procuradoria desta AGENERSA que "Os motivos presentes no voto estão corretos, verídicos, dentro dos parâmetros da legalidade, haja vista que a decisão que cominou à multa foi proferida no âmbito do procedimento administrativo regular, com previsão contratual e na Instrução Normativa 01/2007, ambos presentes no voto", bem como destaca que "(...) é válida a deliberação impugnada, devendo ser improvido o recurso.", opinando, assim, "(...) pela negativa de provimento em razão de inexistir vício de legalidade na deliberação recorrida, que prima pela observância às normas contratuais."

Às fls. 146/147, esse Órgão Jurídico elabora novo parecer, o qual afirma que "(...) ao tempo em que foi proferida a decisão do Conselho - Diretor da AGENERSA, havia circunstâncias desconhecidas pela Administração Pública no que concerne aos novos desdobramentos apresentados pela CAENE - Relatório de Fiscalização nº P-010/15 (fls. 116/122)", apontando que "(...) após a interposição de Recurso Administrativo pela CEG em face da Deliberação



AGENERSA nº 2744/2015, a CAENE consignou que as intervenções realizadas pela CEG no condomínio em questão, ainda, apresentavam problemas, s.m.j, de acabamento, reforçando assim a inobservância à prestação do serviço público adequado pela delegatária."

Sendo assim, a Procuradoria desta AGENERSA sugere "o agravamento da penalidade pecuniária em sede recursal, no esteio do parágrafo único do art. 63, [da] Lei nº 5.427/2009 (...)" e com base em seu parecer anterior, "opina pela negativa de provimento ao Recurso Administrativo interposto pela CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 2.744/2015, bem como pelo agravamento da penalidade pecuniária aplicada pelo art. 2º da Deliberação AGENERSA nº 2.744/2015, alterando-se assim, por autotutela a redação do citado dispositivo."

Salienta, por fim, que "em atenção às garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório, esta Procuradoria, considerando os efeitos prejudiciais do possível agravamento da penalidade na esfera jurídica da delegatária, opina pela notificação imediata da ora Recorrente para que formule alegações que julgar necessárias." (grifos como do original)

Segundo o Ofício 041/2016⁶, foi assinado prazo para a Concessionária apresentar suas Razões Finais, no esteio do art. 81 do Regimento Interno desta AGENERSA. Em resposta, a CEG encaminha a Carta DIJUR-E-416/2016⁷, a qual rechaça a opinião da Procuradoria em favor do agravamento de penalidade aplicada, afirmando que "(...) a Lei 9.784/99, que disciplina o processo administrativo na administração federal, deu correto tratamento à matéria, vedando o agravamento da situação do interessado na hipótese do processo de revisão, caracterizado pelo fato de que o interessado intenta reduzir ou suprimir sanção aplicada em processo já findo, mediante a apresentação de fatos novos ou circunstâncias relevantes.", e acrescentando os termos do art. 66, §1º do Decreto Estadual nº 31.896/02.

Ademais, expõe em sua peça que "(...) a doutrina majoritária entende que não há possibilidade de reformatio in pejus mesmo que a Administração abra prazo para manifestação da Recorrente (...)" ; que "(...) é entendimento pacífico no Supremo Tribunal Federal, em relação à reformatio in pejus, no âmbito do direito penal, que se aplica a outros ramos do direito", citando

⁶ Fls. 153.

⁷ Fls. 162/166.



Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/109/2015

Data 24/02/2015 Fls.: 176


Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

4431478-1

ainda alguns trechos do voto do Conselheiro José Carlos dos Santos Araújo acolhido por esta AGENERSA na Deliberação n.º 610/2010, de 31 de Agosto do referido ano.

Finaliza ressaltando que *"seria no mínimo um contrassenso (sic) a Constituição Federal garantir as partes o direito pleno de recurso, porém, em contrapartida, permitir que com o exercício do mencionado direito fosse gerado prejuízo ao litigante, o que seria incompatível com o Estado Democrático de Direito."*, e repisa, por fim, os argumentos e pleitos anteriormente apresentados.

É o relatório.


Luigi Troisi

Conselheiro-Relator



Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/109/2015

Data 24 / 02 / 2015 Pá: 177

Assinatura: V. LUTSUN 78

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Processo nº : E-12/003/109/2015
Data de autuação: 24/02/2015
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização P-001/15 e Termo de Notificação nº 001/15.
Sessão Regulatória: 24 de Maio de 2016

VOTO

Trata-se de recurso interposto em face da Deliberação AGENERSA/CD nº. 2744¹/2015, de 26/11/2015, que aplicou à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,00005% (cinco centésimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, considerando aqui o mês de dezembro/2014, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 19, IV, da Instrução Normativa nº. 001/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-001/15 e no Termo de Notificação nº. 001/2015.

