

CONCESSIONÁRIA CEG. CONVERSÃO DO SISTEMA PARA A UTILIZAÇÃO DE GÁS NATURAL.

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-12/020.054/2007, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 561, de 29/04/2010, vez que tempestivo, para, no mérito, negar-lhe provimento.

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

Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2010.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro-Presidente
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira-Relatora
MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro
SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro



Processo n.º. E-12/020.054/2007
Data de Autuação 26/01/2007
Concessionária CEG
Assunto Conversão do Sistema para a Utilização de Gás Natural.
Relato 27 de outubro de 2010.

Relatório

Trata-se de Recurso interposto pela Concessionária CEG à Deliberação AGENERSA n.º 561¹, publicada no Diário Oficial do dia 08/04/2010.

Na referida peça², protocolizada nesta Agência em 17/05/2010, a CEG, preliminarmente, afirma sua tempestividade, pleiteia a concessão de efeito suspensivo, e, no mérito, após breve síntese dos fatos, considera haver nulidade na citada Deliberação por cerceamento de defesa, para o que aponta o disposto no artigo 50, § 2º do Regimento Interno desta AGENERSA³, afirma que a referida norma visa ***(...) proporcionar à Concessionária o exercício das garantias e direitos à ampla defesa e contraditório, consectários lógicos do princípio do devido processo legal***; defende que ***(...) é um direito da Concessionária, na qualidade de parte interessada, manifestar-se após o encerramento da instrução do Recurso***; que ***(...) após a apresentação de parecer pela Procuradoria da AGENERSA, deve ser aberto prazo para que a Concessionária se manifeste sobre os seus termos***; ressalta que ***(...) quando da juntada das razões finais pela Concessionária (...), o i. Conselheiro Relator optou por novamente submeter o processo à análise da Procuradoria, entretanto, quando da juntada do*** *u*

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 561, DE 29 DE ABRIL DE 2010. CONCESSIONÁRIA CEG – CONVERSÃO DO SISTEMA PARA UTILIZAÇÃO DE GÁS NATURAL. 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-12/020.054/2007, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa no montante de 0,01% (um centésimo por cento) do seu faturamento, nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 18, inciso I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 01/2007, devido ao descumprimento do disposto no § 2º, Cláusula 6ª, do Contrato de Concessão.

Art. 2º - Determinar que a Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária, providencie a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 01/2007.

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.


José Carlos dos Santos Araújo (Conselheiro-Presidente); Darcília Aparecida da Silva Leite (Conselheira); Moacyr Almeida Fonseca (Conselheiro); Sérgio Burrowes Raposo (Conselheiro-Relator).

² FIs.136/146.

³ "Art. 50 – ...

§ 2º - Após a manifestação dos Órgãos Técnicos e da Procuradoria da Agência Reguladora, os interessados serão instados a apresentar as suas razões finais, no prazo máximo de 10 (dez) dias."

Parecer deste órgão, não foi reaberto prazo para que a Recorrente se manifestasse quanto aos pontos ventilados neste segundo parecer, o que viola frontalmente as garantias do contraditório e ampla defesa, bem como o devido processo legal"; defende que "Não há como subsistir uma decisão proferida no julgamento de um processo, quando não é facultado à parte interessada, a sua devida e regular manifestação quanto à juntada de novos documentos e/ou pareceres"⁴; afirma que "(...) deveria esse órgão regulador ter retirado o processo de pauta de votação da Sessão Regulatória, abrindo-se vista aos interessados para que exercessem o seu direito de se manifestar, ou não, sobre o novo parecer emitido pela d. Procuradoria da AGENERSA"; motivo pelo qual requer a "(...) anulação da Deliberação 561/10, de modo a ser retomada a instrução do processo, abrindo-se prazo para a sua manifestação acerca do segundo parecer formulado pela Procuradoria, devendo ser o processo novamente julgado, sendo conseqüentemente anulada a multa imposta (...)".

Prossegue a CEG em sua peça recursal, abordando a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, quando afirma que "(...) a Concessionária tinha o interesse de cumprir o prazo estabelecido no contrato de concessão (...)"; contudo "(...) em contrapartida existia um interesse maior (...), qual seja, a preocupação com a segurança dos usuários que estavam tendo que adequar os seus imóveis para efetuar a troca de gás (...)"; argumenta que "(...) o interesse público prepondera sobre o interesse privado (...) razão pela qual a exigência do cumprimento do prazo para o término do trabalho de concessão não poder ser mais relevante, ou seja, preponderar, a finalização das adequações nos imóveis para recebimento de forma mais correta e segura do gás natural"; ilumina o artigo 1º, parágrafo único, do Regimento Interno⁵; entende que "(...) o Órgão Regulador deveria ser o primeiro a prestigiar a medida utilizada pela Concessionária de estender o prazo para pôr fim aos trabalhos de conversão da forma mais harmoniosa para todos os envolvidos, e, principalmente, segura"; e considera evidente que "(...) não é justo impor à Concessionária uma penalidade tão gravosa, já que a sua conduta não se coaduna com a motivação exposta na Deliberação AGENERSA n.º. 561/10". 

