

CONCESSIONÁRIA CEG RIO –
OCORRÊNCIA DE ACIDENTE NA REDE
DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL.
BAIRRO MORADA DA
COLINA/RESENDE/RJ – ACIDENTE COM
RETROESCAVADEIRA – AVARIA NA
TUBULAÇÃO.

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-12/020.264/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º. – Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG RIO em face da DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 745, de 27/04/2011, integrada pela DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 805, de 28/07/2011, para no mérito negar-lhe provimento.

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

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2011.

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

Processo nº. E-12/020.264/2010
Data de Autuação 13/07/2010
Concessionária CEG RIO
Assunto Ocorrência de Acidente na rede de distribuição de Gás Natural. Bairro Morada da Colina/Resende – RJ – Acidente com Retroescavadeira – Avaria na tubulação.
Sessão Regulatória 31/10/2011

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.264/2010

Data 13/07/2010 Fls.: 163

Rúbrica: f

Relatório

Trata-se de Recurso protocolizado em 15/08/2011 pela Concessionária CEG RIO¹ contra a Deliberação AGENERSA nº. 745, de 27/04/2011², integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 805, de 28/06/2011 – a qual conheceu e negou provimento aos Embargos interpostos pela Concessionária em face daquela Deliberação.

Preliminarmente, a CEG RIO aponta a tempestividade do recurso³ e requer a concessão de efeito suspensivo ao mesmo⁴. u

¹ Fls. 133/142, noticiado às fls. 144, em despacho que também informa a autuação dos processos nº. E-12/020.207/2011 e E-12/020.208/2011, em atenção ao disposto nos artigos 4º e 5º da Deliberação AGENERSA/CD nº. 745/2011.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 745 DE 27 DE ABRIL DE 2011. CONCESSIONÁRIA CEG RIO – OCORRÊNCIA DE ACIDENTE NA REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL. BAIRRO MORADA DA COLINA – RESENDE – 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-12/020.264/2010, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Considerar que não houve responsabilidade da CEG RIO, quanto às causas do incidente ocorrido na Avenida Professor Darci Ribeiro, 449, esquina com Rua Coronel Aviador Aurélio Machado, bairro Morada da Colina, Resende – RJ, em 05 de julho de 2010.

Art. 2º - Determinar que a CEG RIO comprove, em até 30 (trinta) dias, que obteve ou envidou esforços para obter ressarcimento da empresa Águas das Agulhas Negras, quanto às despesas realizadas para o conserto da tubulação de gás referente ao incidente descrito no Art. 1º, ou que empregou esforços para obter a cobertura do seguro contratado para tal finalidade.

Art. 3º - Os prejuízos decorrentes do incidente em tela não ensejarão reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

Art. 4º - Aplicar à CEG RIO, penalidade de advertência, prevista na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, concomitante com o Art. 18, I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, devido ao Plano de Emergência do Sistema de Distribuição.

Art. 5º - Aplicar à CEG RIO, 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, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, combinado com o Art. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-0016/2010, de 09 de julho de 2010.

Art. 6º - Determinar à SECEX a lavratura dos correspondentes Autos de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 14/2010.

Art. 7º - 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; SÉRGIO BURROWES RAPOSO – Conselheiro-Relator.

³ "(...) considerando-se que o efeito interruptivo impõe o reinício da contagem do prazo e que a Deliberação AGENERSA nº. 805/2011 foi publicada no Órgão Oficial no dia 04/08/2011, o prazo de 10 dias para a interposição do Recurso iniciou-se em 05/08/2011 e terá seu término em 15/08/2011".

⁴ Sob o argumento de que "(...) há um risco de prejuízo de difícil e incerta reparação, na forma do art. 77 § 2º do Regimento Interno da AGENERSA"; defende que tal deferimento é necessário, "(...) sob pena de configuração de um dano material considerável para a empresa, (...), uma vez que a inscrição na Dívida Ativa, ainda que por um breve período de tempo, podem prejudicar seriamente as atividades da Concessionária" e entende ser "(...) fundamental a

