

CONCESSIONÁRIA CEG. RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-0017/10. TERMO DE NOTIFICAÇÃO Nº 0018/2010. FISCALIZAÇÃO DAS OBRAS DE CANALIZAÇÕES E/OU RAMAIS DE GÁS CANALIZADO. VISTORIA REALIZADA NO DIA 14/17/2010, NA RUA ALMIRANTE ALEXANDRINO – BAIRRO DE SANTA TERESA-RIO DE JANEIRO.

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-12/020.286/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA Nº 628, de 30/09/2010, integrada pela Deliberação AGENERSA Nº 652, de 30/11/2010, para no mérito dar-lhe parcial provimento, reformando a multa aplicada no art. 1º para o percentual de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e nos art. 19, inciso IV, e 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD Nº 001/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº P-0017/2010, de 14/07/2010 e no Termo de Notificação nº 0018/2010, de 22/07/2010.

Art. 2º - Determinar à SECEX juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD Nº 001/2007.

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

Rio de Janeiro, 29 de março de 2011.

MOACYR ALMEIDA FONSECA  
Conselheiro-Presidente  
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE  
Conselheira-Relatora  
SÉRGIO BURROWES RAPOSO  
Conselheiro

Processo n.º. E-12/020.286/2010  
Data de Autuação 27 de julho de 2010.  
Concessionária CEG  
Assunto Relatório de Fiscalização CAENE P-0017/10. Termo de Notificação 0018/2010. Fiscalização de obras de canalizações e/ou ramais de gás canalizado. Vistoria realizada no dia 14/07/2010, na Almirante Alexandrino – Bairro Santa Teresa – Rio de Janeiro. Recurso contra a Deliberação AGENERSA n.º. 652/2010.  
Sessão Regulatória 29 de março de 2011.

### Relatório

Trata-se de Recurso protocolizado nesta Autarquia em 22/12/2010 pela Concessionária CEG<sup>1</sup>, contra a Deliberação AGENERSA n.º. 652/2010, de 30/11/2010<sup>2</sup>, que modificou parcialmente a Deliberação AGENERSA n.º. 628/2010, de 30/09/2010<sup>3</sup>. *u*

<sup>1</sup> Fls. 86/95, noticiado no despacho de fls. 96, de lavra do Assessor João Carlos Azevedo da Conceição, no qual informa também a autuação do processo n.º. E-12/020.397/A/2010, em atenção ao disposto no artigo 1º. da Deliberação AGENERSA/CD n.º. 628/2010, integrada pela Deliberação AGENERSA/CD n.º. 652/2010.

<sup>2</sup> DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º. 652 DE 30 DE NOVEMBRO DE 2010. CONCESSIONÁRIA CEG – RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-0017/10. TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA N.º. 0018/2010. VISTORIA REALIZADA NO DIA 14/07/10, NA RUA ALMIRANTE ALEXANDRINO – SANTA TEREZA/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, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório n.º E-12/020.286/2010, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os embargos apresentados pela Concessionária CEG, porque tempestivos em face da deliberação AGENERSA n.º. 628/2010, de 30/09/2010, para no mérito conceder provimento em parte.

Art. 2º - Determinar a republicação da deliberação AGENERSA n.º. 628/10, em seu inteiro teor, com correção do nome do logradouro mencionado no termo de notificação 0018/2010, para Rua Almirante Alexandrino.

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.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO - Conselheiro Presidente; DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE - Conselheira; MOACYR ALMEIDA FONSECA – Conselheiro; SÉRGIO B. RAPOSO – Conselheiro-Relator.

<sup>3</sup> DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º. 628 DE 30 DE SETEMBRO DE 2010. CONCESSIONÁRIA CEG – RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-0017/10. TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA N.º. 0018/2010. VISTORIA REALIZADA NO DIA 14/07/10, NA RUA ALMIRANTE ALEXANDRINO – SANTA TEREZA/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, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório n.º E-12/020.286/2010, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG, a penalidade de multa, no montante de 0,01% (um centésimo por cento) de 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 n.º. 01/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE n.º. P-017/2010, de 14 de julho de 2010 e no Termo de Notificação n.º. 018/2010, de 22 de julho de 2010.

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

Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2010.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO - Conselheiro Presidente; MOACYR ALMEIDA FONSECA – Conselheiro; SÉRGIO B. RAPOSO – Conselheiro-Relator.

Preliminarmente, a Recorrente aponta a tempestividade do recurso interposto<sup>4</sup> e requer a concessão de efeito suspensivo ao mesmo<sup>5</sup>.

