

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 637

DE 27 DE OUTUBRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG. OBRAS DE COMERCIALIZAÇÃO DE GÁS CANALIZADO NO CONJUNTO DO IAPI DA PENHA.

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-33/100.459/2004, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 529, de 26/02/2010, 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-33/100.459/2004
Data de Autuação 12/11/2004
Concessionária CEG
Assunto Obras de Comercialização de Gás Canalizado
no Conjunto IAPI da Penha
Relato 27 de outubro de 2010.

Relatório

Trata-se de Recurso interposto pela Concessionária CEG à Deliberação AGENERSA n.º 529¹, publicada no Diário Oficial do dia 08/04/2010.

Na referida peça, protocolizada nesta Agência em 31/03/2010², a CEG, preliminarmente, aponta a tempestividade do recurso apresentado e, no mérito, após breve síntese dos fatos, afirma que a motivação esposada³ no Voto do Conselheiro-Relator do presente processo "(...) não condiz com a realidade, posto que a Concessionária tem uma preocupação excessiva com a segurança dos usuários, tanto que sempre que solicitada, fez adequações e vistorias no local, se mostrando disponível para fazer o melhor para atender aos clientes"; entende que "Quanto ao prejuízo da Concessionária com as possíveis retificações das obras, data máxima vênia, não é objeto de fiscalização da Agência Reguladora, a não ser que tais prejuízos sejam repassados aos consumidores"; que "(...) não foi levado em consideração pelo Ilustre Conselheiro Relator as peculiaridades trazidas pelo próprio Gerente da CAENE em seu Relatório de Fiscalização n.º. P-0033/08 referente U

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 529, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2010. CONCESSIONÁRIA CEG – OBRAS DE COMERCIALIZAÇÃO DE GÁS NO CONJUNTO IAPI DA PENHA. 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-33/100.459/2004, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a defesa apresentada pela Concessionária, porquanto tempestiva, para no mérito negar-lhe provimento.

Art. 2º - Baixar o processo em diligência para determinar que a CAENE proceda nova vistoria no Conjunto IAPI, de modo a analisar as adequações suscitadas pela Concessionária em sua impugnação.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,07% (sete centésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, devido ao descumprimento do disposto nas Cláusulas Primeira, § 3º e Quarta, caput e § 1º, 11 do instrumento concessivo, bem assim no art. 18, I e 19, IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 01/2007, de 04/09/2007.

Art. 4º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 01/2007.

Art. 5º - 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-Relator); Sérgio Burrowes Raposo (Conselheiro-Relator).

² Fls. 224/231.

³ "Outrossim, a inobservância da Concessionária de suas próprias normas, envolve o comprometimento da segurança de seus usuários, como ocorreu no caso em tela, considerando que os usuários durante anos ficaram sujeitos ao risco. Ademais, as inadequações observadas pela CAENE, não só coloca os usuários sem a devida segurança na utilização do serviço de gás canalizado, bem como, denigre a imagem da Concessionária, sem falar nos prejuízos econômicos nas retificações das obras, pela não viabilidade do retorno dos investimentos pela CEG, à época nas construções das instalações, pois várias instalações foram executadas sem consumo, em virtude do pedido de desligamento dos usuários. Tais fatos comprometem diretamente os serviços regulados, merecendo, por parte da Concessionária atenção imediata, o que não ocorreu nos presentes autos".