No mérito, após breve relato dos fatos, defende que houve a aplicação de sanção para objeto diverso do apurado no presente processo, informando sua surpresa “(...) quando o processo, inicialmente instaurado para apurar o não envio de informa de acidente pela Concessionária, termina com a aplicação de sanção de multa para desconformidade diversa daquela até então apurada”⁵; defende que “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 o não envio do informe de acidente”; entende que “(...) a providência cabível nesse caso seria a instauração de novo processo administrativo, para apurar suposta desconformidade relativa a obra, obedecendo aos princípios acima mencionados”; assevera que tão logo recebeu o Termo de Notificação CAENE nº 0016/2010 “(...) adotou todas as medidas cabíveis, sanando as irregularidades apontadas, conforme restou comprovado com a juntada por meio das correspondências DIJUR-E-3443/10, DIJUR-E-3569/11 e DIJUR-E-3284/10”; que, portanto, “(...) não caberia ao Conselho Diretor da AGENERSA aplicar a penalidade de multa, mas no máximo, poderia ter aplicado a penalidade de advertência”; ilumina o disposto na Cláusula Décima do Contrato de Concessão⁶ para afirmar que, de acordo com tal dispositivo “(...), a aplicação de penalidade somente teria lugar quando a Concessionária deixasse de adotar a conduta determinada pela Agência, dentro do prazo estabelecido, se omitindo em seu dever de atuar, o que não se aplica ao caso em análise”; sustenta 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 responsabilidade quanto ao acidente ocorrido em Resende”⁷; que “(...) deverá a Administração Pública observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como, o esforço da Concessionária quando da imediata correção da desconformidade apontada” e que “(...) não restou evidenciado nos autos qualquer prejuízo efetivo aos consumidores que

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.264/2010

Data 13/07/2010 Fls.: 164

Rúbrica: f

u

concessão de tal efeito, para que haja possibilidade do Conselho Diretor analisar todas as argumentações postas no presente Recurso, (...), sendo esta a forma mais adequada de assegurar o devido processo legal e os princípios da ampla defesa e do contraditório”.

⁵ Observa que “(...) o objeto que deu início ao presente processo foi a suposta não comunicação pela CEG RIO, no prazo de 2 (duas) horas do acidente ocorrido no Bairro Morada da Colina, em Resende”; que “(...) a fiscalização realizada e consubstanciada no Relatório de Fiscalização P-0016/10, foi com objetivo de averiguar a ocorrência de acidente no local em questão, apurando a existência ou não de responsabilidade da Concessionária e o suposto não envio de informe de acidente à AGENERSA”; que “(...) o referido Relatório de Fiscalização apontou suposta irregularidade em obra de reparo da CEG RIO, quando da contenção do escapamento gerado pela empresa Águas das Agulhas Negras”.

⁶ “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).

⁷ Aponta que “Além disso, a primeira fase do artigo 1º da Deliberação atacada é claríssima a conclusão de inexistência de responsabilidade da CEG RO no acidente”.

residiam perto do local da obra”; aponta que “(...) serão ilegítimos e, portanto, invalidáveis pelo Poder Judiciário, os atos normativos e decisórios dos agentes estatais revestidos de irrazoabilidade ou desproporcionalidade”; ilumina a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho⁸ sobre a matéria; entende 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**”; analisa que “**O objetivo da sanção administrativa deve ser o de fazer com que o interesse público, cerne do processo administrativo, seja atendido**”; que “**No caso em questão, tendo a Concessionária de imediato corrigido eventual irregularidade, não há necessidade de aplicação de sanção de multa**”; considera que “**Caso a CEG RIO não tivesse feito a recomposição do pavimento até o julgamento do processo, a aplicação de penalidade de multa se justificaria para coagir o administrado a adotar as providências cabíveis**”; frisa que “(...) **ainda assim, seria mais eficaz a determinação de obrigação de fazer**”; vislumbra que “(...) a imposição de penalidade de multa é medida que não está pautada na busca de um benefício em prol do interesse público” e requer ao Conselho-Diretor que “(...) **seja dado provimento ao presente Recurso, anulando-se a multa imposta no art. 5º da Deliberação AGENERSA nº. 745/11, na forma requerida ao longo deste Recurso, eis que ausentes os fundamentos que justificam a sua imposição (...)**” (grifos no original).

Às fls. 143, consta cópia da Resolução do Conselho-Diretor nº. 250, de 23/08/2011, na qual se verifica a distribuição do presente processo a minha Relatoria.

Na data de 01/09/2011, o feito é encaminhado à Procuradoria da AGENERSA⁹, que apresenta o Parecer nº. 798-EVB¹⁰, no qual sugere “(...) o indeferimento da solicitação preliminar de concessão de efeito suspensivo”¹¹. *u*

⁸ “Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há que revestir-se de tríplex fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; **2) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menos prejuízo aos indivíduos**; 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superem as desvantagens” (grifos como no original).

⁹ Despacho da assessoria deste Gabinete, às fls. 144, verso.

¹⁰ De 06/08/2011, fls. 145/151, com o “de acordo” do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

¹¹ Eis que depreende “(...) 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 (...)”; bem assim não vislumbra “(...) suspeita de ilegalidade dos respectivos atos administrativos normativos exarados por esta Autarquia, o que justificaria, caso existente, a concessão do presente efeito suspensivo” e ilumina a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho: ‘(...) Pode ocorrer, com efeito, que o administrador suspeite, de plano, da ilegalidade do ato e o paralise para evitar conseqüências mais danosas para a Administração’.

No que concerne ao mérito, considera que “Quanto ao argumento de que foi aplicada à recorrente sanção para objeto diverso do apurado no processo em comento, a recorrente repete os argumentos despendidos nos embargos de fls. 90/93, usando o argumento de contradição na Deliberação acima citada, rechaçados por esta Procuradoria e não conhecidos de forma unânime pelo colegiado desta Autarquia Especial”; relembra posicionamento defendido pela Concessionária CEG nos autos do processo regulatório nº. E-12/020.041/2011¹²; entende que “(...) não pode haver dois pesos e duas medidas”; aponta que “(...) o Termo de Notificação de fls. 10, é claro ao descrever as irregularidades cometidas pela recorrente, principalmente, no contido no Plano de Emergência aprovado pela Agência Reguladora”; afirma que “(...) a própria recorrente admite as irregularidades identificadas pela área técnica da AGENERSA¹³ (...), o que demonstra claramente descumprimento das normas transcritas no termo de Notificação de fls. 10, sujeitando à recorrente, às penalidades dispostas no instrumento concessivo, materializadas na Deliberação de fls. 81”; elabora breve estudo sobre o Princípio da Motivação, iluminando as doutrinas de Rafael Bielsa¹⁴, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵ e José dos Santos Carvalho¹⁶ Filho e determinações dispostas na Lei Federal nº. 9.784/1999¹⁷ e no Decreto Estadual nº. 31.896/2002¹⁸; cita o § 2º da Cláusula Décima do Contrato de Concessão¹⁹; lembra 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 (...) foi praticada de acordo com o instrumento concessivo, de forma

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.264/2010

Data 13/07/2010 Fls.: 166

Assinatura: f

u

¹² No qual afirmou, às fls. 36: “(...) Já no que se refere ao parecer da Procuradoria de fls. 29/31, não vemos razão para abertura de novo processo regulatório, haja vista que os fatos narrados no Relatório de Fiscalização e Termo de Notificação de fls. 12/15, estão diretamente relacionados ao objeto do processo, tratando-se de vistoria realizada no local onde houve um acidente causado por terceiros, que já havia sido devidamente informado à AGENERSA”; e, às fls. 37, que “(...) Assim, não há que se falar em abertura de novo processo para tratar de assunto já debatido”.

¹³ Cita afirmações da CEG RIO às fls. 139: “(...) 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” e “(...) não caberia ao Conselho Diretor da AGENERSA aplicar a penalidade de multa, mas no máximo, poderia ter aplicado a penalidade de advertência”.

¹⁴ “Por princípio, as decisões administrativas devem ser motivadas formalmente, vale dizer que a parte dispositiva deve vir precedida de uma explicação ou exposição dos fundamentos de fato (motivos-pressupostos) e de direito (motivos determinantes da Lei)” (Compendio de Derecho Público, Buenos Aires, 1952, II/27) (grifos como no original).

¹⁵ “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).

¹⁶ “(...) sem a expressa menção da norma legal não se pode acozadamente 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, 6º ed., Editora Lumen Juris) (grifos como no original).

¹⁷ A qual “também observa o princípio da motivação como indicação de pressupostos de fato, bem como os fundamentos jurídicos que determinem as decisões ou atos administrativos. (...) o art. 50 (...), 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” (grifos como original).

¹⁸ “(...) que regula o Processo Administrativo no Âmbito da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro. Estatui, 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).

¹⁹ “§ 2º. As penalidades, que guardarão proporção com a gravidade da infração, serão aplicadas mediante procedimento administrativo em que se assegure à CONCESSIONÁRIA amplo direito de defesa”.

criterosa, observando o decido 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”; tece breves comentários a respeito do Princípio da Razoabilidade; afirma que “(...) a razoabilidade relaciona-se a viabilização do exercício concreto do direito de defesa o qual, já demonstrado acima, não foi violado, posto que toda a oportunidade de manifestação foi deferida à Recorrente”; cita os aspectos que compõem o Princípio da Proporcionalidade; aponta que “No plano da adequação ficou evidenciado ao longo do feito que a Concessionária não diligenciou quanto ao ocorrido, cabendo sua responsabilidade quanto ao descumprimento do Contrato de Concessão”; que “O contrato de concessão prevê que a violação de suas cláusulas resultará na imposição de penalidades” porque “(...) reconheceram as partes previamente, que esta seria uma medida necessária à impor a coerção da execução do contrato”; 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”; argumenta que “(...) se ao longo do presente processo a concessionária não diligenciou para cumprir o contrato, ao contrário, pretende uma imposição unilateral, à revelia do poder concedente e da AGENERSA, a imposição de penalidade é necessária à restauração do contrato ao seu status quo em benefício da segurança dos serviços”; reconhece 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 opina pelo “(...) não provimento do recurso apresentado, mantendo-se in totum a Deliberação AGENERSA nº. 745/11”.

Às fls. 152, encontra-se decisão através da qual esta Relatoria indeferiu o efeito suspensivo pleiteado pela Recorrente.

Mediante correspondência eletrônica²⁰, a Assessoria deste Gabinete comunica à CEG RIO a respeito do indeferimento do efeito suspensivo solicitado, encaminha cópia digitalizada deste feito²¹, informa a conclusão de sua instrução e assina o prazo de 05 (cinco) dias para a apresentação de razões finais²². *u*

²⁰ De 14/09/2011, às fls. 153 – Com a respectiva comprovação de recebimento acostada às fls.154, 155 e 156.

²¹ Em 19/09/2011, a Assessoria deste Gabinete encaminha cópia do presente processo à Concessionária - fls. 159, com o respectivo aviso de leitura às fls. 160; em atenção à solicitação feita pela mesma através de correspondência eletrônica, uma vez que a anteriormente encaminhada se referia a processo diverso.

²² Por meio de correspondência eletrônica datada de 16/09/2011 – fls. 157/158, a CEG RIO informa à assessoria de meu Gabinete que as cópias anexas ao E-mail AGENERSA/ASSESS/DL nº. 067, de 14/09/2011, se referem a processo diverso do presente e solicita o encaminhamento das cópias correspondentes, sendo o pleito imediatamente atendido, igualmente através de correspondência eletrônica – fls. 159, cujo recebimento se verifica através do aviso de leitura de fls. 160.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.264/2010

Data 13/07/2010 Fls.: 167

Rubrica: *f*

Na data de 27/09/2011, o feito é encaminhado à SECEX²³, para atendimento do disposto no artigo 64, § 2º do Regimento Interno da AGENERSA²⁴, retornando ao meu gabinete²⁵ em 29/09/2011, com a informação de que “Não houve Requerimento de vista dos autos por interessados”.

Inscrito para julgamento na Sessão Regulatória de 30/09/2011, o feito foi retirado de pauta.

É o Relatório.



Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.264/2010

Data 13/07/2010 Fls.: 168

Rúbrica: ✕

²³ Mediante o despacho de fls. 160, verso.

²⁴ “Art. 64 – A pauta, preparada pela Secretaria Executiva, indicando o dia, hora e local será distribuída aos Conselheiros e publicada no Diário Oficial do Estado, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias.

(...)

§ 2º - Dos processos incluídos na pauta da Sessão Regulatória será dado direito de vista aos interessados, nas dependências da Agência, pelo prazo improrrogável de 3 (três) dias corridos contados do primeiro dia útil seguinte ao da data de publicação da referida pauta no Diário Oficial, implicando o silêncio das partes na renúncia àquele direito”.

²⁵ Por meio do despacho da SECEX - fls. 161.

Processo n.º.: E-12/020.264/2010.
Data de autuação: 13 de julho de 2010.
Concessionária: CEG RIO.
Assunto: Ocorrência de acidente na rede de distribuição de gás natural. Bairro Morada da Colina/Resende – RJ – acidente com retroescavadeira – avaria na tubulação.
Sessão Regulatória: 31 de outubro de 2011.

Voto

Trata-se de analisar o Recurso interposto tempestivamente¹ pela Concessionária CEG RIO em face da Deliberação AGENERSA n.º. 745², de 27/04/2011, integrada pela Deliberação AGENERSA n.º. 805, de 28/07/2011³, por meio do qual a Recorrente pretende a anulação da penalidade de multa aplicada através do art. 5º da primeira Deliberação informada.

Em sede preliminar, a Concessionária requer a concessão de efeito suspensivo ao Recurso, o que foi indeferido por esta Relatoria com esteio em pronunciamento da Procuradoria da AGENERSA, conforme decisão de fls. 152. u

¹ Protocolizado nesta AGENERSA em 15/08/2011, observou o prazo de 10 (dez) dias estabelecido no art. 77 do respectivo Regimento Interno - considerando, para tanto, a prorrogação ao primeiro dia útil subsequente à efetiva data de expiração (conforme consta às fls. 130, a Deliberação que apreciou os Embargos foi publicada na Imprensa Oficial em 04/08/2011, de maneira que o prazo para protocolização do Recurso ora apreciado encerrou em 14/08/2011, domingo).

² DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º. 745 DE 27 DE ABRIL DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG RIO. OCORRÊNCIA DE ACIDENTE NA
REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL. BAIRRO MORADA DA
COLINA-RESENDE/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-12/020.264/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Considerar que não houve responsabilidade da CEG RIO, quanto às causas do incidente ocorrido na Avenida Professor Darcy Ribeiro, 449, esquina com a rua Coronel Aviador Aurélio Machado, bairro Morada da Colina, Resende – RJ, em 05 de julho de 2010.

Art. 2º - Determinar que a CEG RIO comprove, em até 30 (trinta) dias, que obteve ou emvidou esforços para obter ressarcimento da empresa Águas das Agulhas Negras, quanto às despesas realizadas para o conserto da tubulação de gás referente ao incidente descrito no Art. 1º, ou que empregou esforços para obter a cobertura do seguro contratado para tal finalidade.

Art. 3º - Os prejuízos decorrentes do incidente em tela não ensejarão reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

Art. 4º - Aplicar à CEG RIO, penalidade de advertência, prevista na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, concomitante com o Art. 18, I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007, devido ao descumprimento à etapa de emergência 7.8 – Procedimento de Atuação de Emergência da NT-500-BRA, Plano de Emergência do Sistema de Distribuição.

Art. 5º - Aplicar à CEG RIO, 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, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, combinado com o Art. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 01/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE n.º. P-0016/2010, de 09 de julho de 2010.

Art. 6º - Determinar à SECEX a lavratura dos correspondentes Autos de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 01/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 14/2010.

Art. 7º - 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; SÉRGIO BURROWES RAPOSO - Conselheiro-Relator.

³ Através do qual o Conselho-Diretor da AGENERSA conheceu os Embargos interpostos, para, no mérito, negar-lhes provimento.

Adentrando ao mérito, a CEG RIO traz como tese inaugural o argumento de “*aplicação de sanção para objeto diverso do apurado no presente processo*”, alegando que “*Maior é a surpresa quando o processo, inicialmente instaurado para apurar o não envio de informe de acidente pela Concessionária, termina com a aplicação de sanção de multa para desconformidade diversa daquela até então apurada.*” o que, segundo entende, caracteriza violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, haja vista que “*(...) somente tomou conhecimento da suposta irregularidade no meio do processo administrativo, no qual, até então vinha se manifestando apenas sobre o não envio do informe de acidente*”.

Registre-se ainda que, na Sessão Regulatória realizada em 30/09/2011, representando a Concessionária, a Dra. Kátia Valverde Junqueira usou a palavra⁴ para, em suma, argumentar que “*(...) a causa de penalizar (...) foi totalmente distinta do objeto inicial*” aduzindo que “*(...) o processo foi aberto com a finalidade de apurar o incidente de terceiros na rede da CEG (...), não obstante foi considerado que não tínhamos responsabilidade sobre esse fato e, curiosamente, em função de um relatório da CAENE que teria verificado que a recomposição asfáltica de uma obra da CEG localizada no mesmo local não estava adequada, nós fomos então multados por conta disso*” e alegar que no momento da fiscalização objeto do Relatório CAENE P-0016/10 a obra ainda não havia sido concluída.

De fato, uma acurada análise destes autos conduz ao reconhecimento de que a penalidade aplicada fundamentou-se em fato diverso daquele objeto do presente processo, uma vez que o Relatório do Atendimento de Urgência de fls. 08 - *documento que menciona o acidente que deu azo à instauração do presente regulatório* - aponta como local do sinistro a Av. Professor Darci Ribeiro, nº. 499, esquina com Rua Coronel Aviador Aurelio Machado, enquanto, de acordo com o Termo de Notificação de fls. 10, a irregularidade que efetivamente motivou a aplicação da penalidade de multa ora vergastada ocorreu na Avenida Antenor Oreilly de Souza Junior, ambos no Bairro da Colina, Município de Resende/RJ.

u

⁴ Argumentando que: “Peço a palavra (...) para chamar atenção para dois aspectos: o processo foi aberto com a finalidade de apurar o incidente de terceiros na rede da CEG (...), não obstante foi considerado que não tínhamos responsabilidade sobre esse fato e, curiosamente, em função de um relatório da CAENE que teria verificado que a recomposição asfáltica de uma obra da CEG localizada no mesmo local não estava adequada, nós fomos então multados por conta disso. Então eu gostaria de chamar a atenção dos Senhores por duas razões: primeiro a questão entre o objeto efetivamente do processo e a causa de penalizar que foi totalmente distinta do objeto inicial. E por outro lado, também, (...) o Relatório de Fiscalização data do dia 09/07/2010, porém, a CEG encaminhou para a Agência Reguladora, em 28/07/2010, uma correspondência sobre esse Relatório de Fiscalização, informando que essa obra, que teria sido apontada como tendo sido feita uma recomposição asfáltica inadequada, ela na verdade não estava concluída, ela só seria concluída no dia 22 de agosto de 2010. Portanto, obviamente que não se poderia querer, no momento da fiscalização, a aplicação efetiva da recomposição asfáltica, uma vez que ela não poderia estar ser utilizada até o final da obra.”

No entanto, alheio à conveniência de lavratura de Termos de Notificação distintos, é certo que, *in casu*, a reunião dos dois fatos num mesmo Termo de Notificação não acarretou à Concessionária qualquer prejuízo que justifique a declaração de nulidade dos artigos 5º e 6º da Deliberação AGENERSA nº. 745, de 27/04/2011, notadamente porque foram efetivamente observados os Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório.

Desta feita, se por um lado é possível afirmar a proteção aos direitos da Recorrente, de outro giro a declaração de nulidade pretendida acarretará em necessária instauração de novo regulatório, providência que, *in casu*, não se conforma ao Princípio da Economia Processual.

Isso porque, tratar-se-ia de simples formalidade, tendo em vista que a Concessionária, nos presentes autos, se manifestou, mais de uma vez, sobre a irregularidade pela qual foi penalizada e seus argumentos foram devidamente considerados no Relatório, bem assim no Voto condutor da Deliberação deste Conselho-Diretor, de modo que sua re-análise, além de ser feita em sede de apreciação do presente Recurso, ocorrer mais uma vez em processo a ser instaurado não traria novas luzes à conclusão sobre a responsabilidade da Concessionária pelo evento penalizado, retratando, pois, mera postergação.

Para encerrar o tema, vale ressaltar que em nenhuma de suas 13 (treze) manifestações escritas a Concessionária suscitou tal fato, ou seja, de que o local onde se verificou a irregularidade apontada no Termo de Notificação não se conformava ao local do acidente não comunicado à AGENERSA - objeto do presente processo, somente trazendo tal alegação por ocasião de sustentação oral proferida na última Sessão Regulatória, ocorrida em 30/09/2011.

No que se refere à alegação de que no momento da fiscalização que gerou o Relatório CAENE P-0016/10 a obra ainda não havia sido concluída, entendo que melhor sorte não socorre à Recorrente.

Isso porque a despeito da grande extensão de ^uvia a ser asfaltada, não é razoável imaginar que o trecho já recomposto e, portanto, fiscalizado pela Câmara Técnica de Energia desta AGENERSA, fosse sofrer nova intervenção. u

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.264/2010

Data 13/07/2010 Fls.: 171

Rúbrica: f

Além disso, a própria Recorrente, às fls. 41/42⁵, acusa a irregularidade na recomposição asfáltica quando afirma que a mesma já foi sanada. São suas palavras:

“Cumpre ressaltar que todas as ações com o objetivo de sanar as irregularidades em relação à recomposição da faixa de rolamento da Av. Antenor Oureilly de Souza Junior foram realizadas (...)”.

À evidência, a alegação de que a obra estava inacabada - *em que pese ser verossímil, haja vista sua extensão* - não macula a conclusão de irregularidade no trecho já recomposto esposada no referido Relatório de Fiscalização da CAENE.

Passando ao enfrentamento das alegações constante da peça de Recurso propriamente dita, tem-se que sua primeira razão de reforma encontra-se prejudicada diante das alegações orais há pouco rechaçadas, eis que a tese lá apresentada partiu da equivocada premissa de que o local da irregularidade constatada era o mesmo da fiscalização do acidente não comunicado.

Não obstante isso, não procede sua tese de “*aplicação de sanção para objeto diverso do apurado no presente processo*”, sob o argumento de que “(...) o processo, inicialmente instaurado para apurar o não envio de informe de acidente pela Concessionária, termina com aplicação de sanção de multa pela desconformidade diversa daquela até então apurada.”.

Isso porque o regulatório em voga, conforme se verifica do teor da CI CAENE Nº. 069/10 - documento que deu azo à sua instauração -, teve como finalidade a averiguação do acidente ocorrido em 05/07/2010, no Bairro Morada da Colina, Município de Resende/RJ. *In verbis*:

“Na recente vistoria do Engenheiro Marlon ao Município de Resende, tivemos conhecimento de [que] houve um acidente na rede em 5 do corrente, inclusive foi notícia da Tv local, assim solicitamos a ASRIN buscar essa reportagem, pois a CEG RIO não nos informou conforme determinação contratual.

Assim, solicito abertura de processo regulatório de imediato sobre o assunto em tela.”

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.264 / 2010

Data: 13/07/2010 Fls.: 172

Rúbrica: f

⁵ Correspondência DIJUR-E-3792/10.

Como se pode observar, a correspondência interna em destaque menciona o acidente como um todo, apenas ressaltando possível descumprimento contratual consubstanciado na não comunicação daquele acidente, o que não retira desta AGENERSA, por óbvio, o seu dever de identificar a eventual existência de outras irregularidades.

Igualmente improcedente, repita-se, é a alegação da Recorrente de violação a princípios constitucionais, notadamente porque, ao contrário do que sustenta, seu direito de defesa lhe foi oportunizado em apenas 03 (três) dias após a instauração do presente processo, eis que sua autuação data de 13/07/2010 e o respectivo Termo de Notificação foi recebido naquela CEG RIO em 16/07/2010.

Prossegue a Concessionária atacando a aplicação de penalidade de multa, agora sob o argumento de que *"(...) assim que recebeu o mencionado Termo de Notificação, adotou todas as medidas cabíveis, sanando as irregularidades apontadas (...)"*

Trata-se de tese apreciada diversas vezes por este Colegiado, de sorte que já se encontra consolidado o entendimento de que tal alegação retrata inequívoco reconhecimento da Concessionária quanto à veracidade do teor do respectivo Termo de Notificação.

Ademais, sua argumentação releva-se nitidamente equivocada, uma vez que o Termo de Notificação, na forma da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, 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.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.264/2010

Data 13/07/2010 Fls.: 173

Rúbrica: f

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, notadamente no seu art. 4º, I e IV⁶.

