

CONCESSIONÁRIA CEG –
INCIDENTE/ACIDENTE. ESCAPAMENTO
NA RUA CAUSADO POR TERCEIROS,
OCORRIDO NO DIA 10/01/2011.
ESTRADA DOS BANDEIRANTES, 6700 –
JACAREPAGUÁ – 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 nº E-12/020.04 1/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º. – Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária, em face das Deliberações nº 752/11 e nº 812/11, porquanto tempestivo, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo na íntegra as deliberações recorridas.

Art.2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2011.

José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente
Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator
Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro
Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro



Processo nº.: E-12/020.041/2010 2011
Autuação: 10/01/11
Concessionária: CEG
Assunto: Incidente/ Acidente: Escapamento na rua causado por terceiros, ocorrido no dia 10/01/2011. Estrada dos Bandeirantes, 6700 - Jacarepaguá -RJ - Recurso à Deliberação AGENERSA nº 752/2011, integrada pela Deliberação nº 812/11.

*vale a emenda
a carimbo
Ruifom
283-2*

Sessão Regulatória 30 de setembro de 2011

RELATÓRIO

O presente Processo Regulatório foi apreciado pelo Conselho-Diretor desta Agência, decorrendo daí as Deliberações nº 752/11¹ de 27/04/11 e nº 812/11² de 28/07/11, devidamente publicadas no Diário Oficial de 10/05/11 e 04/08/11, respectivamente.

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 752

DE 27 DE ABRIL DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG. INCIDENTE/ACIDENTE - ESCAPAMENTO NA RUA CAUSADO POR TERCEIROS, OCORRIDO NO DIA 10/01/2011. ESTRADA DOS BANDEIRANTES, 6700 - JACAREPAGUÁ - RIO DE JANEIRO/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 nº E-12/020.041/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Considerar que não houve responsabilidade da CEG quanto às causas do incidente ocorrido no dia 10/01/2011, na Estrada dos Bandeirantes, 6700 — Jacarepaguá — Rio de Janeiro/RJ.

Art. 2º - Os prejuízos decorrentes do incidente em tela não ensejarão reequilíbrio econômico- financeiro do Contrato de Concessão.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor 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 no art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, devido às irregularidades apontadas no Termo de Notificação nº. 001/2011, de 14/01/2011, e no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-001/11, de 13/01/2011.

Art. 4º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSNCD no. 001/2007.

Art. 5º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 812

DE 28 DE JULHO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG – INCIDENTE/ACIDENTE - ESCAPAMENTO NA RUA CAUSADO POR TERCEIROS, OCORRIDO NO DIA 10/01/2011. ESTRADA DOS BANDEIRANTES, 6700 - JACAREPAGUÁ - RIO DE JANEIRO/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-12/020.041/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Não conhecer os Embargos opostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 752, de 27/04/2011, eis que ausentes os pressupostos de admissibilidade.

Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Antes de adentrar ao mérito do Recurso, cabe informar que a Concessionária CEG não foi responsabilizada pela ocorrência de escapamento de gás na rua causado por terceiros, em 10/01/11, na Estrada dos Bandeirantes, nº 6700, Jacarepaguá, Rio de Janeiro. Entretanto, no desfecho da referida ocorrência, a Câmara Técnica de Energia constatou diversas irregularidades quando das providências adotadas pela Concessionária para reparo da tubulação avariada e, por esse motivo, foi penalizada.

Em 28/07/11, a Concessionária opôs Embargos contra a Deliberação AGENERSA nº 752/11, que lhe aplicou a penalidade de multa no montante de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração. Referida peça foi apreciada pelo órgão colegiado no sentido de não conhecer os Embargos opostos pela CEG, eis que ausentes os pressupostos de admissibilidade.