No mérito, após breve relato dos fatos, afirma que "(...) *pode-se constatar que esta concessionária, ao tomar ciência da ocorrência de desconformidades, imediatamente procurou saná-las (...)*"<sup>6</sup>; que "(...) *prima pela segurança de seus usuários, o que se comprova pela efetiva presença na localidade da equipe técnica responsável pela execução dos serviços necessários às adequações exigidas*"<sup>7</sup>; registra que "(...) *não desrespeitou às normas de execução da obra, muito pelo contrário, após a identificação das irregularidades, foram adotadas as medidas necessárias para a imediata adequação das mesmas*"; defende que "(...) *considerando-se que as pendências suscitadas no processo foram todas adequadamente satisfeitas, estando a obra em questão regularizada e inspecionada pela AGENERSA, de modo que a melhor decisão seria o arquivamento do processo pela perda de seu objeto*"<sup>8</sup>; sustenta o não cabimento da penalidade de multa aplicada; cita a Cláusula Décima do Contrato de Concessão<sup>9</sup> e afirma que, "(...) **de acordo com a cláusula acima transcrita, a aplicação de penalidades somente tem lugar quando a Concessionária deixa de adotar a conduta determinada pela Agência, dentro do prazo estabelecido, se omitindo em seu dever de atuar**"; repisa que "(...) *tão logo recebido o Termo de Notificação, preocupou-se em imediatamente sanar as inadequações observadas pela Agência*"; destaca que "**A previsão contratual de apenas se impor penalidades nos casos em que a Concessionária permanecer inerte, demonstra a efetiva preocupação com o cumprimento da máxima 'Regular antes de Penalizar', que deve ser sempre observada pelas Agências Reguladoras em geral**"; assevera que "(...) *informou* *u*

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO - Conselheiro Presidente; DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE - Conselheira - MOACYR ALMEIDA FONSECA - Conselheiro; SÉRGIO BURROWES RAPOSO - Conselheiro-Relator.

<sup>4</sup> "(...) a Deliberação AGENERSA n.º. 652/2010 foi publicada no Órgão Oficial no dia 13 de dezembro de 2010 (segunda-feira), o prazo de 10 dias para a interposição do Recurso iniciou-se em 14 de dezembro de 2010 (terça-feira) e terá seu término em 23 de dezembro de 2010 (quinta-feira)".

<sup>5</sup> "(...) há um risco de prejuízo de difícil e incerta reparação (...); 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".

<sup>6</sup> "(...) ficou comprovado que todas as inadequações apontadas pelo Relatório de Fiscalização foram sanadas pela Recorrente, tendo sido feitas as devidas adequações nas Ruas Almirante Alexandrino, Felício dos Santos e Triunfo."

<sup>7</sup> "Tal conduta empreendida pela Recorrente, baseia-se no parágrafo 3º, da Cláusula Primeira do Contrato de Concessão (...)"

<sup>8</sup> Requer a "(...) revisão da decisão materializada na Deliberação 628/10, com a anulação da penalidade de multa determinada em seu art. 1º, julgando-se extinto o processo em decorrência da perda de objeto".

<sup>9</sup> "CLÁUSULA DEZ - PENALIDADES

(...) As penalidades serão aplicáveis conforme previsto nas normas legais e regulamentares dos serviços e neste Contrato sempre que:

II - **deixar de adotar sem justa causa, nos prazos fixados pela ASEP-RJ, as providências indicadas para restabelecer a regularidade ou garantir a qualidade e eficiência dos serviços**" (grifos como no original).

que as desconformidades apresentadas no Termo de Notificação, já haviam sido integralmente sanadas, entretanto, mesmo tendo sido cumpridas tempestivamente as determinações, o Conselho Diretor dessa Agência proferiu a Deliberação 628/10, de que ora se recorre, determinando a aplicação da penalidade de multa, apesar de todas as adequações promovidas pela Concessionária”; que “(...) todas as obrigações determinadas (...) já haviam sido cumpridas mesmo antes da publicação da Deliberação 628/10”; vislumbra que “(...) a imposição de penalidade de multa, é medida que não está pautada na busca de um benefício em prol do interesse-público”; que “(...) diante da patente constatação de ausência de má-fé por parte da recorrente, que inclusive atuou de forma a corrigir eventuais inadequações existentes, deve ser revogada a penalidade de multa aplicada à Recorrente (...)”; alega violação ao artigo 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007, observando que “(...) a fundamentação utilizada para aplicação da penalidade de multa foi a reincidência da Concessionária (...)”; ilumina trecho do Voto proferido pelo Conselheiro-Relator<sup>10</sup> e o artigo 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007<sup>11</sup>; afirma que “(...) não foi observado o requisito formal para aplicação de penalidade de multa com fundamento na reincidência já que, neste caso, seria necessário mencionar qual foi o Auto de Infração que aplicou a penalidade referente à primeira infração”<sup>12</sup>; entende que “Tal ponderação é importante na medida em que somente poderia ser imposta penalidade de multa por reincidência, nos casos em que a infração ocorre dentro do período de 12 (doze) meses subseqüentes à ‘Lavatura do ‘Auto de Infração’ referente à primeira ocorrência”; que “No caso em tela não temos como verificar se, de fato, houve reincidência, hábil a fundamentar a aplicação da penalidade de multa (...)”; considera que houve violação aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, observa que “(...) a imposição da multa in casu, avaliando-se o ato sob a égide dos princípios constitucionais e administrativos aplicáveis, é medida que não encontra amparo legal, uma vez que, além de não atender às normas U

