

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 534

DE 26 DE FEVEREIRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG. TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA 009/08.

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-12/020.285/2008, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Defesa Prévia apresentada pela Concessionária CEG, porque tempestiva, em face do Termo de Notificação AGENERSA nº. 09/2008, de 18/08/2008, para no mérito negar-lhe provimento.

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

Rio de Janeiro, 26 de fevereiro de 2010.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO

Conselheiro-Presidente

DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE

Conselheira

MOACYR ALMEIDA FONSECA

Conselheiro

SÉRGIO BURROWES RAPOSO

Conselheiro-Relator



AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIROS
DA 22/08/2008
Proc. n.º 12/020.285/2008
Fls: 127

Processo n.º: E-12/020.285/2008
Autuação: 22/08/2008
Concessionária: CEG
Assunto: Termo de Notificação AGENERSA 009/08.
Relato: 26 de fevereiro de 2010

VOTO

O presente processo trata de RECURSO interposto tempestivamente pela Concessionária CEG em 26/03/09, contra a Deliberação AGENERSA n.º. 359/09, de 17/02/09. Este recurso foi precedido de embargo e de defesa prévia, o que explica o interregno entre a data da deliberação e da entrada do recurso. Reproduzo a seguir as principais determinações da deliberação em questão:

Art. 1º - Conhecer a Defesa apresentada pela Concessionária CEG contra o Termo de Notificação n.º. 09/08, porque tempestivo, para no mérito negar-lhe provimento.

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de ADVERTÊNCIA, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão concomitante com o art. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD no. 01/07, pela reincidência da mesma no descumprido do item 1 do § 1º, da Cláusula Quarta — Obrigações da Concessionária, do Contrato de Concessão (...)

Este processo regulatório original é de 22/08/08, iniciado pela requisição SECEX n.º. 72/08, de 22/08/08, baseado no Termo de Notificação n.º. 09/08, de 18/08/08, relativo ao Relatório de Fiscalização CAENE P-16/08, referente a desconformidades em obras na Estrada Rosário, Estrada S. Tomé e Estrada das Palmeiras, em Duque de Caxias.

A seguir, descrevo em parte o conteúdo do recurso interposto pela Concessionária:

Preliminarmente, mais uma vez, investe a Concessionária contra as determinações da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 01/07, alegando que: (...) a edição da Instrução Normativa (...) implica em nítida violação aos preceitos do Contrato de Concessão, bem como aos princípios que regem o Direito Administrativo. Como em votos anteriores, permito-me o direito de não mais entrar na discussão solicitada pela Concessionária sobre esta matéria, vez que o poder de multar e punir desta AGENERSA é ponto pacífico, sobre o qual não resta qualquer dúvida. Assim, afasto por inaceitáveis os argumentos apresentados na preliminar do recurso em tela. No entendimento da Concessionária, quando o tema refere-se ao cerceamento de defesa, a mesma assevera que: (...) O artigo 6º, parágrafo 2º da Instrução Normativa



AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIROSANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
DATA: 22/08/2008.
Proc. E- 12/020.285/2008.
Fls: 128

AGENERSA/CD n.º 01/07, estabelece que a Concessionária poderá se manifestar no prazo de 10 (dez) dias sobre o objeto do Termo de Notificação, podendo, inclusive, juntar comprovantes que julgar convenientes.

Note-se (...) que o Termo de Notificação lavrado por essa CAENE, consignou expressamente no item 10, que a eventual impugnação apresentada pela Concessionária deveria se restringir tão-somente quanto à forma da notificação, senão vejamos:

10 - Prazos limite:

Após o recebimento da Notificação, conceder-se-á um prazo de 10 (dez) dias, para apresentação de eventual Impugnação, **relativa à forma da notificação** (Art. 6º. Parágrafo 2º - Capítulo II da Instrução Normativa CD n.º 01/07).

Sobretudo, (...) os direitos ao contraditório e à ampla defesa se constituem, (...) em princípios intrínsecos ao Estado de Direito, de modo que a tentativa dessa Agência Reguladora em impedir o livre exercício de defesa desta Concessionária, (...) se traduz em nítida afronta aos preceitos instituídos pelo legislador constituinte originário de 1988.

No tocante à ausência de norma regulamentar à Concessionária (...) cumpre esclarecer que o relatório de fiscalização CAENE P-16/08 apontou a existência de desconformidades em obra realizada nas Estradas do Rosário, de São Tomé, e das Palmeiras, no bairro de Jardim Primavera, município de Duque de Caxias, sob a pecha de que teriam sido supostamente descumpridas as normas técnicas editadas pela própria Concessionária, senão vejamos:

- I. Valas sem proteção antes de sua conclusão, em desacordo com o item 6.1 da NT-813-BRA;
- II. Tapume de proteção instalado de maneira irregular e perigosa, em desacordo com o item 6.1 da NT-813-BRA;
- III. Placas de identificação em desacordo como item 6.3.2 e o Anexo 5 da NT-813-BRA."

(...) a consolidação de desconformidades ou irregularidades em face do descumprimento de uma normativa técnica, somente seria possível, se a mesma fosse referendada por meio de um ato normativo, editado por essa Agência Reguladora. Todavia, a eventual materialização de penalidade por essa Agência Reguladora em face desta Concessionária, quando inexistente norma regulamentar, constitui ofensa ao Princípio da legalidade administrativa (...).

No Mérito, (...) na improvável hipótese de serem ultrapassadas todas as preliminares suscitadas por esta Concessionária, (...) entende a mesma que não incorreu na prática de quaisquer irregularidades, quando da ação de fiscalização realizada por



AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Rio de Janeiro

Data: 22/08/2008

Proc. 12/020/285/2008

Fis: 139

essa Câmara de Energia da AGENERSA. Logo, (...) o parecer dessa Câmara de Energia baseia-se de forma abstrata a lavratura do Termo de Notificação, em razão desta Concessionária ter supostamente descumprido as suas próprias normas técnicas internas.

A Concessionária assevera ter havido cerceamento de defesa e destaca parte do voto da Conselheira-Relatora em deliberação anterior:

*“Conforme dito anteriormente a edição da Instrução Normativa serviu para regulamentar os procedimentos a serem adotados pela AGENERSA nas ações de fiscalização das obrigações legais e contratuais dos serviços concedidos à CEG e na aplicação de penalidades, primando especialmente pelos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, assim como pelos Princípios da Ampla de Defesa e do Contraditório, que **proporciona várias oportunidades de defesa à Concessionária, inclusive notificando-a sobre irregularidades encontradas e concedendo prazo para saná-las antes de aplicar qualquer penalidade.** Desse modo, não há sustentabilidade que justifique a alegação da Concessionária.”*

Prossegue a Concessionária: (...) nota-se que há flagrante cerceamento de defesa. (...) Mesmo a Concessionária afirmando ter realizado as adequações das irregularidades apontadas, (...) a penalização foi inevitável. Logo, (...) constata-se que não adianta sanar as alegadas irregularidades, (...) pois mesmo o fazendo a Concessionária é penalizada.

Sendo assim, (...) não caberia a aplicação de qualquer penalidade, razão pela qual pugna esta Concessionária pela revogação da penalidade aplicada pelo artigo 2º da Deliberação AGENERSA n.º 359/09 e (...) julgando-se improcedente o Termo de Notificação n.º 09/08.”

Quanto às adequações realizadas por esta concessionária (...) cumpre (...) esclarecer que, todas as inadequações apontadas pelo relatório de fiscalização, foram devidamente sanadas (...).

Reitera ainda a Concessionária: (...) As desconformidades apresentadas no presente Termo de Notificação, (...) já foram integralmente sanadas, não merecendo, portanto, subsistir o presente termo de notificação.”

Diante do exposto a Concessionária conclui: (...) esta Concessionária requer, no mérito, sejam tornadas insubsistentes as decisões da Deliberação citada, bem como as alegações descritas no Termo de Notificação, procedendo-se ao arquivamento do presente, o que confia será deferido, por ser medida de extremo bom senso e Justiça.”

Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 22, 08 2008
Proc. E- 12/020.285/2008
Fls: 130
AGENERSAAGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Segundo parecer da Procuradoria "A Concessionária alega inúmeras razões para fundamentar seu recurso, principalmente, que o Termo de Notificação é assinado por servidor não concursado, o que é inviável pela indelegabilidade do poder de polícia (...)."

"Quanto à alegação de cerceamento de defesa, é descabida a alegação (...) visto que todas as fases do processo regulatório foram devidamente cumpridas (...)."

"(...) a fiscalização promovida pela CAENE representa atos materiais preparatórios que precedem a sanção de polícia aplicada (...), pois (...) **somente o Conselho Diretor da AGENERSA tem a prerrogativa de punir a Concessionária, após o devido processo legal, não há que se falar em sanção de polícia, mas sim em fiscalização de polícia, que compete a Administração exercer de ofício, sem necessidade de qualquer provocação, sempre buscando o respeito à legalidade e ao Contrato de Concessão.**"

"Seria de estranhar se a AGENERSA não fiscalizasse as obras promovidas pela CEG/ CEG-RIO, sendo tal fiscalização um dever basilar da Agência, sob pena de responsabilização por omissão."

Diante de todo o exposto, a Procuradoria desta AGENERSA "(...) considera descabidas as alegações da recorrente, devendo o Recurso ser conhecido, em razão da tempestividade, mas rejeitado integralmente."

Em 26/05/09, a CAENE, informou, após vistoria in locu, que as obras foram concluídas em consonância com as Normas Técnicas aplicáveis.

Através da correspondência DIJUR-E-044/10, de 18/01/10, a Concessionária, apresentou suas considerações finais e reiterou os termos do Recurso Interposto contra a Deliberação AGENERSA nº.359/09, sem apresentar novos argumentos.

Assim, considerando que a Concessionária apresentou no corpo do processo confissão de que efetivamente houve desconformidades na execução das obras em tela, considerando que não apresentou em seu recurso qualquer argumento capaz de embasar uma possível revisão das decisões anteriores deste Conselho Diretor e considerando que as obras foram concluídas a contento segundo parecer da CAENE, acompanho os pareceres da Procuradoria e da CAENE e proponho ao Conselho Diretor acatar o pedido de recurso em tela, já que interposto tempestivamente, para, no mérito, negar-lhe provimento.

Assim voto.


Sérgio Raposo
Conselheiro-Relator.





**AGENERSA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 534

DE 26 DE FEVEREIRO DE 2010.

**CONCESSIONÁRIA CEG – TERMO DE
NOTIFICAÇÃO AGENERSA 009/08.**

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-12/020.285/2008, por unanimidade,

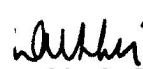
DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Defesa Prévia apresentada pela Concessionária CEG, porque tempestiva, em face do Termo de Notificação AGENERSA nº. 09/2008, de 18/08/2008, para no mérito negar-lhe provimento.

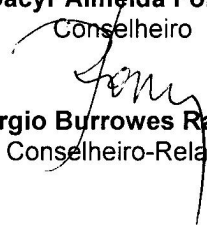
Art. 2º Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de fevereiro de 2010.


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro-Presidente


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro-Relator

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
A CIVIL
Rio de Janeiro, 22/08/2008
Proc. E-12/020.285/2008
Fls: 131