Não conformada com as referidas Deliberações, a Concessionária protocolizou o presente recurso em 15/08/11, sustentando, em preliminar, a sua tempestividade "(...) o art. 76 do Regimento Interno da Agência, alterado pela Resolução AGENERSA nº 002 de 23 de julho de 2009, determina que a interposição de Embargos confira efeito suspensivo para cumprimento da decisão e interruptivo para a interposição o Recurso". Acrescenta que o "(...) efeito interruptivo impõe o reinício da contagem do prazo e que a Deliberação AGENERSA n.º 812/2011 foi publicada no Órgão Oficial no dia 04/08/2011, o prazo de 10 dias para interposição do Recurso iniciou-se em 05/08/2011 e terá seu término em 15/08/2011", razão pela qual "(...) indiscutível a tempestividade do mesmo".

Em segunda preliminar, postula a Concessionária a necessidade de concessão de efeito suspensivo ao presente recurso, para sobrestar os efeitos da Deliberação AGENERSA nº 752/11, justificando que "(...) no que tange à multa imposta em Art. 3º, ante a necessidade de se conferir a Concessionária o direito ao exercício das garantias ao contraditório e ampla defesa, antes de se impor o encargo da multa, que poderá levar à eventual inscrição em dívida ativa, o que compromete a situação legal da Concessionária" e "(...) A necessidade de concessão de efeito suspensivo pode ser constatada na medida em que há um risco de prejuízo de difícil e incerta reparação, na forma do art. 77 § 2º do Regimento Interno da AGENERSA³".

Sustenta a Concessionária que "(...) é evidente e reconhecido pela AGENERSA que a concessão ou denegação do Efeito Suspensivo terá efeitos financeiros sobre a multa que foi aplicada em razão dos diversos dispositivos regulamentares. (...) Ainda que fosse possível aplicar alguma penalidade à CEG pelos fatos descritos no presente processo, em função dos argumentos que serão expostos, seria impositiva a redução da sanção aplicada, em virtude da incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade".

[Handwritten signature]

³ REGIMENTO INTERNO:

"Art. 77 – Independente do disposto no Art.76 deste Regimento, caberá uma única vez, no prazo de 10 (dez) dias, recurso da parte inconformada ao próprio Conselho-Diretor.

(...)

§ 2º - O Recurso de que trata o caput terá prioridade na respectiva tramitação e não terá efeito suspensivo, salvo se o Relator, ao verificar a possibilidade de risco de perecimento de direito ou prejuízo para o interesse público ou, ainda, para a execução do contrato de concessão e sua adequação prestada, segundo os requisitos do § 1º, do art. 6º da Lei Federal nº 8.987/95, atribuir efeito suspensivo, por despacho fundamentado".

*Vale a
menção
a corrimim
Rubrica
233-2*

Conclui a Concessionária "(...) 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".

No mérito, apresenta a Concessionária uma breve síntese dos fatos, informando que "(...) O processo em questão foi instaurado em virtude da CI CAENE 004/2011, de 12/01/2011, sob fundamento de apurar a responsabilidade da Concessionária quando das causas que deram origem ao acidente ocorrido na Estrada da Curicica, esquina com a Estrada dos Bandeirantes – Jacarepaguá. (...) Em decorrência disso, em 09/07/2011, a CAENE realizou vistoria no local do acidente e consubstanciou suas conclusões no Relatório de Fiscalização n.º E-001/11, de 13/01/2011, que gerou o Termo de Notificação n.º 001/201". Prossegue aduzindo que "(...) No documento supramencionado, a Câmara Técnica apontou supostas irregularidades referentes a obra realizada pela Concessionária para reparo da tubulação avariada no acidente objeto do presente processo".