⁴ Afirma que "Não é admissível que o voto seja proferido com base em pareceres e/ou documentos que a parte interessada não teve acesso, nem oportunidade de se basear nas suas razões finais".

⁵ São finalidades da AGENERSA:

I – **assegurar a prestação de serviços adequados, assim entendidos aqueles que satisfazem as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação** e modicidade nas suas tarifas, zelando pelo fiel e rigoroso cumprimento das normas aplicáveis e dos contratos de outorga de serviços públicos;

II – **garantir a harmonia entre os interesses dos usuários, concessionários e permissionários dos serviços públicos estaduais regulados** (grifos como no original).

Entende que houve aceitação tácita da Agência Reguladora, sob o argumento de que "(...) a Concessionária comunicou à Agência Reguladora, através da correspondência DIRII-E-527/06 de 27/11/2006, que o prazo para a conclusão do processo de conversão estaria sendo estendido por mais sete meses, em razão da grande complexidade dos trabalhos envolvidos"; que "(...) a mencionada correspondência foi anterior ao término do prazo do processo de concessão, cabendo ao Órgão Regulador, se não tivesse de acordo, ter se manifestado à época, o que não ocorreu"; considerando "(...) correto o entendimento da Concessionária de que houve uma aceitação tácita da AGENERSA, posto que não existiu qualquer tipo de manifestação da AGENERSA contrário ao comunicado de dilação do prazo feito pela CEG"; considera evidente que "(...) a Concessionária não foi em momento algum arrogante (...), mas sim, sabedora de suas obrigações, comunicou ao Órgão Regulador a necessidade de ser estendido o prazo para o término dos trabalhos de conversão, esperando que a mesma se manifestasse concordando ou não. (...) como não houve qualquer manifestação contrária à dilação do prazo, a CEG deu continuidade aos trabalhos, entendendo ter havido uma aceitação tácita do Conselho Diretor da AGENERSA, agindo de boa-fé"; aduz que "(...) não houve nenhuma negligência da Concessionária ao estender o prazo para a conclusão dos trabalhos por mais sete meses, pelo contrário, a CEG buscou ser o mais prudente possível para evitar acidentes e/ou transtornos futuros aos consumidores"; e assinala que "(...) não foi levado em consideração que a Concessionária, tem o dever de observar a Política Nacional de Relações de Consumo, prevista no Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), não podendo impor ao usuário as adequações necessárias para efetivar a conversão, no prazo que lhe fosse mais conveniente, em detrimento da segurança e das possibilidades econômicas daqueles".

A seguir, requer novamente a anulação da deliberação atacada, por considerar que houve inobservância aos princípios da fixação da penalidade, sob o argumento de que "(...) a solução deste Conselho Diretor em punir a Concessionária em razão de esta ter sido excessivamente cautelosa, foge a todas as demais decisões tomadas nesta Agência, que de forma incisiva vem cobrando atitudes mais enérgicas da CEG em nome da segurança"; frisa que "Foi esclarecido e comprovado no presente processo que a Concessionária comunicou à Agência Reguladora que os trabalhos de conversão seriam estendidos por mais 07 (sete) meses, não tendo recebido qualquer tipo de negativa"; salienta que "(...) não houve uma regulamentação quanto a forma para a Concessionária requerer a dilação do prazo para o término dos trabalhos de conversão, tendo a mesma utilizado a que lhe pareceu ser a mais adequada"; que "(...) também não foi regulamentado de que forma

Rubrica: *[assinatura]*
a Agência Reguladora deveria dar o aceite, razão pela qual deveria ter sido aplicado ao caso em tela, o Princípio da Instrumentalidade das formas, no sentido de que a forma utilizada pela CEG atingiu a finalidade pretendida, sendo razoável a anulação da penalidade de multa imposta à Concessionária, vez que cumpriu o prazo para término do processo de conversão, se levado em consideração a dilação comunicada pela mesma”; assevera que “(...) os parâmetros para a fixação da penalidade não foram razoáveis, já que a principal finalidade da multa é ‘obrigar’ o administrado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, sendo que no presente regulatório, os trabalhos de conversão foram concluídos dentro de um prazo razoável, sendo descabida a coerção pecuniária”; que “Da mesma forma, não foi a sanção aplicada à Concessionária proporcional, pois a conduta foi correta, sendo extremamente preocupada com a segurança do consumidor, não sendo, portanto, a penalidade aplicada compatível com a conduta de boa-fé da Recorrente, cabendo, no presente caso, no máximo, a penalidade de advertência”.

Conclui, requerendo que seja “(...) **anulada a Deliberação AGENERSA n.º. 561/10, na forma requerida ao longo deste Recurso, reabrindo-se a instrução do processo, de modo a possibilitar sua manifestação quanto ao Parecer elaborado pela Procuradoria, viabilizando, assim, o pleno exercício das garantias do contraditório e ampla defesa, com a consequente reapreciação e julgamento do processo, caso não seja acolhido o cerceamento de defesa, requer seja anulada a Deliberação AGENERSA n.º. 561/10, revogando-se a punição de multa que lhe foi imputada, (...)**”⁶.

Conforme Resolução do Conselho-Diretor n.º. 187, de 18/05/2010⁷, o presente recurso é distribuído à minha relatoria.

Mediante o Ofício AGENERSA/DL n.º. 002, de 08/07/2010⁸, esta Relatoria comunica à CEG o indeferimento do pedido de efeito suspensivo ao recurso, com base no pronunciamento da Procuradoria da AGENERSA⁹. *u*

⁶ Grifos como no original.

⁷ Ata às fls. 147.

⁸ Fls. 150, recebido pela CEG na mesma data.

⁹ Fls. 149, como “de acordo” do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento - Parecer n.º. 416/2010-EVB, de lavra do Dr. Edson Vaz Borges, no qual entende que “(...) em que pesem os argumentos expendidos pelas recorrentes, não me parece possível o seu acolhimento, já que, além de desacompanhados das necessárias justificativas e comprovações, não se conformam às hipóteses previstas no citado § 2º, do art. 77 do regimento Interno desta Autarquia, porquanto não vislumbro risco de perecimento de direito ou prejuízo para a prestação adequada do serviço público delegado” e opina pelo “(...) indeferimento do efeito suspensivo (...)”.

Em 09/06/2010, a Assessoria de meu Gabinete remete¹⁰ o feito à Procuradoria desta AGENERSA, que apresenta o Parecer n.º. 440/2010-EVB¹¹, de lavra do Dr. Edson Vaz Borges, no qual afirma que “*Não há afronta ao artigo 5º, LV da Constituição Federal¹²”; que “O contraditório e a ampla defesa estiveram sempre presentes nos autos, conforme pode-se verificar, consignando-se a efetividade do devido processo legal”; e que “A recorrente foi ouvida, acompanhou todos os atos processuais, produziu provas e participou da sua produção; foi informada de todos os atos do processo, da motivação das decisões e do acesso aos meios necessários para impugná-los”; aponta que “Não há embasamento contratual/legal que dê prerrogativas à recorrente de ‘ampliar o prazo entre a revisão e a conversão para 09 (nove) meses, no intuito oferecer aos clientes tempo suficiente para repararem suas instalações, e ‘ainda dizer que ‘contou com a concordância, ainda que tácita, da AGENERSA’”; afirma que “A AGENERSA não foi comunicada e tampouco consultada”; entende que “A recorrente não poderia tomar decisões sem consultar/ informar à Agência Reguladora e tampouco ir de encontro ao estabelecido na Deliberação, no caso a Deliberação 130/01, que determina que a efetiva retomada deveria ser formalmente comunicada à Agência Reguladora”; que “A recorrente também não poderia tomar decisões por conta própria, ampliando o prazo erroneamente contabilizado, segundo a área técnica da AGENERSA e tampouco, poderia interferir no Contrato de Concessão e tomar decisões que são de competência da Agência Reguladora”; assinala que “(...) a recorrente, destoando do artigo 6º da Deliberação 130/01, de 18/01/2001, não comunicou à AGENERSA, a retomada da conversão na data correta, estendendo por mais 7 (sete) meses os trabalhos por conta própria, e em razão disso, infringindo determinação constante da citada Deliberação”; que “(...) a recorrente deveria observar o § 2º, da Cláusula 6ª do Contrato de Concessão, sendo que o não cumprimento da citada Cláusula, acarretaria a instauração de processo, como se deu”; observa que “A recorrente se vale do comunicado ASEP-RJ n.º. 01/99, de 22/11/99 que determina a paralisação de todos os trabalhos de conversão, em função dos problemas que estavam ocorrendo, dizendo que o prazo estabelecido no § 2º da Cláusula 6ª, seria suspenso”; sustenta que **“No que tange a opinião da CAENE, fls. 84/85, e, no que está disposto nos autos, a recorrente não solicitou formalmente a dilatação do prazo contratual para conversão, fazendo-o unilateralmente em data incorreta”**; informa que “A Deliberação 130/00, em seu artigo 6º, prorrogou o prazo contratualmente estabelecido para a conclusão dos trabalhos de conversão pelo período compreendido entre o dia 22 de Novembro de 1999 e o dia de sua efetiva*

u

¹⁰ Por meio do despacho de fls. 151, verso.

¹¹ Fls. 152/158, com o “de acordo” do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

¹² “LV – aos litigantes, em processo jurisdicional ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (grifos como no original).

retomada, que deveria ser formalmente comunicada à Agência Reguladora, ficando interrompida a conversão, na data de 22/11/1999 até a data de 15/10/2000"; explica que "(...) a CEG deveria incorporar a interrupção da contagem de prazo, em conformidade com o artigo 6º da Deliberação 130/01, ficando pois o prazo prorrogado de **21/01/05 para 14/12/06**"; concorda com o parecer da CAENE e entende que "(...) a recorrente, destoando do artigo 6º da Deliberação 130/2001 de 18/01/2001, não comunicou à Agência Reguladora a retomada da conversão da na data correta, estendendo por mais 7 (sete) meses os trabalhos por **conta própria**, e em razão disso infringindo determinação constante na citada Deliberação¹³".

No que concerne à suposta violação dos Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade, afirma 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"¹⁴; discorre sobre os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade; aduz 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 da 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 entende que "(...) deve ser mantida in totum, a Deliberação AGENERSA n.º 561 de 29 de abril de 2010, posto que, está em consonância com a legislação em vigor, já que a recorrente infringiu o artigo 18, inciso I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 01/2007, descumprindo o disposto no § 2º da Cláusula 6ª, do instrumento concessivo".

Mediante o ofício AGENERSA/ASSESS/DL n.º 019, de 29/06/2010¹⁵, a assessoria de meu Gabinete encaminha à Concessionária cópia digitalizada do presente processo, informa sobre a conclusão de sua instrução e assina o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de razões finais.

Às fls. 160, em razão de licença desta Conselheira, o feito é despachado à SECEX. le

¹³ Grifos como no original.

¹⁴ Assinala que a Cláusula Décima do Contrato de Concessão trata das penalidades aplicáveis e que o § 2º da aludida cláusula condiciona a aplicação das penalidades à observância do princípio da proporcionalidade e que, assim, serão aplicadas conforme a gravidade da infração.

¹⁵ Fls. 159, recebido pela CEG na mesma data.

Pela correspondência DIJUR-E-3085/10¹⁶, protocolizada nesta Agência em 12/07/2010, a CEG ratifica os termos do recurso interposto; reafirma que "(...) houve o descumprimento aos Princípios Constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório (...)"; destaca que "(...) a Procuradoria tratou da manifestação da Concessionária ao longo do processo, mas não tratou especificamente do cerceamento de defesa alegado em sede recursal, pois claramente foi impedido a Concessionária o acesso ao último Parecer proferido pela Procuradoria, na qual o Conselheiro Relator fez menção explícita em seu voto".

Considera que "(...) o ponto nodal da questão é a forma como foi feita a contagem do prazo do processo de conversão, que não foi entendido pelo Conselho Diretor desta Agência Reguladora"; aponta que, no cálculo apresentado pela CAENE "(...) foi apenas acrescido o prazo em que a conversão restou suspensa (22 meses e 23 dias), ao prazo que seria o prazo final acordado no Contrato de Concessão (21/01/2005), ou seja, como se tivesse passado os 90 meses concedidos na data em que na realidade, o processo foi apenas suspenso, momento em que, na realidade, ainda faltava, 61 meses e 29 dias, que não foram considerados"; que "(...) pelo mencionado cálculo, o prazo estipulado pelo Contrato de Concessão passaria a ser de aproximadamente 50 meses e 24 dias, posto que se omite o período que faltava quando da suspensão para o prazo total de 90 meses concedidos no Contrato de Concessão, que não foram considerados"; apresenta seu entendimento sobre a contagem do prazo e afirma que "(...) computando-se o tempo restante para o término do prazo determinado no Contrato de Concessão (90 meses – 28 meses e 1 dia + 61 meses e 29 dias), acrescido do período em que os trabalhos ficaram suspensos (22 meses e 23 dias), percebe-se que a Concessionária não utilizou sequer os 7 (sete) meses requeridos à Agência Reguladora, através da DIRJ-E-527/06, que este Órgão Regulador tanto contestou, afirmando que não havia se manifestado quanto a tal extensão"; sustenta que "(...) por ocasião do encaminhamento da correspondência DJRI-E-356/07, em 22/10/07, esta Concessionária havia concluído a obrigação fixada no instrumento concessivo, com mais de um ano de antecedência, com o novo prazo limite fixado pela Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 130/00, que ocorreria apenas em 06/11/2008 (resultado da data da retomada do processo de conversão, 15/01/2001, somados 84 meses e 22 dias, período faltante, que compreendia os 61 meses e 29 dias, que restavam quando da data

¹⁶ Fls. 162/165 – Encaminhada à SECEX, para juntada aos autos, por despacho do Assessor de Conselheiro Bernardo Braga Otto Kloss, em 12/07/2010.

Serviço Público Estadual



Processo n.º E-12/020.054/2007

Data 26/01/2007 Fls.: 180

Rúbrica: *[assinatura]*



da suspensão, somados ao período da efetiva suspensão, 22 meses e 23 dias¹⁷, por fim, requer "(...) seja julgado procedente o recurso interposto, com a anulação da Deliberação AGENERSA n.º. 561/10, por inobservância da Agência Reguladora ao Princípio da Ampla Defesa e do Contraditório, bem como por ter a contagem do prazo do processo de conversão sido feita de forma equivocada pela CAENE. Sem incluir o período que restava para completar os 90 meses quando da suspensão dos trabalhos, o que veio a desencadear a aplicação da penalidade pecuniária da CEG de forma igualmente equivocada, posto que a conversão ocorreu e foi concluída dentro do prazo estabelecido".

Às fls. 168, consta despacho da Secretária-Executiva da AGENERSA, encaminhando o feito ao Gabinete do Conselheiro Moacyr Almeida Fonseca¹⁸, que o devolve àquela SECEX em 05/10/2010¹⁹, tendo em vista a redistribuição ocorrida na 20ª Reunião Interna realizada na mesma data, sendo o feito enviado para este Gabinete em 08/10/2010 pela SECEX²⁰.

É o Relatório.

[assinatura]

Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

¹⁷ Grifos como no original.

¹⁸ Conforme Resolução do Conselho-Diretor n.º 195, de 27/07/2010 - fls. 167.

¹⁹ Mediante CI AGENERSA/MF n.º. 35/10, fls. 169.

²⁰ Por meio do despacho de fls. 171.

Processo nº E-12/020.054/2007
Data de Autuação 26/01/2007
Concessionária CEG
Assunto Conversão do Sistema para a Utilização de Gás Natural
Sessão Regulatória 27 de Outubro de 2010.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.054/2007

Data 26/01/2007 Fls.: 181

Voto

Rúbrica: 

Trata-se de Recurso interposto tempestivamente¹ pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 561, de 29/04/2010².

Manifestando seu inconformismo, a CEG alega a existência de nulidade na Deliberação recorrida, por considerar que houve cerceamento de defesa da Concessionária, uma vez que, após a apresentação de suas razões finais foi acostado aos autos novo parecer da Procuradoria desta Agência, sobre o qual não teve a oportunidade de se manifestar, razão pela qual entende ter havido a supressão do direito contido no artigo 50, § 2º, do Regimento Interno da AGENERSA, bem como a violação das garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Sobre este ponto, é necessário frisar que o escopo da regra contida no artigo 50, § 2º, do Regimento Interno desta Agência, é permitir que a Concessionária tenha acesso a todos os atos processuais praticados, em especial aos pareceres das Câmaras Técnicas e Procuradoria, e sobre eles se manifeste, garantindo-se, assim, a defesa de seus interesses.

¹ Eis que (i) a Deliberação AGENERSA nº. 561/2010 foi divulgada na imprensa oficial em 05/05/2010 – quarta-feira; (ii) o prazo para apresentação de Recurso é de 10 (dez) dias, na forma do art. 61 do Decreto Estadual nº. 38.618/2005; e (iii) a correlata petição foi protocolizada em 17/05/2010 – segunda-feira, primeiro dia útil seguinte ao prazo fatal para a interposição (15/05/2010, sábado).

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 561, DE 29 DE ABRIL DE 2010. CONCESSIONÁRIA CEG – CONVERSÃO DO SISTEMA PARA UTILIZAÇÃO DE GÁS NATURAL. 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-12/020.054/2007, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa no montante de 0,01% (um centésimo por cento) do seu faturamento, nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 18, inciso I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007, devido ao descumprimento do disposto no § 2º, Cláusula 6ª, do Contrato de Concessão.

Art. 2º - Determinar que a Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, providencie a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007.

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 29 de abril de 2010. José Carlos dos Santos Araújo (Conselheiro-Presidente); Darcília Aparecida da Silva Leite (Conselheira); Moacyr Almeida Fonseca (Conselheiro); Sérgio B. Raposo (Conselheiro-Relator).

Ocorre que, no presente caso, ao contrário do que alega a recorrente, não houve a supressão de qualquer direito, como se verificará a seguir.

Após a apresentação das razões finais, o processo foi novamente remetido à Procuradoria da AGENERSA, tendo o referido órgão apresentado novo parecer no qual apenas mantém o entendimento anteriormente firmado, conforme se percebe pela leitura de sua ementa:

“Processo nº. E-12/020.054/2007

Assunto: conversão do sistema para gás natural.

Concessionária: CEG

Parecer 330/2010-EVB-Procuradoria.

(...)

Ementa: Manutenção do Parecer de fls. 87/90, da Procuradoria

Geral da AGENERSA.


(...)”

Assim, o novo parecer apresentado às fls. 99/100, apenas e tão somente manteve o posicionamento já esposado, o que é possível corroborar com a simples leitura do texto ali contido, cujo conteúdo é irrefutavelmente semelhante ao primeiro parecer, acostado aos autos às fls. 87/90, o qual apenas repete, em parte.

Se o parecer de fls. 99/100 possuísse conteúdo diferente daquele acostado às fls. 87/90, trazendo, assim, fatos ou informações novos, por óbvio, seria assinado novo prazo para a Concessionária apresentar razões finais, tendo em vista que a AGENERSA sempre permitiu o pleno acesso das Concessionárias aos processos em que figuram como parte, tendo a CEG se manifestado sempre que lhe foi oportuno.

Assim, não há que se falar em nulidade na Deliberação AGENERSA nº. 561/2010, razão pela qual refuto tal alegação.

O próximo ponto ventilado na peça de inconformismo apresentada pela Concessionária aponta a supremacia do interesse público sobre o privado, momento em

Serviço Público Estadual
Processo n.º E-12/020.054/2007
Data 26/10/2007 Fls.: 182
Rúbrica: 

l

que explica ter ultrapassado a data limite imposta pela AGENERSA em razão da "(...) preocupação com a segurança dos usuários que estavam tendo que adequar os seus imóveis para efetuar a troca do gás (manufaturado para natural)", justificando que "(...) a exigência do cumprimento do prazo para término do trabalho de concessão (...)" não podia ser "(...) mais relevante, ou seja, preponderar, a finalização das adequações nos imóveis para o recebimento de forma mais correta e segura do gás natural" e que "(...) o Órgão regulador deveria ser primeiro a prestigiar a medida utilizada pela Concessionária de estender o prazo para pôr fim aos trabalhos de conversão da forma mais harmoniosa para todos os envolvidos, e, principalmente, segura".

Ao tecer a argumentação supra, a Recorrente tenta induzir à idéia de que esta Autarquia penalizou a Concessionária em razão de ter a mesma ultrapassado o prazo final para a conclusão dos trabalhos de conversão, sem se preocupar com a questão da segurança envolvida neste processo.

Não só tais afirmações são absurdas e desprovidas de qualquer indício de veracidade, como também nos levam a questionar a boa-fé da CEG, que tenta claramente distorcer a realidade dos fatos com o intuito de se esquivar da penalidade imposta.

Por essa razão, sequer seriam necessárias maiores considerações sobre o tema; contudo, vale lembrar as providências adotadas pela Agência Reguladora.

Ao longo do que poderíamos chamar de primeira fase do processo de conversão, iniciada em 21/07/1997, foram detectadas inúmeros problemas, que comprometiam a segurança dos trabalhos realizados, culminando, inclusive, em acidentes, razão que levou a extinta ASEP-RJ a suspendê-los, até que fossem estabelecidos todos os procedimentos de segurança necessários.³

Diante de tais fatos, a extinta ASEP-RJ prorrogou o prazo anteriormente estabelecido, desde a data da suspensão do processo de conversão (22/11/1999) até o

³ Processo nº. E-04/887.235/1999, no qual foi editada a Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 118/00 que determinava as providências necessárias à retomada do processo de conversão.