No mais, e com base no argumento de que sanou a contento as desconformidades apontadas no referido Termo de Notificação, defende a CEG RIO a impossibilidade de aplicação de penalidade uma vez que, de acordo com a Cláusula Dez do Contrato de Concessão, "(...) a aplicação de penalidades somente teria lugar quando a Concessionária deixasse 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 prevalecer seu entendimento, estar-se-á modificando a finalidade do Termo de Notificação, que, na esteira do que preleciona o art. 6º⁷ da já mencionada Instrução Normativa, possui natureza repressiva e não preventiva como tenta fazer crer.

O atacado Termo de Notificação é expresso ao indicar as normas violadas, especialmente as regras oriundas das Normas Técnicas da própria CEG RIO, às quais, por imposição contratual, está obrigada a observar, nos termos da Cláusula Quarta – Obrigações da Concessionária, *caput*⁸ e item 6º⁹ e do Anexo II – Requisitos de Qualidade e Segurança, Parte I – Metas de Melhoria, item 12¹⁰.

Cabe registrar ainda a contradição da Recorrente, que, neste mesmo tópico, onde, como já destacado, defende que "(...) a aplicação de penalidades somente

Serviço Público Estadual
Processo n.º E-12/020.264/2010
Data 13/07/2010 Fls.: 174
Rúbrica: f

⁶ Lei Estadual nº. 4.556/2005 - "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".

⁷ "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: (...)

⁸ "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."

⁹ "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;"

¹⁰ "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."

teria lugar quando a Concessionária deixasse de adotar a conduta determinada pela Agência (...).”, afirma que “(...) considerando que as medidas ventiladas no Relatório de Fiscalização já foram providenciadas pela CEG RIO, não caberia ao Conselho-Diretor da AGENERSA aplicar a penalidade de multa, mas no máximo, poderia ter aplicado a penalidade de advertência.”.

A incoerência trazida à baila corrobora a fragilidade de sua alegação, já que ora a Concessionária se manifesta pela impossibilidade de aplicação de penalidade, ora aponta a advertência como sanção proporcional à falta cometida.

Como derradeira razão de recorrer, a CEG RIO lança a tese de “Irrazoabilidade/ Desproporcionalidade da Penalidade Aplicada”, sob o argumento de 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 constitucionais válidas.”.

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 nº. 745/11.

A começar pelo Princípio da Razoabilidade, é possível concluir, de acordo com a definição do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho¹¹, 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.

A toda evidência 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 nº. 001/2007, que, por sua vez, são de pleno conhecimento da CEG RIO.

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.

¹¹ “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” (grifos no original). FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 31/32.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.264/2010

Data 13/07/2010 Fls.: 175

Rúbrica: f

Ainda fazendo uso das palavras do doutrinador já citado¹², 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 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 disposições do Contrato de Concessão, notadamente aquelas que dizem respeito ao serviço adequado, especialmente à segurança, justificando, pois, a atuação dessa Agência Reguladora.

Assim, a aplicação de multa contra a qual se insurge a Recorrente 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 Concessionária não teria anuído com sua previsão no Contrato de Concessão; e, por fim, a aplicação de penalidade de multa é em si proporcional às faltas identificadas, já que a vantagem a ser auferida se consubstancia no atendimento aos preceitos dispostos no respectivo Contrato de Concessão.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG RIO em face da Deliberação AGENERSA nº. 745, de 27/04/2011, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 805, de 28/07/2011, para no mérito negar-lhe provimento.

É o Voto.



Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

¹² Obra já citada, p. 33

AGENERSA

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 896



DE 31 DE OUTUBRO DE 2011.

**CONCESSIONÁRIA CEG RIO - OCORRÊNCIA DE
ACIDENTE NA REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS
NATURAL. BAIRRO MORADA DA
COLINA/RESENDE - RJ - ACIDENTE COM
RETROESCAVADEIRA - AVARIA NA
TUBULAÇÃO.**

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.264/2010

Data 13/07/2010 Fls.: 177

Rúbrica:

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-12/020.264/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG RIO em face da Deliberação AGENERSA nº. 745, de 27/04/2011, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 805, de 28/07/2011, para no mérito negar-lhe provimento.

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

Rio de Janeiro, 31 de outubro 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