Em razão das irregularidades apontadas, esclarece a Concessionária que "(...) a CAENE realizou uma série de recomendações a CEG, dentre elas, a que fosse enviado à Prefeitura do Município do Rio de Janeiro alerta quanto à necessidade de comunicação da realização de obras em vias públicas onde houver canalização de gás natural; que a Concessionária intensificasse a vistoria da equipe quanto à sinalização necessária em vias públicas e; que buscasse ressarcimento do valor despendido com a obra junto à responsável pelo acidente, Intelig. (...) Assim, as determinações supramencionadas foram todas devidamente cumpridas pela Concessionária". Por fim, acrescenta que "(...) o Conselho Diretor por meio da Deliberação n.º 752, de 27/04/2011 entendeu por bem aplicar a CEG penalidade de multa de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento, de 12 (doze) meses anteriores à data da infração, tendo em vista as irregularidades em obra identificadas por meio do Relatório de Fiscalização n.º E-001/11".

Em seus argumentos recursais, postula a Concessionária a revisão da penalidade, considerando que "(...) o objeto que deu início ao presente processo foi apuração da existência ou não de responsabilidade da CEG quanto às causas que deram origem ao acidente apurado no processo em questão. (...) Assim, a fiscalização realizada e consubstanciada no Relatório de Fiscalização e 001/11, foi com objetivo de averiguar a ocorrência de acidente no local em questão, apurando a existência ou não de responsabilidade da Concessionária". Acrescenta "(...) Em que pese isso, o referido Relatório de Fiscalização apontou suposta irregularidade em obra de reparo da CEG, quando da contenção do escapamento gerado pela empresa Intelig".

Assinala sua surpresa quanto ao presente processo "(...) inicialmente instaurado para apurar responsabilidade da Concessionária, termina com a aplicação de sanção de multa para desconformidade diversa daquela até então apurada. (...) Tal sanção demonstra evidente descumprimento aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, constitucionalmente assegurados, isto porque a Concessionária somente tomou conhecimento da suposta irregularidade no meio do processo administrativo, no qual, até então, vinha se manifestando apenas sobre a ausência de sua responsabilidade quando da ocorrência do acidente".

Por esses motivos, entende a Concessionária que "(...) deverá a sanção de multa aplicada ser revista, uma vez que é atentatória a Carta Magna e aos princípios ali estabelecidos".

Sustenta a Recorrente a imediata correção da desconformidade que deu origem à multa aplicada, em razão de "(...) O Conselho Diretor da AGENERSA teve como um dos fundamentos para a aplicação da penalidade, os apontamentos feitos pelo Ilmo. Gerente da CAENE, no Termo de Notificação CAENE nº 001/2011 e Relatório de Fiscalização CAENE E- 001/11, no que se refere a suposta irregularidade em obra". Entretanto "(...) a Concessionária, assim que recebeu o mencionado Termo de Notificação, adotou todas as medidas cabíveis, sanando as irregularidades apontadas".

Desta forma e considerando que "(...) as medidas ventiladas no Relatório de Fiscalização já foram providenciadas pela CEG, não caberia ao Conselho Diretor da AGENERSA aplicar a penalidade de multa, mas no máximo, poderia ter aplicado a penalidade de advertência". Sustenta que no Contrato de Concessão, em sua cláusula décima – Penalidades, afirma que:

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 no original)

Acrescenta a Recorrente que "(...) é incabível a aplicação de qualquer penalidade por este fato, pois não houve qualquer descumprimento do Contrato de Concessão ou de normas legais pela Concessionária, mormente considerando-se que o objeto do presente processo foi o de apuração de responsabilidades no acidente ocorrido em Jacarepaguá. Além disso, na primeira frase do Artigo 1º da Deliberação atacada é claríssima a conclusão de inexistência de responsabilidade da CEG no acidente".

Ainda no mérito, sustenta a Recorrente a irrazoabilidade e a desproporcionalidade da penalidade aplicada, argumentando que "(...) não é suficiente, para a validade dos atos do Poder Público, a mera observância dos procedimentos constitucionais ou legais que condicionam a sua regular edição. A diferenciação jurídica carece de motivação idônea, obedecendo-se critérios aceitáveis do ponto de vista racional e deve, principalmente, estar de acordo com finalidades constitucionalmente válidas".