Serviço Público Estadual
Processo nº: E-12/020.054/2007
Data 26/01/2007 Fls.: 183
Rúbrica: d

dia da sua efetiva retomada (15/10/2001)⁴, justamente em razão do tempo necessário para o estabelecimento dos procedimentos de segurança imprescindíveis ao recomeço dos trabalhos.

Verifica-se, portanto, o compromisso da Agência Reguladora com segurança dos usuários, o que levou à edição das Deliberações ASEP-RJ/CD nº. 118/00 e 130/00, pelas quais foram estabelecidos os procedimentos e autorizada a prorrogação do prazo estabelecido no Contrato de Concessão, após a retomada dos trabalhos.

Assim sendo, uma vez mais se demonstra a fragilidade dos argumentos apresentados pela CEG.

Prossegue a Concessionária, em suas razões de recurso, afirmando que houve a aceitação tácita, por parte desta Agência, ao seu pedido de prorrogação do prazo final para a conclusão dos trabalhos.


Uma vez mais, desassiste razão à Concessionária, tendo em vista que, ao contrário do que afirma a recorrente, a correspondência DIRII-E-527/06 não traz em seu bojo uma solicitação. No referido documento, a CEG apenas se limita a comunicar que estendeu o prazo final para a conversão em mais 07 (sete) meses, alegando que teria havido aceitação tácita por parte desta Agência Reguladora. Vejamos:

"DIRII-E-527/06

(...)

6 – Em virtude das medidas de segurança citadas acima, adotadas para garantir a plena segurança da retomada do projeto de conversão, o prazo contratual de 90 meses acrescido de 23 meses pelo artigo 6º da Deliberação 130/01 para a conclusão do mesmo, constante da cláusula sexta, parágrafo segundo, do Contrato de Concessão, estendeu-se por 7 meses mais, sem qualquer prejuízo aos consumidores, u

⁴ Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 130/00, artigo 6º ("O prazo contratualmente estabelecido para conclusão dos trabalho de conversão das economias de gás manufaturado para gás natural fica prorrogado pelo período entre o dia 22 de novembro de 1999 e o dia de sua efetiva retomada, que deverá ser formalmente comunicada à Asep-RJ pela Concessionária").

Serviço Público Estadual
Processo n.º E-12/020.054/2007
Data 26/10/2007
Fls.: 184
Rubrica: 

o que contou com a concordância, ainda que tácita, dessa Agência, conforme lembrado acima, certamente pela compreensão dos relevantes motivos, aqui sucintamente relatados, que motivaram essa dilatação”.

Atente-se a Concessionária utilizou o tempo verbal no passado, indicando uma decisão já tomada.

Desta forma, não se pode entender que a Concessionária tenha pleiteado previamente a prorrogação do prazo final, como equivocadamente tenta fazer crer – aliás, não se pode entender que a Concessionária tenha feito qualquer tipo de solicitação, pois esta implicaria em uma manifestação prévia ao ato que se pretendia praticar –, mas sim, que apenas comunicou ter estendido o prazo por mais 07 (sete) meses, alegando uma descabida “aceitação tácita” da Agência Reguladora, na tentativa de justificar sua atitude de auto-regulação.

Assim, não se pode considerar que a Agência Reguladora deveria se pronunciar formalmente sobre a correspondência DIRII-E-527/06, o que não significa, como quer a Concessionária, que tenha havido qualquer tipo de concordância com a prorrogação do prazo. Pelo contrário, vigia, à época, a Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 130/00, definindo claramente os prazos para a conversão. Se tal decisão não foi reformada por uma nova deliberação, as determinações lá contidas continuaram em vigor, não podendo a CEG concluir de forma diversa.

Ademais, em que pese o Gerente da CAENE ter se manifestado, em duas ocasiões⁵, favoravelmente à prorrogação do prazo informado pela Recorrente, apenas como exercício de argumentação observe-se que, mesmo que houvesse a concordância da Agência Reguladora com a prorrogação informada, ainda assim a Concessionária não teria concluído o processo de conversão no prazo, visto que: (i) o prazo fatal para a conclusão se dava em 14/12/2006; (ii) a CEG informou sobre a necessidade de prorrogação por mais 07 (sete) meses, o que estenderia o prazo para 14/07/2007; (iii) a

⁵ Despacho de fs. 912/942, do Processo E-04/079.349/2001 e Despacho de fs. 84/85, do presente processo.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.054/2007

Data 26/10/2007

Fis.: 185

Rúbrica: 

u

data de conclusão do processo de conversão comunicada pela CEG se deu em 19/07/2007⁶, ou seja, 5 (cinco) dias após o prazo definido por ela mesma.