Preliminarmente, em sua peça de inconformismo², a Concessionária demonstra a tempestividade da peça recursal. Após a narrativa dos fatos, alega no mérito, a falta de interesse de agir e a ausência de motivação por parte da AGENERSA, tocando nos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, pretendendo que lhe seja dado provimento, para fins de anular a multa ora imposta na Deliberação AGENERSA nº 2744/2015, ou que, subsidiariamente, com base no princípio da eventualidade, caso ultrapassado o pedido supra, seja substituída pela sanção de advertência ou ainda, seja reduzido o quantum da multa aplicada.

Consta à fl. 110, a Resolução do CODIR nº 517/2016 através da qual o Recurso foi distribuído à minha Relatoria.

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2744 DE 26 DE NOVEMBRO DE 2015 CONCESSIONÁRIA CEG - RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO P-001/15 E TERMO DE NOTIFICAÇÃO Nº 001/15. 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-12/003/109/2015, por unanimidade, DELIBERA: Art. 1º - Conhecer a impugnação apresentada pela Concessionária CEG, em face do Termo de Notificação nº 001/2015, de 27/01/15, por tempestiva, para, no mérito, negar-lhe provimento. Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,00005% (cinco centésimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, considerando aqui o mês de dezembro/2014, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 19, IV, da Instrução Normativa nº. 001/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-001/15 e no Termo de Notificação nº. 001/2015. Art. 3º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária e a Câmara Técnica de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007. Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação. Rio de Janeiro, 26 de Novembro de 2015. JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA Conselheiro-Presidente LUIGI EDUARDO TROISI Conselheiro MOACYR ALMEIDA FONSECA Conselheiro-Relator ROOSEVELT BRASIL FONSECA Conselheiro SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA Conselheiro

² Fls. 94/109.



Após a interposição da peça recursal pela CEG, foram anexados novos documentos nestes autos, como o Termo de Notificação nº 001/16, Relatório de Fiscalização CAENE nº P-010/15 e o original da Carta DIJUR-E-051/16 enviada pela CEG, contendo o relatório comprobatório das determinações apontadas no Relatório de Fiscalização pela CAENE.

Assim, diante dos documentos acima mencionados e trazidos aos autos, a CAENE³ elabora parecer, o qual informa que *"Foi realizada nova vistoria no imóvel localizado na Rua Ministro Viveiros de Castro, 66, tendo em vista que foram realizadas novas reclamações, pela síndica, das reposições feitas pela Concessionária após obra realizada em 2014."*, acrescentando que por esse motivo, foi gerado novo Relatório de Fiscalização P-10/2015⁴ e o Termo de Notificação 01/2016⁵.

Aponta esta Câmara Técnica que *"Foi solicitado a Concessionária, na conclusão do RF P-10/2015, que assim que as exigências fossem sanadas, encaminhassem fotos comprobatórias a esta CAENE. O que foi feito através da DIJUR-E-051/16 (folhas 125 a 127) e da DIJUR-E-134/2016 (folhas 130 e 131)."*, salientando *"(...) que as exigências identificadas, apresentadas acima, de responsabilidade da CEG, estão cumpridas. No entanto, tal fato, não invalida os descumprimentos contratuais apontados em nosso parecer anterior de folhas 51 e 52."*

Em parecer⁶ da Procuradoria desta AGENERSA, esta se manifesta à respeito das alegações recursais da Concessionária, certificando a tempestividade do Recurso interposto. No mérito, no que tange às alegações recursais quanto à suposta falta de interesse de agir por parte da AGENERSA em virtude do cumprimento das exigências da CAENE, o que acarretaria a nulidade da multa imposta na Deliberação nº 2744/2015, frisa que *"no voto, percebe-se que o fato, que acarretou a aplicação de penalidade de multa, foi a liberação de gás enquanto as instalações internas estavam irregulares"*.

Nesse sentido, esse Órgão Jurídico assinala que *"O fato do relatório apresentado pela Concessionária apontar as irregularidades no imóvel, permite a esta Autarquia a análise mais aprofundada do caso. Principalmente, no que tange a prestação adequada do serviço público concedido, presente no contrato de concessão que determina a observância da segurança."*, e afirma que *"Em virtude da garantia da segurança, há o Decreto nº 23317 de 10 de julho de 1997 que regula*

³ Fls. 132.

⁴ Fls. 166/122.

⁵ Fls. 115.

⁶ Fls. 134/145.

[assinatura]



as instalações prediais. Normas estas que, junto com o contrato de concessão e a lei 8987/95, devem ser obedecidas pela Recorrente, ante o princípio da legalidade estrita."

Dessa forma, esse Órgão Jurídico destaca que a AGENERSA, "(...) como detentora do exercício do poder regulatório legalmente conferido, cabe 'zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições', em todos os seus termos pactuados", concluindo que "(...) não merece (sic) prosperar as alegações apresentadas pela recorrente, existindo o interesse de agir para a demanda administrativa. Ademais, restou devidamente demonstrado o descumprimento da cláusula primeira, parágrafo terceiro do Contrato de Concessão."

Quanto às alegações recursais da Concessionária sobre suposta violação aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa por parte da AGENERSA, observa-se que esse Órgão Jurídico aborda tal ponto ao afirmar "não há o que se falar em cerceamento de defesa, haja vista que foi dada a oportunidade da Recorrente em se manifestar quanto ao descumprimento do contrato de concessão. A Recorrente exerceu sua ampla defesa e contraditório [,] inclusive, reforçando o cumprimento das exigências e a ausência de risco aos usuários em razões finais."

Já no que diz respeito às alegações quanto à suposta ausência de motivação, o mesmo Órgão Jurídico aponta que "No caso em tela, o ilustre conselheiro relator (...) fundamentou seu voto ao sugerir ao Conselho Diretor a aplicação da multa, ante o descumprimento da cláusula primeira, parágrafo terceiro do contrato de concessão", e acrescenta ser "nítido que não há qualquer vício no motivo do ato que venha gerar a nulidade da Deliberação, uma vez que a penalidade de multa está fundada no descumprimento contratual supracitado (...)" afirmando que "Os motivos presentes no voto estão corretos, verídicos, dentro dos parâmetros da legalidade, haja vista que a decisão que cominou à multa foi proferida no âmbito do procedimento administrativo regular, com previsão contratual e na Instrução Normativa 01/2007, ambos presentes no voto", confirmando, assim, o voto que deu azo à Deliberação combatida.

Ademais, continua a Procuradoria desta AGENERSA defendendo a observância aos Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade para a aplicação da sanção pecuniária, destacando que "(...) ao adotar a teoria dos motivos determinantes, a administração pública fica vinculada aos motivos que geraram o ato administrativo, desde que válidos", e justifica os seus argumentos com base na decisão



proferida no Agravo Regimental em Recurso Especial de nº 670453, do Min. Celso Limoge, deixando claro que "(...) a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, devendo, assim, todo ato administrativo, mesmo que discricionário, ser devidamente motivado, conforme os preceitos da Teoria dos Motivos Determinantes, obedecendo ao Princípio da Razoabilidade."

Nesse sentido, a Procuradoria da AGENERSA frisa que "(...) é válida a deliberação impugnada, devendo ser improvido o recurso.", opinando, assim, "(...) pela negativa de provimento em razão de inexistir vício de legalidade na deliberação recorrida, que prima pela observância às normas contratuais."

Em nova manifestação, esse Órgão Jurídico⁷ afirma que "(...) ao tempo em que foi proferida a decisão do Conselho - Diretor da AGENERSA, havia circunstâncias desconhecidas pela Administração Pública no que concerne aos novos desdobramentos apresentados pela CAENE - Relatório de Fiscalização nº P -010/15 (fls. 116/122)", apontando que "(...) após a interposição de Recurso Administrativo pela CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 2744/2015, a CAENE consignou que as intervenções realizadas pela CEG no condomínio em questão, ainda, apresentavam problemas, s.m.j, de acabamento, reforçando assim a inobservância à prestação do serviço público adequado pela delegatária."

Sendo assim, a Procuradoria desta AGENERSA sugere "o agravamento da penalidade pecuniária em sede recursal, no esteio do parágrafo único do art. 63, [da] Lei nº 5.427/2009 (...)" e "opina pela negativa de provimento ao Recurso Administrativo interposto pela CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 2.744/2015, bem como pelo agravamento da penalidade pecuniária aplicada pelo art. 2º da Deliberação AGENERSA nº 2.744/2015, alterando-se assim, por autotutela a redação do citado dispositivo."

Por fim, "em atenção às garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório, esta Procuradoria, considerando os efeitos prejudiciais do possível agravamento da penalidade na esfera jurídica da delegatária, opina pela notificação imediata da ora Recorrente para que formule alegações que julgar necessárias." (grifos como do original)

⁷ Fls. 146/147.



Em sede de Razões Finais, a Concessionária retoma os argumentos anteriores, bem como rechaça a opinião da Procuradoria em favor do agravamento de penalidade aplicada.

Diante do exposto, em se tratando do mérito do recurso, entendo que a Concessionária não obteve êxito em apresentar razões para a reforma da decisão do CODIR da AGENERSA, visto que restou comprovada a prestação inadequada do serviço público exercido pela CEG, ante a liberação do fornecimento de gás pela Concessionária mesmo com o prédio em desconformidade com o RIP (Regulamento de Instalações Prediais). Faz-se imprescindível que o atendimento ocorra nos moldes e prazos contratuais, observando os princípios ali insculpidos, dos quais ressalto a segurança. Quanto à suposta violação aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, ressalto que a Recorrente teve a oportunidade de se manifestar quanto ao descumprimento do Contrato de Concessão, motivo pelo qual entendo que a mesma exerceu sua ampla defesa e contraditório.