Salienta a Concessionária que "(...) mesmo que houvesse a Concessionária incorrido em desconformidade relativa à obra e não houvesse, de imediato, corrigido a irregularidade apontada, o que, frise-se, não ocorreu in casu, não se mostraria razoável a imposição de penalidade de multa regulatória" e que "(...) O objetivo da sanção administrativa deve ser o de fazer com que o interesse público, cerne do processo administrativo, seja atendido. No caso em questão, tendo a Concessionária de imediato corrigido eventual irregularidade, não há necessidade de aplicação de sanção de multa".

Ressalta que "(...) Caso a CEG não tivesse regularizado as desconformidades apontadas pela CAENE até o julgamento do processo, a aplicação de penalidade de multa se justificaria para coagir o administrado a adotar as providências cabíveis. Frise-se, ainda assim, que seria mais eficaz a determinação de obrigação de fazer".

Reitera a Concessionária que "(...) a imposição de penalidade de multa é medida que não está pautada na busca de um benefício em prol do interesse público. (...) **Destarte, acreditando na avaliação criteriosa do Conselho Diretor, após todas as ponderações feitas e rogando pela efetiva aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso, requer a Concessionária que seja provido o presente Recurso, anulando-se a multa imposta na Deliberação n.º 752/11.**" (grifo no original)

Em sua Conclusão, requer a Recorrente "(...) que seja dado provimento ao presente Recurso, anulando-se a multa imposta no art. 3º da Deliberação AGENERSA n.º 752/11, na forma requerida ao longo deste Recurso, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua imposição, por ser medida de extremo bom senso e Justiça".

Pela Resolução do Conselho-Diretor Nº. 250, de 23/08/2011, conforme sorteio em reunião interna, o processo foi distribuído para a minha relatoria e encaminhado ao meu gabinete em 31/08/11.

Autos encaminhados à Procuradoria desta Agência, por minha assessoria, para o devido parecer jurídico quanto ao Recurso apresentado da Concessionária CEG.

Parecer jurídico apresentado pela Procuradoria, da lavra do Dr. Edson Vaz Borges às fls. 104/110, rebatendo as argumentações da Concessionária, como segue: "(...) o pedido de concessão do efeito suspensivo solicitado pela recorrente, 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 adequado, razões pelas quais não se recomenda a concessão do efeito suspensivo solicitado".

Acrescenta 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".



Vale a pena da
a Carmin
Ruipom
283-2

Destaca a Procuradoria que "(...) Quanto ao argumento apresentado de que foi aplicada à recorrente sanção pra objeto diverso do apurado no processo em comento, a recorrente repete os argumentos despendidos nos embargos de fls. 60/65, rechaçados por esta Procuradoria e não conhecidos de forma unânime pelo colegiado desta Autarquia Especial". Acrescenta que "(...) não vemos como debater tal assunto, já que, aceito pela própria recorrente. "No tocante a correção efetuada pela recorrente, temos a dizer que a própria recorrente admite as irregularidades verificadas pela área técnica da AGENERSA ao afirmar que: Fls. 97 (...) Entretanto a Concessionária, assim que recebeu o mencionado termo de Notificação adotou todas as medidas cabíveis, sanando as irregularidades apontadas, conforme restou comprovado nos autos".

Reitera a Procuradoria que "(...) houve as irregularidades e as mesmas foram reconhecidas pela recorrente, o que demonstra claramente descumprimento das normas transcritas no termo de Notificação de fls. 12, sujeitando à recorrente, às penalidades dispostas no instrumento concessivo, materializadas na Deliberação de fls. 51".

Salienta que "(...) a Fundamentação e motivação, princípios já consagrados na Doutrina da Motivação dos atos Administrativos, pelo qual a Administração deve, necessariamente, indicar os fundamentos de fato e de direito ensejadores de suas decisões estão presentes".