<sup>10</sup> “Mais uma vez um processo trata da inobservância às regras contratuais e de posturas municipais relativas à realização de obras por empreiteiras contratadas pela Concessionária. Como a Concessionária vem apresentando um histórico coerente e consistente nesse mister, o que é comprovado pelas inúmeras penalidades que lhe tem sido aplicadas por este Conselho, até o momento, pelo menos, sem resultados palpáveis, acompanho os pareceres da CAENE e da Procuradoria para propor ao Conselho Diretor considerar a Concessionária responsável pelas inadequações constatadas e aplicar penalidade de multa no montante de 0,01% (um centésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, devido aos fatos apurados no relatório de fiscalização objeto do presente processo. (GN)” (grifos como no original).

<sup>11</sup> Art. 20 - Em se tratando de reincidência de infração que venha a ocorrer dentro do período de 12 (doze) meses subseqüentes à lavatura do ‘Auto de Infração (AI)’ referente à primeira ocorrência, o Conselho Diretor da AGENERSA decidirá em sede de processo regulatório instaurado para apreciação de infração recidiva, segundo os termos desta Instrução Normativa e desde que comprovada nos autos a culpa da Concessionária, sobre a adoção dos seguintes providências: I – aplicação de multa correspondente ao GRUPO I, para os casos já punidos com ADVERTÊNCIA” (grifos como no original).

<sup>12</sup> Menciona que “(...) o i. Relator menciona no próprio corpo da Deliberação, a questão da reincidência como fundamento para a aplicação da penalidade, entretanto não informa qual seria a infração anterior em que a Concessionária teria reincidido”.

vigentes, não atende ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade no que se refere aos seus três requisitos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito<sup>13</sup>; entende que "(...) a imposição da multa constitui medida desarrazoada, inadequada e desproporcional"; afirma "(...) **resta patente a constatação no sentido da falta de razoabilidade e proporcionalidade na imposição da penalidade de multa, haja vista que as mesmas inadequações, quando fiscalizadas pela Prefeitura do Rio de Janeiro, acarretaram multas em patamares bem menores, normalmente fixadas em torno de R\$ 500,00 (Quinhentos reais), revelando-se absolutamente diferentes daquelas aplicadas pela Agência Reguladora, o que demonstra a total ausência de razoabilidade da penalidade aplicada**"; menciona que "(...) **as inadequações observadas na obra em questão, não tiveram o condão de expor à sociedade a qualquer risco, não se observando gravidade capaz de gerar a imposição de penalidades tão pesadas como a multa aplicada**"; ressalta que "(...) o Contrato de Concessão não estabelece patamar mínimo para a fixação da multa, ao contrário, o Contrato estabelece um patamar máximo, que não pode ser ultrapassado pela Concessionária, justamente visando a impedir a adoção de critérios que levem à fixação de multas em patamares muito altos(...)<sup>14</sup>"; que "(...) a penalidade aplicada pela Agência, em valores extremamente altos, que revertem em favor da própria Agência Reguladora, acabam por ter um efeito prático de verdadeiro confisco, por se tratar de forma de aquisição coativa da propriedade da entidade privada pelo Estado, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio (...)<sup>15</sup>"; sustenta que "(...) **faz-se necessária a anulação da multa imposta, eis que a mesma se mostra desnecessária, inadequada e desproporcional, o que leva à constatação de ausência de razoabilidade do próprio ato**"; conclui, requerendo "(...) que seja dado ao presente Recurso, revogando-se a Deliberação AGENERSA n.º. 628/10, com a conseqüente anulação de multa imposta em seu art. 1º, (...), eis que ausentes os fundamentos que justificam a sua imposição (...)"<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Entende que "(...) o ato não é adequado, haja vista que a imposição de multa, após já saneadas as inadequações apontadas e atendendo ao solicitado pelo órgão Regulador, não traz qualquer efeito prático"; que "(...) pelo mesmo motivo, não se pode verificar a necessidade da imposição da multa, uma vez que a Concessionária não se esquivou de praticar os atos determinados pela Agência, não tendo se negado a proceder às adequações exigidas e fazendo-o de forma tempestiva"; que "(...) não se verifica o preenchimento do requisito da proporcionalidade em sentido estrito, pois a aplicação da multa por um fato que já havia sido efetivamente sanado não traz qualquer vantagem ao Regulador, ao contrário, coloca a Concessionária, ora recorrente em manifesta desvantagem" (grifos no original).

<sup>14</sup> Cita a "Cláusula Dez, § 1º - A penalidade de multa aplicada pela ASEP-RJ, **não podendo exceder a 0,1% (um décimo por cento) do montante de faturamento** da CONCESSIONÁRIA nos últimos 12 (doze) meses anteriores à ocorrência da infração (GN)" (grifos como no original).

<sup>15</sup> Cita a ação julgada precedente pelo STF – ADI 551/RJ – DJ 14-02-2003 PP-00058.

<sup>16</sup> Todos os grifos como no original.

Às fls. 97/98, consta cópia da Resolução do Conselho-Diretor n.º. 218, de 13/01/2011<sup>17</sup>, na qual se verifica a distribuição do feito a esta Relatoria.

Na data de 25/01/2010, o processo é encaminhado à Procuradoria da AGENERSA<sup>18</sup>, que apresenta o Parecer n.º. 620/2011 EVB-Procuradoria<sup>19</sup>, no qual afirma que “Analisando o pedido de concessão do efeito suspensivo (...), depreende-se a clara ausência de probabilidade de ocorrência de perigo de dano irreparável à execução do contrato de concessão, pois as determinações contidas nas Deliberações acima citadas não oferecem o possível risco de lesão ao direito da Recorrente, e se coadunam com o princípio da prestação do serviço público adequado, razões pelas quais não se recomenda a concessão do efeito suspensivo solicitado”; que “(...) da breve análise do feito não se vislumbra suspeita de ilegalidade dos respectivos atos administrativos normativos exarados por esta Autarquia, o que justificaria, caso existente, a concessão do presente efeito suspensivo”; ilumina a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho<sup>20</sup> e sugere “(...) o indeferimento da solicitação preliminar de concessão de efeito suspensivo”.

Quanto ao mérito, afirma que “(...) a emissão do Termo de Notificação contendo irregularidades já demonstra o descumprimento do instrumento concessivo, Cláusula Quarta—Obrigações da Concessionária § 1º, que, acrescentando as reiteradas vezes que a recorrente incorre nas mesmas irregularidades, sobreleva notar, de acordo com o artigo 20, inciso I da Instrução Normativa 001/07, que a recorrente por ser reincidente é passível da aplicação de multa, correspondente ao Grupo I, para os casos já punidos com ADEVERTÊNCIA”; constata que “(...) a recorrente reiteradamente vem infringindo o Contrato de Concessão carecendo em virtude disso de lhe ser aplicada as penalidades neste processo, não havendo violação ao art. 20 da Instrução Normativa n.º 01/2007”; ilumina trecho do Parecer da CAENE disposto no processo E-12/020.088/2010<sup>21</sup>; observa que “No referido Parecer da Câmara Técnica (...), que faz parte integrante deste Parecer, (anexo)<sup>22</sup>, são listadas diversas Deliberações que mostram o cometimento de infrações (...) pela

<sup>17</sup> Acostada aos autos através de Juntada de Documentos - fls. 99.

<sup>18</sup> Fls. 99, verso “(...) para que se manifeste sobre pedido de efeito suspensivo”.


<sup>19</sup> Recebido em 02/02/2011, fls. 100/103, com o “de acordo” do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

<sup>20</sup> “(...) Pode ocorrer, com efeito, que o administrador suspeite, de plano, da ilegalidade do ato e o paralise para evitar consequências mais danosas para a Administração”.

<sup>21</sup> “Assim, à luz do que dispõe a Instrução Normativa AGENERSA CD/N.º. 001/2007, é óbvio que as penalidades a serem aplicadas às concessionárias devem levar em conta seus prontuários. Por esta razão, é que a citada Instrução Normativa autoriza o Conselho Diretor a aplicar a penalidade de advertência para as primeiras infrações; e autoriza, ainda, o conselho Diretor a aplicar a penalidade de multa, quando da reincidência de infrações da mesma natureza”.

<sup>22</sup> Fls. 104/149, nas quais se encontra uma relação e cópia de diversos Termos de Notificação lavrados em face das Concessionárias CEG e CEG RIO.

recorrente, **da mesma natureza**, durante as execuções de obras em vias públicas”; registra que “(...) são várias as reincidências, conforme documentos acostados ao presente parecer, que mostram sobremaneira o quanto a recorrente é ‘recorrente’ nesses tipos de infrações, tornando fundamental a aplicação da penalidade de multa como caráter pedagógico no sentido de fazerem as concessionárias atuarem de modo mais preventivo”; 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”; entende que “A penalidade aplicada à Concessionária foi praticada de acordo com o instrumento concessivo, de forma criteriosa, observando o devido processo legal, cabendo tal prerrogativa ao Conselho Diretor da Agência Reguladora, segundo a Lei 4556/2005”; que “(...) houve sim comprovação da culpabilidade da Concessionária, de acordo com o estabelecido nos autos”; afirma que “O contrato de concessão prevê que a violação de suas cláusulas resultará na imposição de penalidades” eis que “(...) reconheceram as partes previamente, que esta seria uma medida necessária à impor a coerção da execução do contrato”; aponta que “É medida necessária também do ponto de vista legal, tanto é assim que a cláusula relativa à penalidade é reconhecida como essencial ao contrato de concessão, como dispõe o inciso VIII do art. 23 da Lei de Concessões, Lei 8987/95”; entende que “(...) a penalidade é proporcional posto que fixada dentro dos parâmetros contratuais e destinada a compelir ao adimplemento das obrigações a par da gravidade da conduta, imposta pelos patamares previstos na Cláusula Dez do Contrato de Concessão”; e recomenda a “(...) manutenção in totum da Deliberação AGENERSA n.º. 652/10”.

Consta, às fls. 150, decisão desta Relatoria pelo deferimento do efeito suspensivo pleiteado<sup>23</sup>. Tal decisão foi comunicada à CEG através da correspondência eletrônica AGENERSA/ASSESS/DL n.º. 009<sup>24</sup>, junto à qual foi enviada cópia digitalizada deste feito, informada a conclusão de sua instrução e assinado o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de razões finais. 

<sup>23</sup> “Considerando tratar-se de Recurso que por definição regimental aborda questões de mérito visando a sua reanálise; Considerando que a única questão em debate é a aplicação de penalidade pecuniária; Considerando que, portanto, não se trata de medida cuja concessão de efeito suspensivo possa retardar a adoção de qualquer providência visando à adequação dos serviços prestados pela Concessionária; Considerando o Princípio da Economia Processual; (...)”

<sup>24</sup> De 15/02/2011 (fls. 151/152), com a comprovação de recebimento na mesma data acostada às fls. 153/154.

Na data de 25/02/2011, a Concessionária protocoliza nesta Agência a correspondência DIJUR-E-389/11<sup>25</sup>, por meio da qual reitera "(...) os termos do Recurso interposto (...) acostado às fls. 86/95 (...)"; entende que "(...) a Procuradoria da AGENERSA (...) não enfrenta de forma correta um dos pontos contestados pela Concessionária em sede de recurso"; pois "(...) de forma equivocada apresenta diversos Termos de Notificação que foram gerados por terem sido encontradas irregularidades em obras de rua (...)"; considera "(...) notório que a procuradoria não enfrentou a alegação da Concessionária de ter havido uma violação do art. 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007, na fundamentação de reincidência para aplicação da penalidade de multa, no percentual de 0,05% através da Deliberação AGENERSA 615/10"; ressalta que "(...) segundo a Instrução Normativa supracitada para a aplicação da penalidade de multa com fundamento na reincidência, seria necessário mencionar qual foi o auto de infração que aplicou a penalidade referente à primeira infração, o que não ocorreu, não basta a apresentação de diversos Termos de Notificação, sem explicitamente apontar o que estaria caracterizando a reincidência para aplicação da penalidade, cumprindo a formalidade da Instrução Normativa 001/2007<sup>26</sup>"; salienta que "(...) o montante da penalidade pecuniária não poderia ser 0,05%, tendo em vista que das infrações já penalizadas com advertência, se for aplicada multa por reincidência deverão observar correspondência com as multas do Grupo I, ou seja até 0,01%, o que igualmente não foi observado pelo Conselho Diretor ao proferir a sanção pecuniária através da Deliberação AGENERSA n.º. 615/10" e considera que "(...) o Recurso interposto pela Concessionária deve ser acolhido para que seja revogada a Deliberação AGENERSA n.º. 628/10, com a conseqüente anulação da multa imposta em seu art. 1º, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua imposição, ou subsidiariamente, que seja reduzido o percentual da penalidade pecuniária imposta, em observância a Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007".

É o Relatório.

*Darcilia Leite*

Darcilia Leite

**Conselheira-Relatora**

<sup>25</sup> Fls. 155/157.

<sup>26</sup> Grifos como no original.



Processo nº: E-12/020.286/2010.  
Data de autuação: 26 de julho de 2010.  
Concessionária: CEG.  
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE P-0017/10. Termo de Notificação 0018/2010 – Fiscalização das obras de canalizações e/ou ramais de gás canalizado. Vistoria realizada no dia 14/07/2010, na Almirante Alexandrino – Bairro de Santa Teresa – Rio de Janeiro. Recurso contra a Deliberação AGENERSA nº. 652/2010.  
Sessão Regulatória: 29 de março de 2011.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.286/2010

Data 26 / 07 / 2010 Fls.: 167


Rúbrica: 

**Voto**

Trata-se de Recurso interposto pela CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 628, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 652, editadas, respectivamente, nas Sessões Regulatórias realizadas em 30/09/2010 e 30/11/2010, através das quais foi aplicada penalidade de multa à Concessionária no montante de 0,01% (hum centésimo por cento), “devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-017/2010, de 14 de julho de 2010 e no Termo de Notificação nº. 018/2010, de 22 de julho de 2010”.

Preliminarmente, registre-se a tempestividade do indigitado Recurso, que foi interposto dentro do prazo de 10 (dez) dias de que dispõe para sua protocolização.

Adentrando ao mérito, a Concessionária pretende a anulação da referida penalidade sob a alegação de que “(...) corrigiu integralmente as pendências apontadas no Termo de Notificação mencionado, o que é suficiente para reconhecer, desde já, a perda de objeto do processo regulatório em referência.”, e que, dessa maneira, “(...) a melhor decisão seria o arquivamento do processo pela perda de seu objeto.”.

A tese apresentada pela Concessionária não é nova nesta Agência Reguladora, de sorte que este Conselho-Diretor já firmou o entendimento de que tal 

alegação retrata inequívoco reconhecimento da CEG quanto à veracidade do teor do respectivo Termo de Notificação.

Ademais, tal argumentação releva-se nitidamente equivocada, uma vez que o Termo de Notificação, na forma da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 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.

Diante de tudo isso, infligir sanção à Concessionária na hipótese vertente, não configura mera discricionariedade desta Autarquia, mas sim observância aos deveres legais impostos por sua Lei de Criação (Lei Estadual n.º 4.556/2005), notadamente nos incisos I e IV de seu art. 4<sup>o</sup>.

No mais, e com base no argumento de que sanou a contento as desconformidades apontadas no referido Termo de Notificação, defende a CEG a impossibilidade de aplicação de penalidade, eis que de acordo com a Cláusula Dez do Contrato de Concessão "(...) a aplicação de penalidades somente tem lugar quando a Concessionária deixar de adotar a conduta determinada pela Agência, dentro do prazo estabelecido, se omitindo em seu dever de atuar."

A toda evidência, a premissa da qual se vale a Concessionária com o intuito de afastar a penalização no caso em voga não merece ser acolhida, pois, a *le*

<sup>14</sup> Art. 4º - Compete à AGENERSA, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:

I - zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições;

(...)

IV - fiscalizar, diretamente ou mediante delegação, os aspectos técnicos, econômicos, contábil e financeiro, sempre nos limites estabelecidos em normas legais, regulamentares ou pactuais, os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, aplicando diretamente as sanções cabíveis".

prevalecer seu entendimento, estar-se-á modificando a finalidade do Termo de Notificação, que, na esteira do que preleciona o art. 6<sup>o</sup> da já mencionada Instrução Normativa, possui natureza repressiva e não preventiva como tenta fazer crer.

O atacado Termo de Notificação é expresso ao indicar que as regras violadas são aquelas oriundas das Normas Técnicas da própria CEG, às quais, por imposição contratual, está obrigada a observar, nos termos da Cláusula Quarta – Obrigações da Concessionária, *caput*<sup>3</sup> e item 6<sup>4</sup> e do Anexo II – Requisitos de Qualidade e Segurança, Parte I – Metas de Melhoria, item 12<sup>5</sup>.

Prossegue em suas razões alegando “*Violação ao art. 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD 01/2001 de 04 de setembro de 2007*”, sob o argumento de que o voto recorrido não observou “*(...) requisito formal para aplicação de penalidade de multa com fundamento na reincidência já que, neste caso, seria necessário mencionar qual foi o Auto de Infração que aplicou a penalidade referente à primeira infração.*”.

Com relação ao referido artigo, conveniente iluminar entendimento por mim manifestado nos autos do Regulatório n.º. E-12/020.088/2010, em que fui igualmente Relatora do Recurso, especialmente porque servirá também de fundamentação para o presente caso. Vejamos:

*“(...) entendo que a reincidência para fins do disposto na citada Instrução Normativa, somente se configuraria se a Concessionária, depois de penalizada pelas desconformidades apontadas no TN n.º. 001/2010, não adotasse as providências para saná-las, o que*

<sup>2</sup> “Recebido o Relatório de Fiscalização, citado no parágrafo único do art. 5º, o Gerente da Câmara Técnica de Energia – CAENE ou da Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária – CAPET, ou, ainda, o(s) servidor(es) por ele(s) indicado(s) para esse fim, na hipótese de haver irregularidades informadas no Relatório de Fiscalização, deverá(ão) lavrar o Termo de Notificação (TN), com base no modelo incluído no Anexo II, em duas vias, contendo, no que for cabível: (...)”

<sup>3</sup> “A CONCESSIONÁRIA obriga-se a prestar serviço adequado, visando sempre expandi-lo, acompanhando o desenvolvimento tecnológico mundial, mantendo-se permanentemente atualizada e obrigando-se, ainda, a utilizar equipamentos, instalações e métodos operativos que garantam os melhores níveis de segurança, qualidade, continuidade e confiabilidade do serviço, bem como mantendo recursos humanos adequadamente habilitados.”

<sup>4</sup> “6 - realizar, por sua conta e risco, as obras ou outras intervenções necessárias à prestação dos serviços concedidos, mantendo e repondo os bens e operando as instalações e equipamentos, de modo a assegurar os requisitos da prestação de serviços aludidos no §3º da Cláusula PRIMEIRA.”