Rúbrica: *[assinatura]*

ao Termo de Notificação n.º 014/08, que dispõe de forma clara que o usuário também precisa se conscientizar da importância da segurança, pois, em algumas unidades, a CEG fez as adequações e o morador desfez"; que "Os processos tem que ser analisados com base nas normas vigentes e o Contrato de Concessão, mas em paralelo, devem ser analisados de acordo com a realidade dos fatos, o que não ocorreu no presente caso"; aponta que "(...) a conduta da Concessionária foi enquadrada no disposto no art. 18, I, da Instrução Normativa n.º 001/07 (...)"; que "(...) a Concessionária não descumpriu o prazo para tomar as providências necessárias para regularizar o conjunto do IAPI da Penha, vez que quando restou constatado a ausência de 'RECALL' pela Concessionária, e foi concedido prazo para a mesma apresentar um Plano de 'RECALL' e o cumpriu, tal determinação foi devidamente atendida pela ora Recorrente"; esclarece que "(...) o Termo de Notificação n.º 014 de 2008 apenas detectou irregularidades que fogem ao controle da Concessionária, tais como as alterações feitas pelos próprios moradores após as adequações realizadas pela Recorrente"; que "(...) a CAENE apenas recomendou no mencionado Termo de Notificação que fossem regularizadas pela Concessionária, as ramificações que se encontrarem passando por tetos rebaixados considerados não amplamente ventilados, por poderem desencadear explosão"; ressalta que "(...) a Concessionária não deixou de fazer as adequações em relação as ramificações, justificando que as instalações estavam sendo feitas pelas grelhas instaladas no teto rebaixado, posto que o R.I.P. não determina qual a dimensão da ventilação, porém, o Gerente da CAENE considera que não é a forma mais correta, sugerindo a regularização das ramificações"; assim, entende 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 529/10".

A seguir, sustenta que houve inobservância dos Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade na fixação da penalidade aplicada, alegando que "Foi esclarecido e comprovado no presente processo que a Concessionária quando instada a fazer as adequações no Conjunto do IAPI da Penha, esta o fez, sem qualquer ônus para os usuários, sendo que a repetição das irregularidades no local, se deu por culpa dos próprios moradores que retiravam as modificações feitas pela Recorrente, o que foi reconhecido pelo próprio Gerente da CAENE, no Termo de Notificação n.º 014/08, Relatório de Fiscalização n.º P-0033/08"; defende que "(...) não é razoável aplicar a penalidade de multa com base no art. 18, I, da Instrução Normativa n.º 001/07, posto que, na realidade a Concessionária não deixou de adotar, dentro do prazo concedido pela Agência Reguladora as providências necessárias para a adequação das irregularidades no Conjunto do IAPI da Penha, *u*

⁴ "Art. 18 – Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas a penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do GRUPO II, sempre que, sem justo motivo:
I – deixarem de adotar, nos prazos estabelecidos pela AGENERSA, as providências indicadas para restabelecer a regularidade ou garantir a qualidade e eficiência dos serviços concedidos".

sendo, portanto, nula a penalidade pecuniária, vez que, a motivação apresentada não condiz com a realidade⁵; argumenta que, na hipótese de penalização, quando da sua fixação, "(...) **deve o órgão julgador pautar-se pela razoabilidade e proporcionalidade (...) o que não ocorreu** (...)"; afirma que "(...) a penalidade aplicada foi excessivamente gravosa, não sendo compatível com os fatos e provas dos autos, tendo em vista que a Concessionária realizou as adequações necessárias no Conjunto IAPI da Penha, mas após, eram feitas alterações pelos próprios moradores, o que dificultou o trabalho da Recorrente⁶"; e que, no presente caso, caberia, no máximo, uma penalidade de advertência.

Em sua conclusão, pleiteia o acolhimento da preliminar e, se ultrapassada, do recurso interposto "(...) para que seja anulada a Deliberação AGENERSA no 529/10, para reformar a Deliberação AGENERSA n.º. 529/10, revogando-se a penalidade de multa que lhe foi imputada (...) "⁷.

Às fls. 232/233, foi acostada aos autos, pela Secretaria-Executiva⁸, retificação e publicação no DOERJ de 08/04/2010, da Deliberação AGENERSA n.º. 529, de 26/02/2010, tendo em vista a verificação de erro material.

Conforme Resolução do Conselho-Diretor n.º. 181, de 13/04/2010⁹, o presente recurso foi sorteado à minha Relatoria, sendo o processo encaminhado à CAENE¹⁰, para manifestação, em 15/04/2010.