Quanto à violação aos princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade, aponta a Procuradoria que "(...) o Contrato de Concessão em sua Cláusula Dez disciplina com clareza as penalidades aplicáveis à Concessionária CEG. Dentre elas, se insere a penalidade de multa, objeto, pois, do presente Auto de Infração" e que "(...) o §2º da aludida Cláusula depreende-se que a aplicação das penalidades disciplinadas fica condicionada à observância do princípio da proporcionalidade. Desse modo, serão aplicadas de acordo com a gravidade da infração".

Acrescenta 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. (...) 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." Afirma que "(...) houve sim comprovação da culpabilidade da Concessionária, de acordo com o estabelecido nos autos."

Assevera a Procuradoria a ausência de violação aos princípios da razoabilidade: "(...) a razoabilidade relaciona-se a viabilização do exercício concreto do direito de defesa o qual, (...) não foi violado, posto que toda a oportunidade de manifestação foi deferida à Recorrente" e, quanto à proporcionalidade, acrescenta 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". Por fim, "(...) opinamos pelo não provimento do recurso apresentado, mantendo-se in totum a Deliberação AGENERSA nº. 752/11".

AGENERSA

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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.041, 2010 2011

Data 10/01/11 Fls.: 119

Rubrica: *Rubrica*



*Vale a
emenda
a carmin
Rubrica
283-2*

Às fls. 110, o Procurador Geral desta Agência, Dr. Luis Marcelo do Nascimento, aponta o seu "(...) De acordo, ressalvando que a irregularidade em obra de reparo da CEG deveria ser objeto de processo próprio, não havendo, entretanto, prejuízo à ampla defesa da Concessionária, que teve ciência de toda a instrução processual e oportunidade para se defender de tudo que foi apurado".

Em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, foi expedido ofício AGENERSA/MF nº. 82/11, em 13/09/11, para a Concessionária apresentar suas considerações finais.

É o relatório.

Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator

Processo nº.: E-12/020.041/2011
Autuação: 10/01/11
Concessionária: CEG
Assunto: Incidente/ Acidente. Escapamento na
rua causado por terceiros, ocorrido no
dia 10/01/2011. Estrada dos
Bandeirantes, 6700 - Jacarepaguá -RJ
- Recurso à Deliberação AGENERSA nº
752/2011, integrada pela Deliberação
nº 812/11.

Sessão Regulatória 30 de setembro de 2011

VOTO

Trata-se de Processo Regulatório instaurado para avaliar a responsabilidade da Concessionária no acidente/incidente causada por terceiro que avariou a tubulação da CEG ocasionando escapamento de gás.

Apreciado o Regulatório pelo Conselho-Diretor desta Agência, decorrendo daí as Deliberações nº 752/11¹ de 27/04/11 e nº 812/11² de 28/07/11, devidamente publicadas no Diário Oficial de 10/05/11 e 04/08/11, respectivamente.

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 752

DE 27 DE ABRIL DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG. INCIDENTE/ACIDENTE - ESCAPAMENTO NA RUA CAUSADO POR TERCEIROS, OCORRIDO NO DIA 10/01/2011. ESTRADA DOS BANDEIRANTES, 6700 - JACAREPAGUÁ - RIO DE JANEIRO/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 nº E-12/020.041/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Considerar que não houve responsabilidade da CEG quanto às causas do incidente ocorrido no dia 10/01/2011, na Estrada dos Bandeirantes, 6700 – Jacarepaguá – Rio de Janeiro/RJ.

Art. 2º - Os prejuízos decorrentes do incidente em tela não ensejarão reequilíbrio econômico- financeiro do Contrato de Concessão.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor 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 no art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, devido às irregularidades apontadas no Termo de Notificação nº. 001/2011, de 14/01/2011, e no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-001/11, de 13/01/2011.

Art. 4º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSNCD no. 001/2007.