<sup>5</sup> “12 - Procedimentos e Normas de Segurança para Projeto, Construção, Operação e Manutenção de Redes e Instalações  
Definição: Deverão ser observadas as normas do ANSI B 31.8, a NBR-12712 ou outras nacionais/internacionais reconhecidas e equivalentes, que venham a ser propostas pela CONCESSIONÁRIA e aceitas pela ASEP-RJ.”

Rúbrica: *✂*

*reclamaria, por consequencia, nova intervenção desta Agência Reguladora.”*

Os presentes autos, à evidência, oferecem elementos suficientes ao reconhecimento da reincidência, haja vista que o Relatório de Fiscalização objeto do presente processo é expresso ao afirmar que a irregularidade apontada na Rua Almirante Alexandrino já havia sido objeto do Relatório de Fiscalização CAENE N.º. P-0004/10, de 10/03/10.

O Relatório de Fiscalização mencionado pela CAENE<sup>6</sup> foi objeto do processo regulatório n.º. E-12/020.091/2010 - que inclusive tramitou nesta Agência Reguladora sob minha relatoria –, e de fato tratou da mesma obra citada no Relatório de Fiscalização do presente processo. Senão vejamos:

**“Em vistoria realizada no dia 05/03/2010, em obra executada na Rua Benjamin Constant, do n.º. 08 ao 102 – Glória; nas Ruas Almirante Alexandrino, Felício dos Santos e Ladeira do Castro – Santa Teresa; Ruas Citiso e Caetano Martins – Rio Comprido, no Município do Rio de Janeiro; constatou-se as seguintes irregularidades: calçadas esburacadas em consequencia da intervenção de obras da CEG e de reparos mal feitos; tapumes mal sinalizados e com indícios de abandono, servindo como depósito de lixo; operários trabalhando sem EPIs; falta de indicação do nome, telefone e logotipo da AGENERSA nas placas afixadas nos tapumes. Tais fatos, configuram descumprimento da NT-215-BRA, NT-131-BRA, NT-813-BRA e das Normas para execução de Obras, Reparos e Serviços em vias públicas – O-COR – Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, conforme apontado no Relatório de Fiscalização P-0004/10, de 10/03/2010, anexo e parte integrante do presente Termo de Notificação (...)”** *ll*

<sup>6</sup> Referente ao Termo de Notificação n.º. 002/2010.

Na ocasião de sua apreciação em Sessão Regulatória, decidiu este Conselho-Diretor pela aplicação de penalidade de advertência<sup>7</sup> em razão dos fatos lá noticiados, valendo ressaltar que tal decisão não mereceu a oposição de Embargos, tampouco de Recurso por parte da CEG<sup>8</sup>.

Para aplicação da respectiva penalidade, portanto, foi lavrado o Auto de Infração n.º. 004/2011, de 10/01/2011, objeto do processo E-12/020.441/2010, e que igualmente não foi impugnado pela Concessionária.

Desta forma, uma vez mais não assiste razão à Concessionária, dada a conformidade da aplicação do art. 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD 01/2001 de 04 de setembro de 2007.

Como derradeira razão de recorrer, a Concessionária lança a tese de "Violação ao princípio da Razoabilidade/Proporcionalidade", sob o argumento de que "(...) avaliando-se o ato sob a égide dos princípios constitucionais e administrativos aplicáveis, é medida que não encontra amparo legal, uma vez que, além de não atender às normas vigentes, não atende ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade no que se refere aos seus três requisitos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito." *u*

<sup>7</sup> DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º.

DE 27 DE OUTUBRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG – Relatório de Fiscalização CAENE P – 0004/10. Termo de Notificação 002/2010.

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, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório n.º. E-12/020.091/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a defesa apresentada pela Concessionária CEG em face do Termo de Notificação n.º. 002/2010, negando-lhe provimento;

Art. 2º - Aplicar à CEG a penalidade de advertência, prevista na Cláusula Dez do Contrato de Concessão e no art. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE n.º. P-0004/10 e no Termo de Notificação n.º. 002/2010.

Art. 3º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD N.º. 001, de 04/09/2007.

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

Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2010.

José Carlos dos Santos Araújo - Conselheiro-Presidente; Darcilia Aparecida da Silva Leite - Conselheira-Relatora; Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro; Sérgio B. Raposo - Conselheiro

<sup>8</sup> De acordo com o despacho proferido pela SECEX às fls. 54 do mesmo.

De início, importante que se faça uma abordagem, ainda que sucinta, dos Princípios supostamente violados quando da aplicação da penalidade de multa por meio da Deliberação AGENERSA n.º. 628/10.

