

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 645

DE 30 DE NOVEMBRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG – TERMO DE NOTIFICAÇÃO Nº 006/2009 – RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-0015/2009. EMBARGOS À DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 614/10.

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-12/020.339/2009, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária em face da Deliberação nº 614, de 13/09/10, para no mérito, negar-lhes provimento.

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

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2010.

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

AGENERSA

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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020339/2009

19/10/09 Fls.: 118

Rubrica: *Rui...*



Processo nº.: E-12/020.339/2009
Autuação: 19/10/09
Concessionária: CEG
Assunto: Termo de Notificação nº 006/2009 -
Relatório de Fiscalização CAENE P-
0015/2009 - Embargos à Deliberação
AGENERSA nº 614/10.
Relato: 30/11/2010

RELATÓRIO

O presente Processo Regulatório foi apreciado pelo Conselho-Diretor desta Agência, decorrendo daí a deliberação 614¹, de 31/08/10, devidamente publicada no Diário Oficial em 13/09/10.

Não conformada com a referida deliberação, a Concessionária CEG opôs Embargos, em 17/09/10, ressaltando preliminarmente a tempestividade daquela peça argumentando que "(...) O artigo 61 do Regulamento dessa AGENERSA, aprovado pelo Decreto Estadual nº 38.618/05, bem como o artigo 76 do Regimento Interno dessa AGENERSA, estabelecem o prazo de 5 (cinco) dias para interposição de Embargos" e portanto "(...) o prazo para interposição do Recurso iniciou-se em 14 de setembro de 2010 (terça-feira) e terá seu término em 18 de setembro de 2010 (sábado), prorrogando-se até o primeiro dia útil seguinte, 20 de setembro de 2010 (segunda-feira)", razão pela qual é "(...) indiscutível a tempestividade do Recurso que ora se apresenta".

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 614

DE 31 DE AGOSTO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG - TERMO DE NOTIFICAÇÃO Nº 006/09 - RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-0015/09.

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-12/020.339/2009, por unanimidade,

DELIBERA:

- Art. 1º - Conhecer as defesas apresentadas pela Concessionária CEG em face dos Termos de Notificação nº. 006/2009, de 14/10/09, 006/2010, de 23/03/10 e 007/2010, de 24/03/10, porque tempestivos, para no mérito negar-lhe provimento.
Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,05% (cinco centésimos 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. 19, IV, da Instrução Normativa nº. 01/2007, devido aos fatos apurados nos Relatórios de Fiscalização CAENE nº. P-0015/09, P-0009/10 e P-0010/10 e nos Termos de Notificação citados no artigo 1º.
Art. 3º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com as Câmaras Técnicas de Política Econômica e Tarifária (CAPET) e de Energia (CAENE), a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007.
Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 31 de agosto de 2010.

José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro-Presidente
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator
Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro

Conselheiro Moacyr Almeida Fonseca -

Processo E-12/020.339/2009

Página 1 de 4



Em segunda Preliminar postula a Concessionária o cabimento dos Embargos sustentando que "(...) Conforme dispõe o artigo 61 do Regulamento da AGENERSA, são cabíveis os Embargos nos casos em que se verificar a ocorrência, nas decisões do Conselho-Diretor, de inexatidões materiais, contradições, omissões e/ou obscuridades, entre a decisão e seus fundamentos". Acrescenta que "(...) na Deliberação AGENERSA nº 614/10 pode-se verificar a presença de inexatidões materiais que comprometem a compreensão adequada da questão e impedem a perfeita execução do ato emanado, conforme buscaremos delinear nas presentes razões, comprovando, assim, a perfeita conveniência da oposição destes Embargos".

No mérito, assinala a embargante a existência de inexatidão material na ementa e no art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 614/10 "(...) como se pode verificar da análise dos autos de processo regulatório, a Concessionária foi notificada através do Termo de Notificação nº 006/2009 (...) Ocorre que, na Deliberação nº 614/10 é citado o Termo de Notificação nº 06/2009, o que não corresponde à numeração correta, eis que o número de autuação do Termo é composto por três dígitos e não apenas dois, conforme constou da Deliberação." Deste modo, considera "(...) a existência de erro material na Deliberação, visam os presentes Embargos buscar a sanatória da questão, com a republicação da deliberação ora embargada".

Sustenta a embargante a existência de inexatidão material na ementa e no art. 3º da Deliberação AGENERSA nº 614/10.

"(...) Art. 3º- Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com as Câmaras Técnicas de Política Econômica e Tarifária (CAEPT) e de Energia (CAENE). a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007. (GN)".

Assim sendo, entende a Embargante que "(...) o Conselho Diretor, ao determinar a lavratura de Auto de Infração, dispõe que a Secretaria Executiva o faça em conjunto com a Câmara com competência para tratar do assunto, assim, quando são impostas penalidades de multa, a Câmara que vem sendo indicada para lavar o Auto de Infração em conjunto com a Secex é a CAPET, e não a CAENE, a quem são reservadas as lavraturas de Autos que imponham penalidade de advertência e acompanhamento de obrigações impostas".

Assevera a Concessionária que "(...) As normas previstas nos arts. 23, inciso XX do Decreto nº 38.618/2005 e 20, inciso XX do Regimento Interno da AGENERSA assim estabelecem: (...) Compete à Secretaria Executiva: XX — expedir auto de infração para a execução das penalidades impostas por Deliberação emanada do Conselho Diretor, em conjunto com as Câmaras Técnicas" e que "(...) no caso em tela, não consta a determinação de cumprimento de qualquer obrigação no bojo da Deliberação ora embargada, e considerando-se que foi imposta tão somente penalidade de cunho econômico-financeiro, a atribuição para lavratura do correspondente auto de infração só poderá ficar a cargo da SECEX em conjunto com a CAPET".

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

Acrescenta a Embargante que "(...) visando a evitar que futuramente seja constatada a existência de vício formal no Auto de Infração, devem ser os presentes Embargos providos, retificando-se a Deliberação 614/10 para que passe a constar corretamente a Câmara com atribuição para lavratura do referido auto, ou seja, a Câmara Técnica de Política Econômica e Financeira, excluindo-se a menção à Câmara de Energia."

Por fim, requer a Embargante que "(...) sejam acolhidas as razões acima suscitadas, com o acolhimento dos presentes embargos" e no mérito "(...) o acolhimento dos presentes Embargos, no que tange à supressão das inexatidões materiais ora apontadas, e ao saneamento destas, o que se constitui medida de extremo bom senso e Justiça!"

Em 22/09/10, o processo foi enviado à Procuradoria desta Agência, por intermédio de minha assessoria, solicitando seu parecer tendo em vista os Embargos opostos pela Concessionária contra a Deliberação AGENERSA Nº. 614/10.

Às fls. 105/109, a Procuradoria desta Agência ofereceu seu parecer esclarecendo que "(...) Diz a embargante que na Deliberação nº. 614/2010, é citado o termo de Notificação nº 06/2009, não correspondendo à numeração correta, eis que o nº. de autuação do Termo é composto de três dígitos e não apenas dois, conforme constou da Deliberação. (...) Importa dizer que trata-se de um zero à esquerda, que em nada modifica o instrumento, que, em razão da instrumentalidade dos atos, é válido".

Esclarece ainda que "(...) A compreensão do Termo de Notificação é verossímil. Tanto é, que a embargante entendeu o que nele está transcrito, contestando-o através dos documentos dispostos no administrativo" e que "(...) Não é tarde lembrar que tanto a notificação quanto o Auto de Infração possuem a mesma natureza jurídica, pois se destinam a apurar a responsabilidade da Concessionária, implicando, por conseguinte, quando da verificação de irregularidade, na aplicabilidade de ato sancionatório".

Assevera que "(...) em homenagem ao princípio processual da Instrumentalidade das formas (arts. 154 e 244 do CPC) segundo o qual "os atos processuais solenes são considerados válidos ainda que praticados por forma diversa da prescrita em lei, desde que alcancem sua finalidade essencial.", é válido enfatizar que, não merecem prosperar as alegações trazidas pela Concessionária CEG, pois verifica-se que o citado instrumento cumpriu a finalidade essencial, que é a de notificar a Concessionária quanto à aplicação de penalidade, decorrente do apurado grau de responsabilidade quando da prestação do serviço público inadequado".

Destaca que dessa forma "(...) o suposto vício suscitado pela Concessionária quando comparado com a finalidade essencial do Auto de Infração, não tem o condão de ensejar a republicação da deliberação, pois, conforme assinalado há pleno conhecimento dos exatos termos do documento. (...) Observa-se, portanto, que o Termo de Notificação impugnado se coaduna com a finalidade pública de realização do interesse coletivo, elemento primacial de formação do ato administrativo".



Sustenta que a "(...) Lei Federal n.º 9.784, de 29/01/1999, também observa o princípio da motivação como indicação de pressupostos de fato, bem como os fundamentos jurídicos que determinem as decisões ou atos administrativos. Entretanto, o art. 50 do referido ordenamento jurídico, em seu § 1º, determina que a motivação pode consistir em **"declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato"** e que a "(...) Mesma orientação segue o Decreto Estadual n.º 31.896, de 20 de setembro de 2002, que regula o Processo Administrativo no Âmbito da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro. Estatui, em seu art. 60, § 1º, que **"a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos anteriores, pareceres, informações, decisões ou propostas que, neste caso, serão parte integrante do ato."**

Reitera que "(...) a decisão administrativa resulta de uma série de atos que a antecederam e, assim, motivam e legitimam a apreciação final do Administrador. Desta forma, quando o Conselho Diretor desta Agência, for prolator a Deliberação, o fará com base em todo o conteúdo do presente Processo Regulatório. Da análise do citado instrumento, depreende-se que o mesmo contempla todos os elementos necessários para a sua validade".

Frisa que "(...) o Decreto fala na expedição de auto de infração por parte da secretaria executiva, para execução das penalidades **impostas por deliberação emanada do Conselho Diretor**" e que "(...) O fato do art. 3º da Deliberação conter a determinação da expedição do AI, da Secretaria Executiva com as duas Câmaras, CAPET e CAENE, só reforça e respalda o ato". (...) Ademais o item XX do artigo 23 do regimento Interno, fala na expedição do auto de infração "em conjunto com as Câmaras Técnicas", o que se deu no presente processo".

Por fim, informa a Procuradoria que "(...) o Termo de Notificação/Relatório de Fiscalização foram emanadas da Câmara de Energia (CAENE), o que se constitui por si só um fator determinador da amplitude das determinações contidas na Deliberação 614/2010, que abrangem as duas câmaras - CAPET e CAENE". Entende "(...) que a atribuição para tratar do assunto corresponde as duas câmaras, estando a Deliberação de acordo com o Regimento da AGENERSA e que (...) devam os embargos serem rejeitados, não existido a nosso ver, diante das razões expostas inexistências materiais na Deliberação AGENERSA n 614/2010, devendo a mesma ser mantida".

Em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, foi expedido ofício AGENERSA/MF nº. 96/10, em 28/09/10, para a Concessionária apresentar suas considerações finais.

Em 07/10/10, foi protocolizada a correspondência da Concessionária CEG DIJUR-E - 3711/10, em resposta ao ofício AGENERSA/MF nº. 96/10, ratificando todas as considerações apresentadas nos Embargos e confiando em seu acolhimento.

É o relatório.

Moacyr
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator

AGENERSAAgência Reguladora
de Energia e Saneamento Básico
do Estado do Rio de JaneiroGOVERNO DO
Rio de
Janeiro

Processo nº.: E-12/020.339/2009
Autuação: 19/10/09
Concessionária: CEG
Assunto: Termo de Notificação nº 006/2009
 - Relatório de Fiscalização CAENE
 P-0015/2009 - Embargos à
 Deliberação AGENERSA nº 614/10.
Relato: 30/11/2010

VOTO

Trata-se de Embargos opostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA 614¹, de 31/08/10, devidamente publicada no Diário Oficial em 13/09/10.

Inicialmente, cabe informar que os Embargos foram protocolizados dentro do prazo regimental de 5 (cinco) dias, considerando a publicação da Deliberação nº. 614 no dia 13/09/10 e a apresentação daquela peça no dia 17/09/10, porquanto tempestivos.

Sustenta a Concessionária o cabimento dos Embargos, a teor do artigo 61 do Regimento Interno da AGENERSA, afirmando "(...) a presença de inexatidões materiais que comprometem a compreensão adequada da questão e impedem a perfeita execução do ato emanado".

*[Assinatura]*¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 614

DE 31 DE AGOSTO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG - TERMO DE NOTIFICAÇÃO Nº 006/09 - RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-0015/09.

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-12/020.339/2009, por unanimidade,

DELIBERA: Art. 1º - Conhecer as defesas apresentadas pela Concessionária CEG em face dos Termos de Notificação nº. 006/2009, de 14/10/09, 006/2010, de 23/03/10 e 007/2010, de 24/03/10, porque tempestivos, para no mérito negar-lhe provimento.

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,05% (cinco centésimos 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. 19, IV, da Instrução Normativa nº. 01/2007, devido aos fatos apurados nos Relatórios de Fiscalização CAENE nº. P-0015/09, P-0009/10 e P-0010/10 e nos Termos de Notificação citados no artigo 1º.

Art. 3º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com as Câmaras Técnicas de Política Econômica e Tarifária (CAPET) e de Energia (CAENE), a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007.

Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 31 de agosto de 2010.

José Carlos dos Santos Araújo
 Conselheiro-Presidente
 Moacyr Almeida Fonseca
 Conselheiro-Relator
 Sérgio Burrowes Raposo
 Conselheiro



Aponta a Embargante a existência de inexatidão material na ementa e no art. 1º da **Deliberação AGENERSA nº 614/10** "(...) como se pode verificar da análise dos autos de processo regulatório, a Concessionária foi notificada através do Termo de Notificação nº 006/2009 (...) Ocorre que, na Deliberação nº 614/10 é citado o Termo de Notificação nº 06/2009, o que não corresponde à numeração correta, eis que o número de autuação do Termo é composto por três dígitos e não apenas dois, conforme constou da Deliberação."

Afirma, também, a embargante que ao ser determinado no art. 3º da **Deliberação AGENERSA nº 614/10**, que a Secretaria-Executiva, em conjunto com as **Câmaras Técnicas de Política Econômica e Tarifária (CAEPT) e de Energia (CAENE)**, proceda à lavratura do correspondente Auto de Infração, encontra-se naquela ementa uma inexatidão material.

Entende que "(...) o Conselho Diretor, ao determinar a lavratura de Auto de Infração, dispõe que a Secretaria Executiva o faça em conjunto com a Câmara com competência para tratar do assunto, assim, quando são impostas penalidades de multa, a Câmara que vem sendo indicada para lavrar o Auto de Infração em conjunto com a Secex é a CAPET, e não a CAENE, a quem são reservadas as lavraturas de Autos que imponham penalidade de advertência e acompanhamento de obrigações impostas".

Em seu parecer, a Procuradoria conclui pela rejeição dos Embargos por entender que não há inexatidões materiais na Deliberação AGENERSA nº 614/2010, devendo a mesma ser mantida.

Da mesma forma, entendo que a referida modificação do artigo 1º em relação à numeração não deva ser procedida, até porque, a Deliberação 614//10 acostada aos autos às fls. 91, encontra-se com sua numeração correta, o que de fato ocorreu foi, apenas, um equívoco quando da publicação no Diário Oficial ao deixar de colocar o algarismo "0" à esquerda do número do Termo de Notificação 006/09. Não devemos, nesta oportunidade, deixar de lembrar o chavão popular importado de nossa sábia matemática de que zero à esquerda nada significa.

Quanto à argumentação da Embargante em relação ao artigo 3º da Deliberação em debate, entendo que não há o que se modificar, posto que o Decreto nº 38.618 de 08/12/05, que aprova o Regulamento desta Agência, em seu artigo 23, item XX², artigo 21, inciso XX³, do Regimento Interna da AGENERSA e artigo 8º da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007⁴ determinam expressamente que a lavratura do Auto de Infração deverá ser

² Art. 23 – Compete à Secretaria Executiva: (...)

XX - expedir auto de infração, para execução das penalidades impostas por deliberação emanada do Conselho Diretor, em conjunto com as Câmaras Técnicas.

³ Art. 21 – Compete à Secretaria Executiva: (...)

XX – expedir auto de infração para a execução das penalidades impostas por Deliberação emanada pelo Conselho Diretor, em conjunto com as Câmaras Técnicas:

⁴ Art. 8º. Se, da apreciação do mérito, o Conselho Diretor da AGENERSA decidir, nos autos do processo regulatório instaurado na forma do art. 7º, que a Concessionária efetivamente incorreu em infração, nos termos da lei e/ou dos Contratos de Concessão, determinará à Secretária Executiva, em conjunto com Câmara Técnica, a aplicação da pena cominada, por meio de lavratura de "Auto de Infração (AI)", com base no modelo incluído no Anexo III.

realizada através da Secretaria Executiva, em conjunto com as Câmaras Técnicas, sem, contudo, haver qualquer especificação sobre a Câmara que deve lavrar o referido instrumento.

Ademais, o fato do art. 3º da Deliberação conter a determinação da expedição do Auto de Infração, da Secretaria Executiva com as duas Câmaras, CAPET e CAENE, só reforça e respalda o ato.

Desta forma, sugiro ao Conselho-Diretor:

- conhecer os Embargos opostos pela Concessionária em face da Deliberação nº. 614, de 13/09/10, negando-lhes provimento.

É o voto.



Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator

AGENERSA

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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.339/2009

Data: 19/10/09 Fis.: 125

Rubrica: *Raposo*



GOVERNO DO
Rio de
Janeiro

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 645

DE 30 DE NOVEMBRO DE 2010.

*Concessionária CEG-
Termo de Notificação nº 006/2009 - Relatório de
Fiscalização CAENE P-0015/2009 - Embargos à
Deliberação AGENERSA nº 614/10.*

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-12/020.339/2009, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária em face da Deliberação nº. 614, de 13/09/10, para no mérito, negar-lhes provimento.

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

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2010.

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

Darcilia Aparecida da Silva Leite
Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira

Moacyr Almeida Fonseca
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator

Sérgio Burrowes Raposo
Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro