

CONCESSIONÁRIA CEG. MATÉRIAS VEICULADAS NO PORTAL O GLOBO ON LINE DIA 04 DE JULHO E NO JORNAL O GLOBO, DIA 05 DE JULHO.

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-12/020.251/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Não conhecer os Embargos opostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 744, 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.

Rio de Janeiro, 28 de junho de 2011.

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

AGENERSA

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

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.251/2010

Data 05/07/2010 Fls.: 128



Rúbrica: f

Processo n.º. E-12/020.251/2010
Data de Autuação 05/07/2010
Concessionária CEG
Assunto Matérias veiculadas no portal O GLOBO ON LINE dias
04 de julho e no jornal O GLOBO, dia 05 de julho.
Sessão Regulatória 28/06/2011

Relatório

Trata-se de embargos¹ protocolizados nesta Agência Reguladora em 16/05/2011, pela Concessionária CEG, em face da Deliberação AGENERSA/CD n.º. 744², de 27/04/2011.

Nos embargos opostos, a CEG, preliminarmente, aponta a sua tempestividade³; a seguir, aponta a existência de omissões na Deliberação atacada ressaltando, quanto às matérias que instruem este feito, que "(...) a reportagem trata do assunto de forma ampla e genérica, sem cobrar das respectivas agências reguladoras qualquer medida, mas sim, trazendo uma satisfação para a sociedade quanto a preocupação e medidas que seriam adotadas pelo Poder Executivo Municipal"; que, contudo, "(...) esta Agência Reguladora entendeu por bem instaurar o presente regulatório com objeto pode-se dizer indeterminado"; aponta que **"A CAENE havia fiscalizado um dos locais tratados nas matérias jornalísticas, através do Termo de Notificação CAENE n.º. 0012/2010 e Relatório de Fiscalização CAENE E-0008/10, tendo a CEG atendido as solicitações do referido Órgão de pronto, o que no entendimento do Conselheiro Relator, geraria para a** u

¹ Fls. 109/113, acostados aos autos através do Termo de Juntada de Documentos, em 18/05/2011, fls. 114.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º. 744, DE 27 DE ABRIL DE 2011. CONCESSIONÁRIA CEG – MATÉRIAS VEICULADAS NO PORTAL O GLOBO ON LINE DIA 04 DE JULHO E NO JORNAL O GLOBO, DIA 05 DE JULHO. 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-12/020.251/2010, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 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 n.º. 001, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados no presente processo.

Art. 2º - 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.

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.
Rio de Janeiro, 27 de abril de 2011.

Moacyr Almeida Fonseca – Conselheiro-Presidente; **Darcilia Aparecida da Silva Leite** - Conselheira-Revisora; **Sérgio B. Raposo** – Conselheiro-Relator (voto vencido).

³ Um vez que "(...) a Deliberação AGENERSA n.º. 744/11, foi publicada no Órgão Oficial do Estado do Rio de Janeiro, no dia 10 de maio de 2011 (...). Portanto, o prazo para a interposição do presente Recurso, teve início em 11/05/2011 (...) e finda em 15/05/2011 (domingo), passando o prazo para o primeiro dia útil subsequente, dia 16/05/2011 (...)"

Concessionária a penalidade de advertência"; ilumina trecho do Voto de Vista por mim proferido⁴; relata que "(...) foi solicitado à CAENE esclarecimentos quanto a explosão ocorrida 'no trecho da Rua São Clemente, entre as ruas Muniz Barreto e Bambina', respondendo a referida Câmara Técnica que 'tal acidente foi tratado no processo E-12/020.070/2008 **já concluído e arquivado**'; assevera que "(...) no acidente tratado no referido processo regulatório E-12/020.070/2008, a AGENERSA concluiu por bem, aplicar à concessionária a penalidade de multa"; entende que "(...) está este regulador, através da Deliberação ora embargada, sendo contraditório ao aplicar outra penalidade pelos mesmos fatos, ensejando de forma cristalina, a ocorrência da dupla punição, que é vedada em nosso ordenamento jurídico"; destaca que "(...) **ao decidir pela aplicação da penalidade de multa o Conselho Diretor foi omissivo, posto que não existe no voto de vista nenhum elemento novo que pudesse modificar o voto do Conselheiro Relator, não existindo, portanto, na decisão do Colegiado uma motivação, o que gerou também a possibilidade dos presentes embargos com base em omissão**"; ressalta que "(...) o único elemento trazido para justificar a aplicação da penalidade foram os fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE n.º. E-0008/10 e no Termo de Notificação n.º. 0012/2010, que já haviam sido analisados pelo Conselheiro Relator"⁵; que "(...) o Conselho Diretor foi omissivo ao não trazer à Deliberação e voto o motivo determinante que os levou a aplicação da penalidade de multa à Concessionária (...)"; elabora comentário sobre o princípio da motivação⁶; entende que "(...) resta evidente a omissão no ato praticado pela Agência Reguladora, diante da inexistência de motivação explícita na Deliberação embargada, o que fere as normas legais e o Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório, previsto no art. 5º da CF"; requer "(...) o acolhimento das preliminares suscitadas (...)"; e, no mérito, "(...) o acolhimento dos presentes Embargos, no que tange à supressão da omissão apontada, e ao saneamento desta (...)". u

⁴ "(...) senti necessidade de melhor apreciar o presente processo, especialmente porque as notícias que deram azo à instauração deste regulatório fazem menção a outra obra além daquela vistoriada pela CAENE, sem que haja qualquer informação a seu respeito, bem assim para melhor avaliar a sugestão de aplicação da penalidade de advertência".

⁵ Defende que "(...) as irregularidades em obras de rua apontadas no Relatório de Fiscalização e Termo de Notificação supracitados, por si só, não tem o condão de gerar aplicação de penalidade pecuniária, conforme se conclui da leitura da Cláusula Dez, caput e inciso II, do Contrato de Concessão".

⁶ Saliencia que "(...) a Lei 5.427/09 (...) esclarece que a motivação do ato é um dos princípios a ser observado, no art. 2º, bem como determina a sua obrigatoriedade em decisões, no art. 48. (...) se os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, sob pena de nulidade, conforme previsto no art. 93, IX da Constituição Federal e art. 165 do Código de Processo Civil, e as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivadas, com fulcro no art. 93, X da Constituição Federal, igualmente deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes. O dever de motivar se deve ao fato de que os agentes administrativos não são 'donos' da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade".

Em 18/05/2011, a SECEX encaminha o feito ao meu Gabinete⁷, com a informação de autuação do processo regulatório n.º. E-12/020.206/2011, em atenção ao disposto no art. 1º da Deliberação AGENERSA n.º. 744/2011.

Instada se manifestar⁸, a Procuradoria da AGENERSA apresenta o Parecer n.º. 718/2011-EVB⁹, no qual aponta que “A motivação que é questionada pela embargante em seu respeitável recurso está cristalina no voto de vista guerreado”; ilumina trecho do Voto de Vista por mim proferido¹⁰; aduz que “O voto é ainda fundamentado, com a colação nos autos do entendimento firmado pela Eminente Ministra Nancy Anfrighi nos autos do Recurso Especial n.º. 1.185.260-GO (2010/044781-6)”; afirma que “(...) não são os mesmos fatos como quer fazer crer a embargante (...)”; que “Trata-se de novos fatos, e, que são recorrentes”; transcreve a conclusão do Relatório de Fiscalização n.º 008/10; assevera que “(...) inconformidades assinaladas dizem respeito ao verificado neste processo e isso é comprovado através dos documentos elaborados pela CAENE (...)”; cita as doutrinas de Rafael Bielsa¹¹, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹² e José dos Santos Carvalho Filho¹³ sobre o Princípio da Motivação; aponta que a matéria também é abordada na Lei Federal n.º. 9.784/1999¹⁴ e no Decreto Estadual n.º. 31.896/2002¹⁵; que “(...) a decisão administrativa resulta de uma série de atos que a antecederam e, assim, motivam e legitimam a apreciação final do Administrador”; que u

⁷ Despacho de fls. 114.

⁸ Tendo em vista o despacho de minha assessoria, em 24/05/2011, fls. 114, *in fine*.

⁹ Em 30/05/2011, fls. 115/119, com o “de acordo” do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento, que complementa: “(...) visto que a motivação da decisão do CODIR encontra-se no voto de vista e em toda a instrução processual, garantindo os direitos processuais constitucionais do embargante. A reforma da deliberação deve ser obtida, através de recurso próprio e não pela via dos embargos”.

¹⁰ “Isto porque o Conselho-Diretor vem firmando o entendimento no sentido de que não tem sido suficiente a aplicação de penalidade de advertência em face da CEG por irregularidades como as aqui apreciadas, para garantir a efetiva observância pela Concessionária das normas que regem a realização de tais obras, considerando que as condutas faltosas em evidência são recorrentes e, em que pese a notícia de que vem sendo tomadas providências no sentido de minimizá-las, ainda não é possível constatar seus efeitos”.

¹¹ “Por princípio, as decisões administrativas deve ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato (motivo-pressupostos) e de direito (motivos determinantes da Lei)” (Compendio de Derecho Publico, Buenos Aires, 1952, II/27) (grifos como no original).

¹² “A motivação, em regra, não exige formas específicas, podendo ser ou não concomitante com o ato, além de ser feita, muitas vezes, por órgão diverso daquele que proferiu a decisão. Frequentemente, a motivação consta de pareceres, informações, laudos, relatórios feitos por outros órgãos, sendo apenas indicados como fundamento da decisão. (...) Neste caso, eles constituem a motivação do ato, dele sendo parte integrante” (Direito Administrativo, pg 83, 14ª Ed., Editora Atlas) (grifos como no original).

¹³ “(...) sem a expressa menção da norma legal não se pode açodadamente acusar de ilegal ato que não tenha formalmente suas razões, até porque estas poderão estar registradas em assentamento administrativo diverso do ato, acessível a qualquer interessado (...)” (Manual de Direito Administrativo, pg 83, 6ª Ed., Editora Lumen Juris) (grifos como no original).

¹⁴ Aponta que “(...) o art. 50 do referido ordenamento jurídico, em seu § 1º, determina que a motivação pode consistir em ‘declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato’” (grifos como no original).

¹⁵ Observa que o referido Decreto dispõe “(...) em seu art. 60, § 1º, que ‘a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos anteriores, pareceres, informações, decisões ou propostas que, neste caso, serão parte integrante do ato’” (grifos como no original).

"(...) quando o Conselho Diretor desta Agência, for prolatar a Deliberação, o fará com base em todo o conteúdo do presente Processo Regulatório"; sustenta que "(...) não se verifica a existência de qualquer omissão na Deliberação 744/11, a ensejar sua declaração"; que "(...) o que pretende a embargante, na verdade, é a reforma da Deliberação, o que não se admite via dos embargos" e opina pelo "(...) improvimento dos presentes embargos".

Mediante a correspondência eletrônica *E-mail* AGENERSA/ASSESS/DL n.º 039/2011¹⁶ é encaminhada à CEG cópia digitalizada de inteiro teor deste feito, comunicada a conclusão de sua instrução e assinado o prazo de 05 (cinco) dias para a apresentação de razões finais.

Pela correspondência DIJUR-E-1172/11¹⁷, a CEG *"(...) reitera os termos dos Embargos de Declaração apresentados¹⁸ (...) que apontaram a existência de omissão e contradição na Deliberação n.º. 744/11 (...)"* e defende que *"(...) a inexistência de motivação faz com que a Deliberação n.º. 744/11 seja nula, devendo os embargos de declaração apresentados pela Concessionária ser conhecidos e acolhidos, de forma a sanar os vícios apontados"*.

É o Relatório.



Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

¹⁶ De 01/06/2011, fls. 120/121 - recebida na mesma data conforme aviso de leitura às fls. 122, 123 e 124.

¹⁷ Protocolizada nesta Agência em 06/06/2011, fls. 125/126.

¹⁸ Ressalta que *"(...) as reportagens tratavam do assunto de forma genérica, sem cobrar das respectivas agências reguladoras quaisquer medidas (...)"; salienta que "A CAENE havia fiscalizado um dos locais tratados na matéria jornalística, através do Termo de Notificação CAENE n.º. 0012/2010 e Relatório de Fiscalização CAENE n.º. 0008/10"; que "Em decorrência disso, a CEG atendeu às solicitações do regulador quando da regulação das obras de forma imediata, o que no entendimento do Conselheiro Relator geraria para a Concessionária a penalidade de advertência"; aponta que opinei pela aplicação da penalidade de multa "(...)" por ter entendido existir no objeto do presente processo outra obra além da fiscalizada pela CAENE"; relata que, após requerer esclarecimentos, fui informada de que "(...)" tal acidente foi tratado no processo E-12/020.070/2008, já concluído e arquivado"; indica que "No processo regulatório supramencionado a AGENERSA aplicou à CEG penalidade de multa, motivo pelo qual está o regulador, por meio da Deliberação n.º. 744/11, sendo contraditório ao aplicar outra penalidade de multa pelos mesmos fatos, incorrendo na aplicação de dupla punição ('bis in idem)"; entende que "(...)" ao decidir pela aplicação da penalidade de multa o Conselho Diretor teria incorrido em omissão, posto que não há nos autos, especificamente no voto de vista, nenhum elemento novo que pudesse justificar a mudança de entendimento quando do proferimento do voto do Conselheiro Relator, não existindo, portanto, na decisão do colegiado uma motivação expressa".*