Desta maneira, a conclusão do prazo de conversão, qualquer que seja hipótese considerada, se deu de forma intempestiva, justificando, assim, a penalidade imposta.

No que concerne à afirmação de aceitação tácita por parte da AGENERSA, não bastassem argumentações acima tecidas, novamente desassiste razão à Concessionária, uma vez que a regra que defende que o silêncio importa em anuência é uma regra de direito civil, matéria que somente seria aplicada ao presente caso de forma subsidiária, caso não houvesse legislação específica sobre a questão no direito administrativo, o que não é a hipótese dos autos.

Ademais, o silêncio – no sentido de aceitação tácita – gera uma presunção relativa, que pode ser alvo de uma posterior invalidação, tendo em vista que os efeitos sobre ele se operam somente naqueles casos em que a manifestação de vontade expressa não for necessária⁷.

É de conhecimento comum, e certamente da Concessionária, a imprescindibilidade de manifestação do Conselho-Diretor sobre toda e qualquer matéria afeta ao Contrato de Concessão. A materialização desta manifestação se dá através das Deliberações.

Assim sendo, conforme acima já exposto, em não tendo o Conselho-Diretor editado uma nova Deliberação concordando com a prorrogação do prazo informada pela CEG, continuava vigendo o prazo anterior, que determinava a data final para o processo de conversão em 14/12/2006.

u

⁶ Correspondência DJRI-E-356/07, de 22/10/2007, fls. 06.

⁷ Como exemplo, o artigo 111 do Código Civil: "O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa" (grifos não constam no original).

Igualmente, sabe-se que, no Direito Administrativo, prevalece o Princípio da Formalidade, o qual determina que os atos administrativos devem ser praticados pelo administrador de maneira formal, em estrita observância da lei. Desta forma, não há que se falar em atos administrativos praticados de maneira tácita, pois na Administração Pública a formalidade é pressuposto, inclusive, para a validade dos atos administrativos, razão pela qual restam inaceitáveis os argumentos da Concessionária.

Como último ponto, a Recorrente alega a inobservância aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, quando da fixação da penalidade.

Novamente desassiste razão à Concessionária, uma vez que o Conselho-Diretor desta AGENERSA, ao aplicar a penalidade ora recorrida, o fez em estrita observância aos documentos acostados aos autos, que foram minuciosamente analisados, deliberando de acordo com a realidade dos fatos.

Demais disso, é necessário salientar que a penalidade ora recorrida foi imposta com base no disposto no inciso I, do artigo 18, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, que dispõe sobre as multas enquadradas no Grupo III, cujo valor pode alcançar o montante de até 0,07% (sete centésimos por cento).

O Conselho-Diretor, ao editar a Deliberação AGENERSA/CD nº. 561/2010 fixou o montante da penalidade em 0,01% (um centésimo por cento). Assim, não há que se falar em ausência de proporcionalidade ou razoabilidade na fixação da multa aplicada, vez que fixada em seu mínimo legal. *valor inferior ao máximo permitido. u*

Por todo o exposto, restou amplamente demonstrado que a Concessionária concluiu o processo de conversão de maneira intempestiva, mostrando-se evidente o descumprimento das determinações constantes na Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 130/2000.

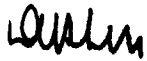
Desta forma, a penalidade imposta na Deliberação AGENERSA/CD nº 561, de 29/04/2010 não merece qualquer reparo, por espelhar o melhor entendimento *u*

sobre a matéria, razão pela qual, os argumentos apresentados pela Concessionária em seu Recurso não merecem ser acolhidos.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 561, de 29/04/2010, vez que tempestivo, para, no mérito, negar-lhe provimento.

É o Voto.



Darcilia Leite

Conselheira Relatora

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.054/2007

Data 26/01/2008 Fls.: 188

Rúbrica: d

AGENERSA

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 636



DE 27 DE OUTUBRO DE 2010.

**CONCESSIONÁRIA CEG - Conversão do
Sistema para a Utilização de Gás Natural.**

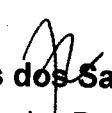
O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/020.054/2007, por unanimidade,

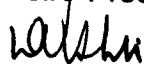
DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 561, de 29/04/2010, vez que tempestivo, para, no mérito, negar-lhe provimento.

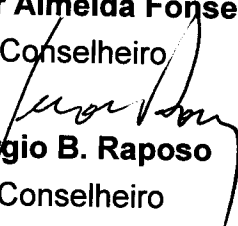
Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2010.


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro-Presidente


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Relatora


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Sérgio B. Raposo
Conselheiro

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.054/2007

Data 26/10/2010 Fto: 189

Rúbrica: d