

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 406

DE 30 DE JUNHO DE 2009.

CONCESSIONÁRIA CEG RIO – TERMO DE NOTIFICAÇÃO
Nº 002/08. RECURSO À DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº
360/2009.

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, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nºE-12/020.377/2008, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG RIO em face Deliberação AGENERSA nº 360, de 17 de fevereiro de 2009, porque tempestivo, para no mérito negar-lhe provimento, mantendo na íntegra a deliberação recorrida.

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

Rio de Janeiro, 30 de junho de 2009.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro Presidente
ANA LÚCIA SANGUÊDO BOYNARD MENDONÇA
Conselheira Relatora do Recurso
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira
SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro

Processo nº.: E-12/020.377/2008
Data de autuação: 10 de dezembro de 2008
Concessionária: CEG RIO
Assunto: Termo de Notificação nº. 002/08. Recurso à Deliberação AGENERSA nº. 360/2009.
Sessão Regulatória: 30 de junho de 2009

VOTO

Este Processo Regulatório foi aberto a pedido¹ do Gerente da Câmara de Energia – CAENE com o Termo de Notificação nº. 002/08 apresentado à Concessionária CEG RIO, emitido após a vistoria realizada no Município de Volta Redonda, em prosseguimento aos trabalhos de acompanhamento da qualidade das obras das Concessionárias CEG e CEG RIO.

Em 26 de junho de 2008, a Concessionária ofereceu Defesa ao Termo de Notificação, objeto deste Processo, tendo sido julgada na Sessão Regulatória do dia 17 de fevereiro de 2009, sob a relatoria da Conselheira Darcília da Silva Leite, que sugeriu ao Conselho Diretor que fosse negado provimento à defesa apresentada pela Concessionária, e lhe fosse aplica a penalidade de advertência, prevista na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-00027/08, de 28/05/2008, e no Termo de Notificação nº. 002/2008, de 11 de junho de 2008.

O Conselho Diretor acolheu a proposta feita pela Conselheira Relatora, expedindo-se a Deliberação AGENERSA nº. 360/2008.

Inconformada com a penalidade aplicada, a Concessionária interpôs Recurso à Deliberação acima citada, destacou a tempestividade do mesmo, solicitou a nulidade do Termo de Notificação por ausência de previsão no Contrato de Concessão e por descumprimento às formalidades legais; assim como também suscitou a nulidade da Instrução Normativa AGENERSA nº. 001/2007.

Relembro aos Conselheiros que todas essas preliminares acima referidas já foram amplamente discutidas por este Conselho Diretor em todos os recentes recursos e embargos apresentados pela CEG, sendo devidamente indeferidas, tendo em vista

¹ Por meio da CI CAENE N°. 072/08.

que já ficou caracterizado o efeito meramente protelatório perquirido pela Concessionária, motivo pelo qual de pronto rejeito o requerido pela CEG RIO, com exceção da preliminar de tempestividade do recurso, pois o mesmo foi interposto dentro do prazo regimental.

No mérito, a Concessionária argumenta a ilegalidade da penalidade de advertência aplicada, pois *"não poderia se admitir que um agente, no mister público exercido pelas Agências Reguladoras, porém não investido com prévia aprovação em concurso de provas ou provas e títulos, pudesse emanar tais atos administrativos que restringem de forma tão drástica o interesse individual"*, não sendo os Conselheiros e Gerentes de Câmara competentes para a aplicação de penalidades, pois *"agentes públicos, mais especificamente os servidores que exercem a função administrativa nas Agências Reguladoras, devem ser submetidos à regra constitucional do concurso público, principalmente os que fiscalizam e aplicam penalidades"*.

Alega também o cerceamento de defesa por parte da Conselheira Relatora *"na medida em que, mesmo a Concessionária afirmando ter realizado as adequações das irregularidades apontadas, por esta AGENERSA, no Relatório de Fiscalização, a penalização foi inevitável"*, afirmando que *"assim, constata-se que não adianta sanar as alegadas irregularidades apontadas por esta CAENE, pois mesmo o fazendo a Concessionária é penalizada"*. E por fim, argumenta que a penalidade aplicada não deve prosperar por não mais subsistirem as irregularidades apontadas no Termo de Notificação.

Observo então, que a Concessionária equivoca-se triplamente, visto que a mesma tenta nos ludibriar e fazer-se vítima na situação, esquecendo-se convenientemente que o motivo que a fez receber o Termo de Notificação, já foi objeto de outros Processos Regulatórios semelhantes, qual seja, o descumprimento da legislação vigente no que tange à sinalização e proteção de suas obras.

Relembro aos Conselheiros a afirmação trazida pela Conselheira Relatora, em análise apresentada, que diz:

"(...) o Termo de Notificação, na forma da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, de 04/09/2007, é o instrumento por meio do qual a Agência Reguladora

comunica, à Concessionária as eventuais irregularidades verificadas durante as ações de fiscalização, viabilizando a apresentação da sua defesa, em homenagem aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Ocorre que, após a regular instrução dos autos, nos casos de efetiva verificação de irregularidades, ainda que sanadas após o recebimento do Termo de Notificação, constitui obrigação legal e contratual do Órgão Regulador aplicar à Concessionária a penalidade adequada à hipótese, sem prejuízo da correção das falhas encontradas".

Portanto, não se pode aceitar o argumento da Concessionária de que as irregularidades apontadas neste caso, não são passíveis de punição, ao contrário são casos recorrente nas Sessões Regulatórias desta Agência, demandadas após fiscalização em obras das Concessionárias CEG e CEG RIO, onde são verificadas os mesmos tipos de irregularidades.

Corroboro a afirmação da Procuradoria que afirma:

"Quanto à alegação de cerceamento de defesa, é descabida a alegação de cerceamento de defesa, visto que todas as fases do processo regulatório foram devidamente cumpridas, garantindo o due process of law".

Porém, intriga-me a ânsia da Concessionária em criar argumentos lúbricos, chegando ao ponto de levantar suspeita sobre a legitimidade dos Conselheiros da AGENERSA, no desempenho de suas funções. Aqui ela se supera: questiona um diploma legal, o discernimento do Chefe do Executivo Estadual e mostra que sequer fez o dever de casa quando demonstra desconhecer que num conselho de cinco, quatro são ou foram funcionários públicos

Boynard

Para encerrar esse assunto, apresento o argumento trazido pela Procuradoria para rechaçar as palavras da CEG RIO, pois:

“O Conselho Diretor não é composto por agentes livremente exonerados, visto que possuem mandato fixo e independência técnica, garantias que conferem legitimidade e estabilidade para aplicação de sanções, em consonância com a Lei 4556/2005. Tais prerrogativas se equivalem, mutatis mutandis, a de um servidor estatutário, o que torna viável a aplicação da penalidade, até porque é inerente a atuação de uma Agência Reguladora o poder de punir os desvios de conduta das concessionárias, que ferirem o contrato de concessão ou a legislação vigente”.

A vista de todo o exposto, não reconhecendo nenhum aparo legal nem contratual, repudiando os argumentos trazidos pela Concessionária CEG RIO, para a reforma da Deliberação recorrida, sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG RIO em face Deliberação AGENERSA nº. 360, de 17 de fevereiro de 2009, porque tempestivo, para no mérito negar-lhe provimento, mantendo na íntegra o a deliberação recorrida;

É o voto.


Ana Lucia Sanguêdo Boynard Mendonça
Conselheira Relatora do Recurso