Neste mesmo diapasão, observo que na aplicação da penalidade, foi obedecida e guardada a devida proporção entre a penalidade imposta e a gravidade da infração, segundo resta claro no voto motivador.

Adicionalmente, destaco, que considerei e analisei todas as documentações⁸ novas juntadas nestes autos após a interposição da peça recursal pela CEG, uma vez que foi possível verificar através do Relatório de Fiscalização CAENE nº P-010/15, que as intervenções realizadas pela Concessionária no imóvel localizado na Rua Ministro Viveiros de Castro, 66, ainda apresentavam defeitos após a obra ocorrida em 2014.

Em análise dos autos, constato que a Concessionária cumpriu com as pendências que eram de sua responsabilidade somente na data de 11/02/2016, mesmo estando ciente das exigências a serem ali cumpridas desde em 12/01/2016, quando recebeu o Termo de Notificação 001/2016 enviado pela CAENE contendo o Relatório de Fiscalização CAENE nº P-010/15 anexo.

Desse modo, resta patente o descumprimento contratual pela Concessionária, uma vez que a mesma não foi capaz de prestar um serviço adequado, nos termos da Cláusula Décima, do Contrato de Concessão.

⁸ Fls. 114/132.



Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/109/2015

Data 24/02/2015 Fls.: 182

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

4431478-1

Levando em consideração que foi oportunizado à Concessionária o direito à ampla defesa e contraditório em sede recursal, em respeito aos termos do art. 63, §único, da Lei nº 5.427/2009, entendendo ser razoável o agravamento de penalidade pecuniária neste caso, motivo pelo qual corroboro com a sugestão da Procuradoria desta AGENERSA⁹ e aplico aqui o instituto da Autotutela, amparado pela Súmula 473 do STF, para modificar os termos do art. 2º da Deliberação AGENERSA nº 2744/2015, de 26/11/2015, passando a constar como redação ao aludido dispositivo:

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, considerando aqui o mês de dezembro/2014, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 19, IV, da Instrução Normativa nº. 001/2007, devido aos fatos apurados no presente processo.

Isso posto, acompanho o entendimento da douta Procuradoria deste Órgão e proponho ao Conselho Diretor:

- Conhecer do Recurso em face da Deliberação AGENERSA nº 2744/2015 de 26/11/2015 porque tempestivo, para no mérito, negar-lhe provimento;
- Em atenção às razões constantes no voto, alterar com amparo na Autotutela, o art. 2º da Deliberação AGENERSA 2744/2015, de 26/11/2015, passando a constar a seguinte redação:
Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, considerando aqui o mês de dezembro/2014, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 19, IV, da Instrução Normativa nº. 001/2007, devido aos fatos apurados no presente processo;
- Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE e a CAPET, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa CODIR nº 001/2007.

É o voto.

Luigi Troisi
Conselheiro-Relator

⁹ Fls. 146/147.

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
EMENDA CARMIM	
Processo nº E-12/003/109	2015
Data: 24/02/15	Fls. 182
Data da Retificação: 25/05/16	
Responsável:	



Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/109/2015

Data 24 / 02 / 2015 Pte. 183

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

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

4431478-1

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2900

, DE 24 DE MAIO DE 2016.

CONCESSIONÁRIA CEG - Relatório de Fiscalização P-001/15 e Termo de Notificação nº 001/15.

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-12/003/109/2015, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer do Recurso em face da Deliberação AGENERSA nº 2744/2015 de 26/11/2015 porque tempestivo, para no mérito, negar-lhe provimento;

Art. 2º - Em atenção às razões constantes no voto, alterar com amparo na Autotutela, o art. 2º da Deliberação AGENERSA 2744/2015, de 26/11/2015, passando a constar a seguinte redação:

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, considerando aqui o mês de dezembro/2014, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 19, IV, da Instrução Normativa nº. 001/2007, devido aos fatos apurados no presente processo.

Art. 3º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE e a CAPET, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa CODIR nº 001/2007.

Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 24 de maio de 2016.

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
EMENDA CARMIM	
Processo nº E-	12 / 003 / 109 / 2015
Data:	24 / 02 / 15 Pte. 183
Data da Retificação:	25 / 05 / 16
Responsável:	

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Conselheiro-Presidente

ID 44089767

ROOSEVELT BRASIL FONSECA

Conselheiro

ID44082940

MOACYR ALMEIDA FONSECA

Conselheiro

ID 43568076

SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA

Conselheiro

ID39234738

LUIGI EDUARDO TROISI

Conselheiro-Relator

ID44299605