A começar pelo Princípio da Razoabilidade, recorro à definição do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho<sup>9</sup>:

*“Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis (...). Significa dizer (...) que não pode existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude. Acertada, pois, a noção de que o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade (...) quando se pretende imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a idéia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal”<sup>10</sup>.*

Conclui-se, portanto, que o ato administrativo só será dotado de falta de razoabilidade quando for ilícito, ou seja, quando não embasado em norma legal; ou mesmo quando distanciar-se de sua finalidade o que não é o caso dos presentes autos, uma vez que as condutas sujeitas à aplicação de penalidade estão delineadas tanto no Contrato de Concessão como na Instrução Normativa n.º. 001/2007, que, por sua vez, são de pleno conhecimento da CEG.

Uma vez comprovada a impertinência das alegações da Concessionária no que se refere à alegação de violação do princípio da razoabilidade, passo a analisar a mesma arguição, agora com relação ao princípio da proporcionalidade.

Ainda fazendo uso das palavras do doutrinador já citado<sup>11</sup>, trago à colação pronunciamento a respeito do referido princípio.

*“Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente*

<sup>9</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 31/32.

<sup>10</sup> Grifos conforme o original.

<sup>11</sup> Obra já citada, p. 33

Rúbrica: f  
a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.”

Conforme já esclarecido, restou amplamente comprovado que a Concessionária não observou seus deveres e obrigações quando violou as disposições de suas próprias Normas Técnicas, justificando, pois, a atuação dessa Agência Reguladora, já que contratualmente tem a obrigação de observá-las.

Assim, a aplicação de multa contra a qual se insurge a Concessionária atende a todos os requisitos que fundamentam o princípio em voga, senão vejamos: é ato *adequado*, vez que a multa foi aplicada com espeque no Contrato de Concessão e na Instrução Normativa, corroborando, portanto, a compatibilidade da conduta administrativa com o fim pretendido; é *exigível* na medida em que a imposição de multa é meio destinado a impor à Concessionária a observância do Contrato de Concessão, e, se assim não fosse, a mesma não teria anuído com sua previsão; e por fim, a aplicação de penalidade de multa é em si proporcional às faltas identificadas, já que a vantagem à ser auferida se consubstancia no atendimento aos preceitos dispostos no respectivo Contrato de Concessão.

Demais disso, o paralelo que a Concessionária faz com relação aos valores das multas impostas pela Prefeitura desta Cidade não traz novas luzes ao presente caso; a uma, porque esta AGENERSA goza de ampla independência; a duas, porque a Concessionária não traz aos autos o fundamento nem a comprovação dos valores da penalidade aplicada por parte da Prefeitura mencionada, impossibilitando, ainda que a título meramente argumentativo, sopesar a proporcionalidade entre a multa aplicada e aquela pretensamente arguida como parâmetro.

Assim sendo, sou pela manutenção da penalidade de multa, entretanto, no que se refere ao *quantum*, sugiro reduzir seu percentual para 0,001% (um milésimo por cento), que considero mais adequado para o caso em análise e que foi o percentual aplicado à CEG conforme Deliberação AGENERSA nº 691, de 27/01/2011, também por irregularidades em obras, quando do julgamento do Processo Regulatório E-12/020.395/2010, com fundamento no mesmo art. 19, inciso IV, e art. 20, ambos insertos na Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04 de setembro de 2007. u

Rúbrica: *f*

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

● Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA n.º. 628, de 30/09/2010, integrada pela Deliberação AGENERSA n.º. 652, de 30/11/2010, para no mérito dar-lhe parcial provimento, reformando a multa aplicada no art. 1º para o percentual de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e nos art. 19, inciso IV, e 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE n.º P-0017/10, de 14/07/2010 e no Termo de Notificação n.º 0018/2010, de 22/07/2010.

● Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007.

É o Voto.

*Darcilia Leite*

**Darcilia Leite**

Conselheira-Relatora



**AGENERSA**

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

**DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 727**



**DE 29 DE MARÇO DE 2011.**

**CONCESSIONÁRIA CEG – RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO  
CAENE P-0017/10. TERMO DE NOTIFICAÇÃO 0018/2010 –  
FISCALIZAÇÃO DAS OBRAS DE CANALIZAÇÕES E/OU  
RAMAIS DE GÁS CANALIZADO. VISTORIA REALIZADA NO  
DIA 14/07/2010, NA ALMIRANTE ALEXANDRINO – BAIRRO  
DE SANTA TERESA – RIO DE JANEIRO.**

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.286/2010

Data: 26/07/2010 Fb.: AFS

**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-12/020.286/2010, por  
unanimidade,

**DELIBERA:**

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 628, de 30/09/2010, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 652, de 30/11/2010, para no mérito dar-lhe parcial provimento, reformando a multa aplicada no art. 1º para o percentual de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e nos art. 19, inciso IV, e 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº P-0017/10, de 14/07/2010 e no Termo de Notificação nº 0018/2010, de 22/07/2010;

Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007;

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

Rio de Janeiro, 29 de março de 2011.

**Moacyr Almeida Fonseca**

Conselheiro-Presidente

**Darcilia Aparecida da Silva Leite**

Conselheira-Relatora

**Sérgio B. Raposo**

Conselheiro