Às fls. 236/237, encontra-se despacho do Gerente da CAENE, no qual afirma que "(...) a citação de que '**há pouca consciência real da necessidade de ventilação permanente nos ambientes onde existam aparelhos instalados, por parte dos usuários do sistema de GN canalizado**' não minimiza ou invalida todas as anormalidades e irregularidades apontadas nas diversas, constantemente nas diversas vistorias realizadas, inclusive contendo casos repetidos apontados desde o início do processo" e mantém o entendimento firmado nos pareceres anteriormente apresentados (grifos no original).

Em 28/05/2010, a Assessoria deste Gabinete remete¹¹ o feito à Procuradoria desta AGENERSA, que apresenta o Parecer n.º. 424/2010-EVB¹², u

⁵ Entende que "Com relação aos fatos demonstrados, a toda evidência, não houve efeitos ensejadores de tal penalidade. Assim, não há de se cogitar em penalizar a Concessionária atribuindo-lhe tal sanção".

⁶ Aponta 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, as adequações foram feitas, sendo descabida a coerção pecuniária".

⁷ Grifos no original.

⁸ Despacho de 12/04/2010, fls. 234.

⁹ Fls. 235.

¹⁰ Mediante despacho de fls. 235, verso.

de lavra do Dr. Edson Vaz Borges, no qual afirma que "(...) várias são as formas pelas quais podem estar fundamentadas as decisões administrativas (...)"; explica que "(...) a decisão administrativa resulta de uma série de atos que a antecederam e, assim, motivam e legitimam a apreciação final do Administrador"; que "(...) quando o Conselho Diretor desta Agência, for prolatar a Deliberação, o fará com base em todo o conteúdo do presente Processo Regulatório, o que foi efetivamente feito"; entende que "A alegação da recorrente de que o usuário precisa se conscientizar da importância da segurança, citando que 'a CEG fez as adequações e o morador desfez', não é excludente de sua responsabilidade"; assevera que "(...) a aplicação da multa se deu dentro dos parâmetros estabelecidos no Contrato de Concessão e de acordo com os fatos postos no processo em comento" e observa que "(...) a própria recorrente reconheceu as inadequações dispostas no Termo de Notificação (...)".

No que concerne à alegada inobservância aos Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade, afirma que "A recorrente realizou as adequações das irregularidades e se tomou as providências para a adequação das irregularidades foi porque as cometeu"; que "A aplicação da pena pecuniária condiz com a motivação necessária para o seu implemento, conforme a documentação acostada aos autos administrativos, sendo proporcional e razoável com o apresentado e de acordo com a Instrução Normativa nº. 001/07"; aponta 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 opina "(...) pelo na acolhimento da preliminar argüida e no Mérito pela manutenção in totum da Deliberação AGENERSA nº. 529/2010". u

¹¹ Por meio do despacho de fls. 237.

¹² Fls. 238/244, com o "de acordo" do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

¹³ Ilumina o entendimento de Maria Sylvania Zanella Di Pietro (*in* Direito Administrativo, Editora Atlas, 14ª edição, pag. 83) e de José dos Santos Carvalho Filho (*in* Manual de Direito Administrativo, Editora Lumen Juris, 6ª edição, pag. 83) sobre a matéria e aponta o disposto nos artigos 50, § 1º, da Lei nº. 9.784, de 29/01/1999 e 60, § 1º, do Decreto Estadual nº. 31.896, de 20/09/2002.

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.

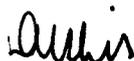
Mediante o ofício AGENERSA/ASSESS/DL n.º. 020, de 01/07/2010¹⁵, a assessoria deste Gabinete encaminha à Concessionária cópia digitalizada do presente processo, informa sobre a conclusão de sua instrução e assina o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de razões finais.

Às fls. 246, em razão de licença desta Conselheira, o feito é despachado à SECEX, que o encaminha¹⁶ para redistribuição.

Pela correspondência DIJUR-E-3106/10¹⁷, protocolizada nesta Agência em 12/07/2010, a CEG reitera os termos do recurso interposto; ressalta que "(...) em que pese os argumentos trazidos pelos órgãos administrativos da Agência Reguladora, que entenderam pela manutenção da Deliberação AGENERSA n.º. 529/10, a alegação da Concessionária de que alguns moradores do local desfizeram as adequações realizadas pela mesma em suas unidades, é extremamente relevante, posto que as ramificações internas 'são de responsabilidade do proprietário, o qual deverá providenciar para que sejam mantidas em perfeito estado de conservação' (art. 29 do R.I.P.), e não foi considerado quando da aplicação da penalidade e da fixação do quantum da referida sanção"; ratifica "(...) todas as considerações esposadas no presente processo (...)"; pugna pelo "(...) julgamento do mencionado Recurso, decidindo pelo recebimento e acolhimento da matéria elencada em sede de preliminar"; ou "Sendo a preliminar ultrapassada, pleiteia pelo acolhimento do Recurso, para que seja reformada a Deliberação AGENERSA n.º. 529/10, revogando-se a punição que foi imputada à Concessionária".

Às fls. 250, consta despacho de lavra da Secretária-Executiva da AGENERSA, encaminhando o feito ao Gabinete do Conselheiro Sérgio B. Raposo¹⁸, que o devolve à 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 07/10/2010 pela SECEX²⁰.

É o Relatório.



Darcilia Leite
Conselheira-Relatora

¹⁵ Fls. 245, recebido pela CEG em 05/07/2010.

¹⁶ Data de 06/07/2010.

¹⁷ Fls. 248/249 – Encaminhada à SECEX por despacho do Assessor de Conselheiro Bernardo Braga Otto Kloss, em 16/07/2010.

¹⁸ Tendo em vista a redistribuição ocorrida na Reunião Interna realizada em 13/07/2010.

¹⁹ Mediante despacho de fls. 251.

²⁰ Por meio do despacho de fls. 252.

Processo n.º.: E-33/100.459/2004
Data de autuação: 12 de novembro de 2004.
Concessionária: CEG.
Assunto: Obras de comercialização de gás canalizado no conjunto do IAPI da Penha.
Sessão Regulatória: 27 de outubro de 2010

Voto

Trata-se de Recurso interposto tempestivamente¹ pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA n.º. 529², editada na Sessão Regulatória realizada em 26/02/2010, na qual, em suma, concluiu este Conselho-Diretor pela aplicação de penalidade de multa em face da Concessionária, tendo em vista a demora para realizar *recall* das instalações de rede de gás do Conjunto IAPI da Penha, após a CAENE constatar irregularidades nas mesmas, bem assim as desconformidades apontadas no Termo de Notificação n.º. 014, de 02/10/2008.

Inconformada, a Concessionária questiona, como tese inaugural de sua defesa, a “*motivação para aplicação da penalidade de multa*”.

¹ Eis que (i) a Deliberação AGENERSA n.º 529, de 26/02/2010, foi publicada na Imprensa Oficial em 19/03/2010 – sexta-feira; (ii) o prazo para a apresentação da peça de bloqueio é de 10 (dez) dias, na forma do caput do art. 62 do Decreto Estadual n.º 38.618, de 08/12/2005¹; e (iii) a aludida petição foi protocolizada nesta Agência Reguladora em 31/03/2010 – quarta-feira.
² DELIBERAÇÃO AGENERSA n.º. 529 DE 26 DE FEVEREIRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG.

Obras de Comercialização de Gás Canalizado no Conjunto do IAPI da Penha.

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-33/100.459/2004, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a defesa apresentada pela Concessionária, porquanto tempestiva, para no mérito negar-lhe provimento.

Art. 2º - Baixar o processo em diligência para determinar que a CAENE proceda nova vistoria no Conjunto IAPI, de modo analisar as adequações suscitadas pela Concessionária em sua impugnação.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,07% (sete centésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, devido ao descumprimento do disposto nas Cláusulas Primeira, § 3º e quarta, caput e § 1º, 11, do instrumento concessivo, bem assim no art. 18, I e 19, IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 01/2007, de 04/09/2007.

Art. 4º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 01/2007.

Art. 5º - Encerrar o processo.

Art. 6º - 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-Relator; SÉRGIO BURROWES RAPOSO - Conselheiro

Com fulcro em tal argumento, a CEG entende que a motivação da aplicação da penalidade de que trata a Deliberação em referência não se coaduna com a realidade dos fatos, acarretando, em corolário, desobediência à Teoria dos Motivos Determinantes. Em outras palavras, quer fazer crer que os fundamentos que conduziram este Conselho-Diretor a aplicar a multa em questão não são verdadeiros e por isso a penalidade deve ser declarada nula.

Tal alegação, no entanto, é demasiadamente frágil, eis que os fundamentos que embasaram a aplicação da penalidade, a saber, a demora para realização do *recall* e as irregularidades nas instalações de gás do já citado Conjunto Habitacional, estão claramente demonstrados nos autos, que conta, inclusive, com fotografias comprobatórias.

Vale ressaltar, ainda, que na ocasião da apresentação de sua defesa prévia a própria Concessionária informa as adequações realizadas, o que equivale ao reconhecimento da existência das irregularidades identificadas.

Ademais, o presente processo regulatório indica pontualmente as razões para aplicação da penalidade pecuniária, independentemente das mesmas estarem detalhadamente citadas na Deliberação atacada.

Neste sentido, conveniente trazer a baila os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho³ sobre a matéria:

“(...) não se pode açodadamente acusar de ilegal ato que não tenha formalmente indicado suas razões, até porque estas poderão estar registradas em assentamento administrativo diverso do ato, acessível a qualquer interessado.”

Desta feita, não se sustenta a alegação de dissonância entre a motivação e a realidade dos fatos, não havendo de se falar, em consequência, em inobservância à u

³ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 106.

Rúbrica: t

Teoria dos Motivos Determinantes, tampouco em declaração de nulidade da multa aplicada.

Oportuno esclarecer, igualmente, que a penalidade aplicada não se restringe ao não atendimento tempestivo de realização de *recall* no sobredito Conjunto Habitacional, mas também considera, como já dito, as desconformidades apontadas no Termo de Notificação lavrado. Tanto é assim que a Deliberação recorrida fundamenta a aplicação de multa com fulcro não apenas no art. 18, 1^º da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 01/2007, mas também com base no art. 19, IV^º de mesma Instrução Normativa e na Cláusula Primeira, §3^º e Cláusula Quarta, *caput* e §1^º, item 11⁷, ambas do Contrato de Concessão, que tratam, dentre outras coisa, do princípio da segurança e da observância às normas legais e regulamentares dos serviços.

Demais disso a Concessionária adota premissas equivocadas para construção de sua tese, como, por exemplo, quando afirma que o respectivo Termo "*apenas detectou irregularidades que fogem ao controle da Concessionária (...)*", fazendo clara menção à resistência dos moradores à aceitação das medidas de precauções. É profundamente lamentável – e passível de corte do fornecimento do gás – a desobediência de parte dos moradores com relação à manutenção das adequações de segurança. Tal fato, todavia, não serve de excludente da responsabilidade da CEG, eis que o Termo de Notificação aponta como uma das irregularidades "*a existência de ramificações passando por vazios entre o forro de PVC existente e o telhado, com aberturas de ventilação consideradas insuficientes para que o espaço fosse tido como amplamente ventilado (...)*", o que, a toda evidência, não sofreu qualquer interferência por parte dos moradores.

⁴ "Art. 18 – Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas a penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do GRUPO II, sempre que, sem justo motivo:
I – deixarem de adotar, nos prazos estabelecidos pela AGENERSA, as providências indicadas para restabelecer a regularidade ou garantir a qualidade e eficiência dos serviços concedidos".

⁵ "Art. 19 – Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas a penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do GRUPO IV, sempre que, sem justo motivo:
IV – deixarem de cumprir e/ou deixarem de fazer cumprir as normas legais e regulamentares dos serviços, inclusive as normas da AGENERSA, respondendo perante o Estado, a AGENERSA, os consumidores e terceiros pelas eventuais consequências danosas da exploração dos serviços".

⁶ §3º - "Na prestação dos serviços a CONCESSIONÁRIA procurará sempre a satisfação de seus clientes, obedecendo aos princípios da eficiência, regularidade, continuidade, segurança, qualidade, generalidade, atualidade, cortesia com os consumidores e modicidade das tarifas."

⁷ §1º - Obriga-se, ainda, a CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo das demais obrigações assumidas neste instrumento, a:
11 – cumprir e fazer cumprir as normas legais e regulamentares do serviço, inclusive as normas da ASEP-RJ, respondendo perante o ESTADO, a ASEP-RJ, os consumidores e terceiros pelas eventuais consequências danosas da exploração dos serviços."

Rúbrica: *f*

A Concessionária prossegue sua linha de defesa argumentando “Inobservância dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade na fixação da penalidade”.

De início, importante que se faça uma abordagem, ainda que sucinta, dos Princípios supostamente violados quando da aplicação da penalidade de multa por meio Deliberação AGENERSA n.º. 529.

A começar pelo Princípio da Razoabilidade, recorro, uma vez mais, aos ensinamentos do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho⁸:

“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”⁹.

Conclui-se, portanto, 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 n.º. 001/2007, que, por sua vez, são de pleno conhecimento da CEG. *u*

⁸ Obra já citada. P. 31/32.

⁹ Grifos conforme o original.

Rúbrica: *f*

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.

Ainda fazendo uso das palavras do doutrinador já citado¹⁰, 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 deixou de atender à primeira solicitação de realização de *recall*, assim como ao cometer as irregularidades identificadas nas instalações de gás do Conjunto IAPI da Penha, justificando, pois, a atuação dessa Agência Reguladora, que por lei tem a atribuição de fiscalizar o Contrato de Concessão.

Ademais, o ato contra o qual se insurge a Concessionária atende a todos os requisitos que fundamentam o princípio em voga, senão vejamos: é *adequado*, vez que a multa foi aplicada com espeque no Contrato de Concessão e na Instrução Normativa, caracterizando, portanto, a compatibilidade da conduta administrativa com o fim pretendido; é *exigível* na medida 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 multa aplicada é em si proporcional às faltas identificadas. Prova de que houve valoração da multa é que a conduta da Delegatária foi também enquadrada no art. 19, IV da referida Instrução Normativa, que prevê multa de até 0,1% (um décimo por cento), e este Conselho-Diretor aplicou multa aquém desse percentual, mais precisamente 0,07% (sete centésimos por cento), configurando, assim, o requisito da *proporcionalidade em sentido estrito*. *u*

¹⁰ Obra já citada, p. 33

AGENERSA

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

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-33/100.459/2004

Data 12/11/2004 Fls.: 264



Rúbrica: *f*

Verifica-se, desta forma, que os argumentos formulados no Recurso da Concessionária não merecem ser acolhidos.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 529, de 26/02/2010, para, no mérito, negar-lhe provimento.

É o Voto.

Darcilia Leite

Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

AGENERSA

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



DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 637

DE 27 DE OUTUBRO DE 2010.

**CONCESSIONÁRIA CEG – Obras de
comercialização de gás canalizado no
conjunto do IAPI da Penha.**

**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-33/100.459/2004, por unanimidade,**

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-33/100.459/2004

Data 12/11/2004 Fls.: 265

Rubrica: 4

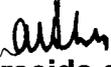
DELIBERA:

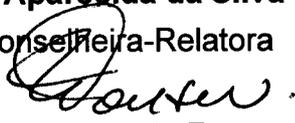
**Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da
Deliberação AGENERSA nº 529, de 26/02/2010, para, no mérito, negar-lhe
provimento.**

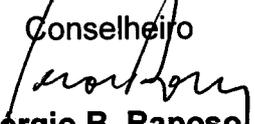
Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

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


Sergio B. Raposo
Conselheiro