Processo nº.: E-12/020.251/2010.
 Data de autuação: 05 de julho de 2010.
 Concessionária: CEG.
 Assunto: Matérias veiculadas no portal O GLOBO ON LINE dia
 04 de julho e no jornal O GLOBO, dia 05 de julho.
 Sessão Regulatória: 28 de junho de 2011.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.251/2010

Data 05/07/2010 Fls.: 132

Rúbrica: 

Voto

Trata-se de Embargos de Declaração tempestivamente¹ opostos por iniciativa da CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 744², de 27/04/2011.

Como pretensas razões de embargos, a Concessionária sustenta que a referida Deliberação está viciada por omissão vez que "(...) **ao decidir pela aplicação da penalidade de multa o Conselho Diretor foi omissivo, posto que não existe no voto de vista nenhum elemento novo que pudesse modificar o voto do Conselheiro Relator, não existindo, portanto, na decisão do Colegiado uma motivação, o que gerou também a possibilidade dos presentes embargos com base em omissão**"³, bem assim porque não trouxe "(...) à Deliberação e o voto o motivo determinante que os levou a aplicação da penalidade de multa à Concessionária, ora Embargante." 

¹ Eis que (i) a Deliberação AGENERSA nº. 744/11 foi publicada na imprensa oficial em 10/05/2011 – terça-feira; (ii) o prazo para apresentação de Embargos é de 05 (cinco) dias, na forma do art. 61 do Decreto Estadual nº. 38.618/2005 e do art. 76 do Regimento Interno da AGENERSA; e (iii) a correlata petição foi protocolizada em 16/05/2011 – segunda-feira, primeiro dia útil subsequente à data de expiração de seu prazo, qual seja, dia 15/05/2011.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 744 DE 27 DE ABRIL DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG. matérias veiculadas no portal o globo on line dia 04 de julho e no jornal o globo, dia 05 de julho.

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-12/020.251/2010, por maioria, DELIBERA:

Art. 1º - 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 aos fatos apurados no presente processo.

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.

Art. 4º - Esta deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 27 de abril de 2011.

MOACYR ALMEIDA FONSECA - Conselheiro-Presidente; DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE - Conselheira-Revisora; SÉRGIO BURROWES RAPOSO - Conselheiro-Relator (voto vencido)

³ Grifo conforme original.

Ocorre que a simples leitura permite verificar, com absoluta clareza, que não há contradição, omissão ou obscuridade na Deliberação embargada, a qual está devidamente fundamentada, o que é corroborado pela Procuradoria desta Agência Reguladora.

Observa-se, ainda, que a peça denominada “Embargos”, interposta pela Concessionária CEG, pretende, na verdade, a re-análise do mérito da decisão consubstanciada na Deliberação AGENERSA nº 744/11.

Destarte, a via eleita pela Concessionária para manifestar seu inconformismo não é a adequada⁴ e, querendo, poderá apresentá-lo pela via própria.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Não conhecer os Embargos opostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 744, de 27/04/2011, eis que ausentes os pressupostos de admissibilidade.

É o Voto.



Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.251/2010

Data 05/07/2010 Fls.: 133

Rúbrica: f

⁴ O artigo 76 do Regimento Interno - que dispõe sobre Embargos - aponta, expressa e taxativamente, os pressupostos autorizadores ao cabimento do referido recurso, dentre os quais não se verifica re-análise de qualquer questão de mérito.

AGENERSA

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 784



DE 28 DE JUNHO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG – MATÉRIAS VEICULADAS
NO PORTAL O GLOBO ON LINE DIA 04 DE JULHO
E NO JORNAL O GLOBO, DIA 05 DE JULHO.

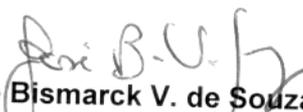
O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E
SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de
suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório
nº. E-12/020.251/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

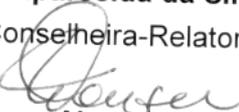
Art. 1º - Não conhecer os Embargos opostos pela Concessionária CEG em face da
Deliberação AGENERSA nº. 744, de 27/04/2011, eis que ausentes os pressupostos de
admissibilidade.

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

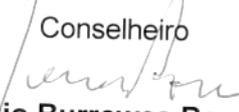
Rio de Janeiro, 28 de junho de 2011.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Relatora


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro


Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.251/2010

Data 05/07/2010 Fls.: 134

Rúbrica: f