Art. 5º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 812

DE 28 DE JULHO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG – INCIDENTE/ACIDENTE - ESCAPAMENTO NA RUA CAUSADO POR TERCEIROS, OCORRIDO NO DIA 10/01/2011. ESTRADA DOS BANDEIRANTES, 6700 - JACAREPAGUÁ - RIO DE JANEIRO/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-12/020.041/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Não conhecer os Embargos opostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 752, de 27/04/2011, eis que ausentes os pressupostos de admissibilidade.

Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

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

Em suma, nas Deliberações retro mencionadas a Concessionária CEG não foi responsabilizada pela ocorrência de escapamento de gás causado pela empresa Intelig, em 10/01/11, na Estrada dos Bandeirantes, nº 6700, Jacarepaguá, Rio de Janeiro. Entretanto, no desfecho da referida ocorrência, a Câmara Técnica de Energia constatou diversas irregularidades (Relatório de Fiscalização n.º E-001/11 e Termo de Notificação n.º 001/2011) quando das providências adotadas pela Concessionária para reparo da tubulação avariada e, por esse motivo, foi penalizada.

Não conformada com aquela decisão, a Concessionária protocolizou o presente recurso em 15/08/11, sustentando, em preliminar a sua tempestividade, a concessão de efeito suspensivo e, no mérito, a aplicação de sanção para objeto diverso do apurado nos autos, insubsistência da penalidade em razão de ter sanado as inadequações e violação ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Inicialmente, cabe informar que o Recurso foi protocolizado dentro do prazo regimental, considerado a publicação da Deliberação nº 812/11, no dia 04/08/11, e a apresentação do apelo no dia 15/08/11, porquanto tempestivo.

Quanto à referida concessão de efeito suspensivo, na mesma linha do parecer da Procuradoria desta Agência, entendo que além de desacompanhados das necessárias justificativas e comprovações, não se conformam às hipóteses previstas no § 2º, artigo 77, do Regimento Interno desta Casa. Ademais, não vislumbrei qualquer consequência prática de uma eventual concessão do efeito suspensivo, em razão da proximidade da presente sessão regulatória e da provável manutenção do posicionamento anterior.

Quanto à requerida nulidade da penalidade em razão de a mesma ter sido aplicada em objeto diverso do apurado nos autos, melhor sorte não tem a Recorrente, até porque a própria Concessionária expressamente afirmou às fls. 37 não haver razão de "(...) abertura de novo processo regulatório, haja visto que os fatos narrados no Relatório de Fiscalização e Termo de Notificação de fls. 12/15 estão diretamente relacionados ao objeto do processo (...)".

Cabe esclarecer que em todo o processo foi assegurado a Concessionária a oportunidade de se manifestar e se defender de tudo o que foi apurado, não evidenciando, em hipótese alguma, qualquer prejuízo e descumprimento aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, invoco o princípio da eficiência (expresso no *caput* do art. 37 da Constituição Federal), no qual, em uma idéia muito geral, significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra de consecução do maior benefício com o menor custo possível.

Discorrendo sobre o tema, sintetiza o jurista Hely Lopes Meirelles:

"Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros"

Seguindo essa linha, temos que, como desdobramento do princípio da eficiência, a Constituição procurou igualmente reforçar o sentido valorativo do princípio da economicidade, que, incorporado literalmente pelo art. 70, *caput*, da Carta Federal, nada mais traduz do que o dever de eficiência do administrado na gestão do dinheiro público.

Considerando os princípios ora apresentados, não vislumbro vício procedimental nos presentes autos capaz de atentar contra os tantos outros princípios da Carta Magna, por isso, entendo que a multa imposta não merece ser revista, como pretende a Concessionária.

Em relação à nulidade da Deliberação, em razão das adequações realizadas, reafirmo, como de outras tantas oportunidades, que, nos casos de efetiva verificação de irregularidades, ainda que sanadas após o recebimento do Termo de Notificação, como foi o caso em tela, constitui obrigação legal e contratual desta Agência aplicar à Concessionária a penalidade adequada à hipótese, sem prejuízo da correção das falhas encontradas, até porque, consiste em dever da delegatária, uma vez que a obrigação de prestar o serviço público adequado incide sobre a CEG desde a assinatura do Contrato de Concessão.

Equivoca-se, mais uma vez, a Concessionária em relação ao dispositivo contratual invocado - Cláusula DEZ - PENALIDADES³ - para afastar uma eventual punição, pois, caso a mesma deixasse de atender as determinações contidas no Relatório de Fiscalização e no Termo de Notificação, sua situação somente se agravaria, uma por descumprir requisitos de segurança que constitui sua obrigação e duas por desatender recomendações desta Agência.

Alega a Concessionária que não foram observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. No entanto, sua afirmação não apresenta sustentação, visto que guarda coerência com os dispositivos da Cláusula Dez do Contrato de Concessão, combinado com a Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007.



³ 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.

A Razoabilidade e a Proporcionalidade não são sinônimas, havendo quem considere a última espécie da primeira, embora haja quem entenda tratarem-se do mesmo princípio. A Razoabilidade teria os seguintes elementos: adequação (capacidade ou aptidão da medida para atingir os objetivos pretendidos), necessidade (utilidade ou proveito da medida) e proporcionalidade (ponderação da relação existente entre os meios e os fins, ou entre os ônus e os bônus). A Proporcionalidade visa estabelecer uma relação entre meio e fim, para que se torne possível o controle dos excessos.

A Deliberação foi aferida em harmonia com a postura normal adotada por esta Agência Reguladora, valorando toda a conduta da Concessionária no caso concreto, de forma equilibrada, moderada e harmônica, ou seja, correspondente ao senso comum e aos valores vigentes naquele momento.

Ainda restou amplamente comprovado nos autos a inobservância das obrigações da Concessionária, tornando-se a multa imposta adequada, exigível e proporcional às irregularidades detectadas.

Destaca-se que a aplicação de penalidade de multa teve com finalidade principal de servir como meio de coerção da Concessionária no sentido de melhorar sua fiscalização nas obras por ela realizadas.

Desta feita, cumpriu esta Agência a finalidade essencial, que é a de regular e de aplicar a penalidade face ao descumprimento de cláusula contratual, decorrente do apurado grau de responsabilidade quando da prestação do serviço público inadequado.

Finalizando, entendo que a aplicação da penalidade pelo Conselho-Diretor está em consonância com as particularidades do caso ora apreciado. Desta forma e, não reconhecendo nenhum amparo legal nem contratual nos argumentos trazidos pela Concessionária para a reforma da deliberação recorrida, sugiro ao Conselho-Diretor desta Agência:

Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária, em face das Deliberações nº 752/10 e nº 812/11, porquanto tempestivo, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo na íntegra as deliberações recorridas.

//

É o voto.



Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator



DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 861

DE 30 DE SETEMBRO DE 2011.

*Concessionária CEG -
Incidente/ Acidente. Escapamento na rua
causado por terceiros, ocorrido no dia
10/01/2011. Estrada dos Bandeirantes, 6700 -
Jacarepaguá -RJ*

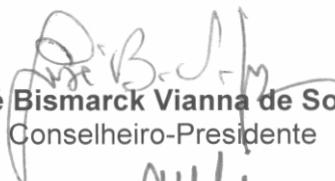
O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº *E-12/020.041/2011*, por unanimidade,

DELIBERA:

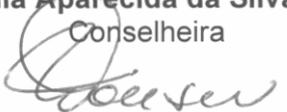
Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária, em face das Deliberações nº 752/11 e nº 812/11, porquanto tempestivo, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo na íntegra as deliberações recorridas.

Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2011.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro


Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro