

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 546

DE 30 DE MARÇO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA PROLAGOS – AUTO DE INFRAÇÃO.

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 nºE -12/020.267/2008, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º - Manter o Auto de Infração nº 038/2009 e 0 39/2009 e, conseqüentemente, a aplicação das penalidades de multa e advertência, previstas, respectivamente, na Cláusula Quinquagésima Primeira, Parágrafo Vinte e Um, alínea "b", e Cláusula Quinquagésima Primeira, Parágrafo Vinte e Dois, inciso primeiro, ambas do Contrato de Concessão, com base na Deliberação AGENERSA nº. 261, de 31 de julho de 2008.

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

Rio de Janeiro, 30 de março de 2010.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO

Conselheiro-Presidente Relator

DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE

Conselheira

MOACYR ALMEIDA FONSECA

Conselheiro

SÉRGIO BURROWES RAPOSO

Conselheiro

MARIO FLAVIO MOREIRA

Vogal

**Processo n.º:** E-12/020.267/2008  
**Autuação:** 08/08/2008  
**Concessionária:** PROLAGOS  
**Assunto:** AUTO DE INFRAÇÃO  
**Relato:** 30 de março de 2010

### VOTO

Trata-se da análise de impugnação ofertada pela Concessionária CEG em face do Auto de Infração n.º.38/2009 e 39/2009, por meio do qual esta Agência Reguladora impõe a penalidade de multa diária, prevista na Cláusula Quinquagésima Primeira, parágrafo vinte e um, alínea "b", do Contrato de Concessão, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e penalidade de advertência com fulcro na Cláusula Quinta, parágrafo vinte e dois, inciso primeiro do referido pacto

Inicialmente, cumpre mencionar que a Impugnação apresentada é tempestiva, uma vez que o prazo de impugnação de cinco dias úteis foi devidamente observado.

A Concessionária ofereceu defesa<sup>1</sup> em face dos supramencionados autos de infração, sendo certo que as razões tecidas pela requerente não merecem prosperar, conforme se demonstrará a seguir.

Suscita a PROLAGOS, vício de forma, em razão da ausência de discriminação do cálculo da multa e dos critérios de sua imposição, tratando-se, contudo, de mera alegação sem qualquer respaldo probatório.

Isso porque, o Auto de Infração n.º.038/2009, acostado a fls.15 traz em anexo memória de cálculo e respectiva Deliberação, consoante se denota no item 19.

<sup>1</sup> Fls.32/39.

Da mesma forma não há como acolher a tese suscitada pela Concessionária no que tange à ausência de critérios. Cabe salientar, neste sentido, que os autos, objeto da presente Impugnação, teve por origem o processo regulatório E-33/100.402/2004, onde foi apresentado quadro com os reajustamentos tarifários ordinários e seus percentuais, nos termos da CI CAPET 48/2006<sup>2</sup>.

Ressalte-se ainda, que além de evidenciados os critérios a serem adotados, os reajustes são de pleno conhecimento da Concessionária, eis que homologados em sessão regulatória e com a presença de seus representantes.

O argumento de ausência de critérios para imposição da multa, portanto, são dignos de rejeição.

Há que se salientar ainda, à exaustão, que a Concessionária já tinha plena ciência dos cálculos apresentados por esta AGENERSA, desde o processo regulatório E-33/100.402/2004, os quais àquela época, apresentavam-se adequados e sem qualquer vício que os maculasse.

Cabe registrar que o primeiro Auto de Infração foi anulado por erro formal e não em razão dos cálculos apresentados à época, os quais permaneceram corretos e válidos, e devidamente mantidos.

Nesse diapasão manifestou-se a Ilustre Procuradoria desta AGENERSA ao tratar do tema, vejamos:

***“A anulação do AI anterior se deu por descumprimento do art.23, XX do Decreto 38.618/2005, modificado pelo Decreto 41.431/2006, que exige a lavratura conjunta da Secretária Executiva com um gerente da Câmara Técnica competente, fato que não ocorreu dando ensejo à nulidade, sendo apenas este o erro formal. Assim, os cálculos já são de conhecimento pleno da PROLAGOS, consoante fls.110/111 do processo regulatório supracitado. Argumento pois, que se deve rejeitar, de plano.” (g.n)***

<sup>2</sup> Fls.110/111

Melhor sorte não socorre à requerente quando afirma ter esta Agência Reguladora incorrido em violação aos princípios do contraditório e ampla defesa, tratando-se de alegações rarefeitas e sem veracidade.

Tal se constata à simples leitura do dos cálculos elaborados pela CAPET (fls.110/111) em processo regulatório onde foi apurada a multa em questão, a qual apenas restou fixada após robusta instrução processual e com o pleno exercício do direito de defesa e contraditório, conforme exaustivamente demonstrado.

Equivoca-se por mais uma vez a Concessionária ao suscitar “ausência de proporcionalidade da multa imposta”, uma vez que a multa imputada àquela tem por origem decisão proferida pelo Conselho Diretor, devidamente fundamentada, nos termos do Art.93, inciso IX da Constituição da República, com base no contrato de concessão e nas provas produzidas no processo regulatório E-33/100.402/2004.

Causa espécie a assertiva da Concessionária no que tange à alegação de ausência de proporcionalidade na multa aplicada por esta AGENERSA, eis que esta decorre de previsão expressa em contrato de concessão, mais precisamente na cláusula 51, §21º, alínea “b”<sup>3</sup>.

Tem-se, portanto, que a multa, ora impugnada pela requerente, é de sua ciência, não havendo que se falar em desproporcionalidade, já que se trata de puro e simples cálculo aritmético, conforme salientou a Procuradoria desta AGENERSA, que salientou, inclusive, o caráter pedagógico da pena:

***“A pena de multa aplicada à concessionária teve correto enquadramento, fundamentação, memória de cálculo e observou o que dispõe o contrato de concessão, na cláusula correspondente, razão pela qual guardou respeito aos princípios da proporcionalidade***

<sup>3</sup> PARÁGRAFO VIGÉSIMO PRIMEIRO Serão aplicadas, também multas moratórias, nas situações abaixo descritas e nos valores fixados: (...) b) a continuidade de descumprimento de encargos de responsabilidade da CONCESSIONÁRIA, não abrangidos nas Tabelas do parágrafo anterior, previstos no projeto básico/descriptivos técnicos, nos Manuais de Operação e de Procedimentos, no presente CONTRATO e na Proposta de Metodologia de Execução, enquanto persistirem, independentemente de notificação da ASEP-RJ sujeitará a CONCESSIONÁRIA a multa diária equivalente a R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

***e razoabilidade, sendo de natureza, também pedagógica, para prevenir que tal afronta aos ditames contratuais, por parte da PROLAGOS, não mais se repita.”***

Outra não pode ser a conclusão deste relator, do que constatar que a impugnação apresentada pela Concessionária tem caráter meramente protelatório, afastando-se, e muito, do direito de defesa.

Ora, a requerente tem plena ciência de que o auto de infração anteriormente elaborado por esta AGENERSA foi anulado tão somente em razão da existência de vício formal, não tendo, contudo, atingido os cálculos apresentados àquela época.

Da mesma forma, é do conhecimento da Concessionária os termos do contrato de concessão firmado entre as partes, e, conseqüentemente, também é de sua ciência o valor da multa diária que lhe foi aplicada, já que expressamente prevista nos termos do pacto em tela.

Destarte, descabida a defesa apresentada pela PROLAGOS ao afirmar “ausência de gradação da pena”, uma vez que esta, repita-se, é prevista de forma expressa no contrato de concessão, firmado pela requerente sem qualquer oposição às cláusulas ali existentes.

Há que se indagar, portanto, qual o objetivo da requerente ao impugnar o auto de infração em comento, alegando para tanto ausência de descrição e critérios na elaboração dos cálculos e ainda ausência de razoabilidade, já que tais alegações não condizem com a realidade dos fatos.

Mais uma vez nos deparamos com alegações, sem qualquer fundamento jurídico ou fático, as quais devem ser rechaçadas de plano, em razão de ausência de amparo legal ou probatório.

Cumpra da mesma forma impugnar a tese de “afrenta ao princípio da proibição do **bis in idem**”, haja vista que a penalidade de advertência foi aplicada em razão do descumprimento da cláusula 42<sup>4</sup>, §5º ao 9º, e a penalidade de multa diária foi fixada com fulcro na cláusula 43<sup>5</sup>, §9º e 10.

Desta forma, não obstante as penalidades derivarem da mesma conduta, estão previstas em cláusulas contratuais diversas, o que autoriza a sua cobrança, não havendo que se falar em **bis in idem**.

Ademais, ordenamentos jurídicos diversos prevêem a aplicação concomitante de penalidades distintas provenientes do mesmo fato, assim o é por exemplo, com o Direito Penal, que prevê pena de detenção e multa para o crime de prevaricação (art.319 do Código Penal).

No que tange às alegações de “Fato do Príncipe”, “impossibilidade de aplicação quando não afetado o serviço” e “critério não consentâneo com o contrato”, trata-se de matéria de mérito, que foram exaustivamente debatidas no processo regulatório E-33/100.402/2004, e portanto, já se encontram superadas.

Entretanto, mister esclarecer alguns pontos, a fim de afastar qualquer dúvida a respeito do tema, vejamos.

Inicialmente não merece prosperar a alegação de “Fato de Príncipe”, em razão não apenas das provas produzidas naqueles autos, como também em razão da constatação de atraso na apresentação dos projetos de execução das referidas obras. Ressalte-se ainda, que a posterior aprovação pela CASAN não exclui ou abona o atraso configurado.

Da mesma forma, a tese de impossibilidade de aplicação da multa quando não afetado o serviço deve ser rechaçada, já que a concessionária não pode ser contemplada com isenção de responsabilidade quando deixa de cumprir suas obrigações contratuais.

<sup>4</sup> Cláusula Quadragésima Segunda – Da Execução das Obras e Serviços;

<sup>5</sup> Cláusula Quadragésima Terceira – Da Fiscalização e Regulação da Concessão.

**AGENERSA**

Rubrica:

GOVERNO DO  
Rio de JaneiroAgência Reguladora  
de Energia e Saneamento Básico  
do Estado de Rio de Janeiro

A multa aplicada, portanto, foi devidamente graduada em consonância com a necessidade de corrigir descumprimento do contrato de concessão firmado entre as partes, já que este deve priorizar o interesse público e o bem estar da coletividade.

Insta repisar que caberia à Concessionária proceder de acordo com os ditames contratuais, incluídos aí o prazo de entrega dos projetos à esta AGENERSA, logo, se assim não o fez, incorreu em inequívoco descumprimento contratual, não havendo o que se discutir nesse sentido.

No que tange ao índice aplicado pela CAPET para a correção do valor da multa, restou devidamente fixado e em conformidade com o contrato de concessão firmado entre as partes.

Assim se pronunciou a supramencionada Câmara Técnica em Nota Técnica de fls.60/62 dos autos:

*“Esta câmara adotou como critério a utilização unicamente dos **índices de reajustamento tarifários ordinários**, grifo nosso, desconsiderando as readequações tarifárias motivadas por pedidos de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro, antecipação de obras e afins. (...) Como se percebe, não houve qualquer fuga aos princípios contratuais.*

*A menção à “inflação do período” é indevida. O contrato tem seu próprio mecanismo de atualização monetária expresso na fórmula paramétrica, não havendo razão para negociar a adoção de outro indicador.”*



Aliás, a eleição de índice de forma aleatória e não prevista contratualmente configuraria quebra da segurança jurídica e do princípio da boa-fé, dogmas que devem pautar o contrato de concessão, e a relação entre Poderes Concedentes, Concessionárias, usuários e Agência Reguladora.

O princípio geral da boa fé atua não só no âmbito do exercício de direitos e poderes, mas também na constituição das relações e no cumprimento dos deveres, implicando na necessidade de uma conduta leal, honesta, estimada e que se pode esperar de uma pessoa, protegendo a confiança que, fundamentadamente, pode-se depositar no comportamento de outrem, valendo transcrever:

***“A boa-fé incorpora o valor ético da confiança. Representa uma das vias mais fecundas de irrupção do conteúdo ético-social na ordem jurídica, e, concretamente, o valor da confiança. (...) A boa-fé supõe uma regra de conduta ou comportamento civiliter, uma conduta normal, reta e honesta, a conduta de um homem comum, de um homem médio.”<sup>6</sup>***

E como brilhantemente salientou a I. Procuradoria desta AGENERSA:

***“Nada mais justo e balizador da Segurança Jurídica do que aplicar o índice contratualmente eleito para os reajustes das tarifas, a fonte de receita da concessionária”***

Desta feita, é possível constatar, diante de toda a minuciosa explanação a respeito dos autos em tela, que inexistente qualquer vício formal ou de cálculos, capaz de macular os Autos de Infração, objetos da presente impugnação.

<sup>6</sup> PÉREZ, Jesús González. El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999. p. 69/70.



**AGENERSA**

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

Serviço Público Estadual

Processo n.º E12.020.267 / 2008

Data 08 / 08 / 08

Rubrica:  **GOVERNO DO  
Rio de Janeiro**

Por todo o exposto, voto pela manutenção do Auto de Infração n.º 038/2009 e 039/2009 e, conseqüentemente, pela aplicação das penalidades de multa e advertência, previstas, respectivamente, na Cláusula Quinquagésima Primeira, Parágrafo Vinte e Um, alínea "b", e Cláusula Quinquagésima Primeira, Parágrafo Vinte e Dois, inciso primeiro, ambas do Contrato de Concessão, com base na Deliberação AGENERSA n.º. 261, de 31 de julho de 2008.

**É como voto.**

  
**José Carlos dos Santos Araújo**  
Conselheiro Relator

**DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 546**

**DE 30 DE MARÇO DE 2010**

**CONCESSIONÁRIA PROLAGOS –  
AUTO DE INFRAÇÃO**

**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-12/020.267/2008, por unanimidade,

**DELIBERA:**

Art.1º - Manter o Auto de Infração nº. 038/2009 e 039/2009 e, conseqüentemente, a aplicação das penalidades de multa e advertência, previstas, respectivamente, na Cláusula Quinquagésima Primeira, Parágrafo Vinte e Um, alínea “b”, e Cláusula Quinquagésima Primeira, Parágrafo Vinte e Dois, inciso primeiro, ambas do Contrato de Concessão, com base na Deliberação AGENERSA nº. 261, de 31 de julho de 2008.

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

Rio de Janeiro, 30 de março de 2010.

  
**José Carlos dos Santos Araújo**  
Conselheiro-Presidente Relator

  
**Darcília Aparecida da Silva Leite**  
Conselheira

  
**Moacyr Almeida Fonseca**  
Conselheiro

  
**Sérgio Burrowes Raposo**  
Conselheiro

  
**Mário Flávio Moreira**  
Vogal