

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 653

DE 30 DE NOVEMBRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG - RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE E-00010/2010. TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA Nº 0.014/2010. FISCALIZAÇÃO REALIZADA NO DIA 13/07/10, NA RUA ARGENTINA – SÃO CRISTOVÃO/RJ.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/020.275/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os embargos apresentados pela concessionária CEG, porque tempestivos, em face da deliberação AGENERSA nº 627/2010, de 30/09/2010, para no mérito negar-lhe provimento.

Art. 2º - Ratificar a Deliberação AGENERSA nº 627/10, em seu inteiro teor.

Art. 3º - Determinar à Secretaria Executiva a expedição do Auto de Infração, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, utilizando-se o IGP-M como índice de atualização para o cálculo da multa, que deverá incidir sobre o valor histórico do somatório do faturamento dos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração.

Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor na 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
Sérgio Burrows Raposo
Conselheiro-Relator



AGENERSA

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

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DATA: 14/07/2010

Proc. E- 12/020.275/2010

Fls: 76

Processo n.º: E-12/020.275/2010
Autuação: 14/07/2010
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE E-00010/10.
Termo de Notificação 0014/10. Obras, reparos e
serviços em vias públicas. Vistoria realizada no
dia 13/07/2010, na Rua Argentina – São
Cristovão/RJ.
Relato: 30 de novembro de 2010

RELATÓRIO

Trata-se de processo regulatório iniciado através da CI CAENE n.º. 075/10¹, de 15/07/10, baseado no relatório de fiscalização CAENE n.º. E-00010/10², de 13/07/10, e termo de notificação CAENE n.º. 0014/10³, de 13/07/10. O referido processo foi relatado e votado em Sessão Regulatória realizada em 30/09/10, dando origem a deliberação AGENERSA n.º. 627/10⁴, deliberação esta publicada no DOERJ, de 07/10/10:

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. 16, VIII, da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 01/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE n.º. P-010/2010, de 13 de julho de 2010, e no Termo de Notificação n.º. 014/2010, de 13 de julho de 2010.

A CEG, em 13/10/10, protocolizou nesta AGENERSA, tempestivamente, seu embargo, o qual descrevo resumidamente a seguir:

“(...) 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-

¹ Fl. 08

² Fl. 03/05

³ Fl. 06

⁴ Fl. 52

DATA: 31/07/2010

Proc. E- 12/020.275/2010

Fls: 77



AGENERSA

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

Diretor, inexatidões materiais, contradições, omissões e/ou obscuridades, entre a decisão e seus fundamentos.

Na deliberação AGENERSA n° 627/10 pode-se verificar a presença de inexatidão material, bem como omissão, o que compromete a compreensão adequada da questão e impede a perfeita execução do ato emanado, conforme buscaremos delinear nas presentes razões, comprovando, assim, a perfeita conveniência da oposição destes embargos.

Quanto ao mérito, a Concessionária pondera que "(...) após a leitura e análise da presente deliberação, observou-se a existência de um erro material na ementa da deliberação, bem como em seu Art.1°.

No caso em tela, (...) a Concessionária foi notificada através do Termo de Notificação n° 0014/2010 e Relatório de Fiscalização CAENE n°. E-00010/2010.

Ocorre que, na deliberação n° 627/10, é citado o Termo de Notificação n° 0014/2010 e Relatório de Fiscalização CAENE n°. E-00010/2010, o que não corresponde à numeração correta, eis que o número de autuação do termo é composto por quatro dígitos, enquanto o número do relatório, por cinco.

(...) considerando a existência de erro material na deliberação, visam os presentes embargos buscar a sanatória da questão, com a republicação da deliberação ora embargada, para que passe a constar a numeração de três dígitos, conforme consta do processo regulatório, tanto na ementa quanto no artigo 1° da deliberação em foco.

No que tange a inexistência de determinação para lavratura do auto de infração, constata a Concessionária que "(...) o Conselho-Diretor, apesar de ter aplicado penalidade à Concessionária, não determinou a respectiva lavratura do auto de infração, o que inquina o ato de verdadeira nulidade.

De acordo com a Instrução Normativa AGENERSA/CD n° 01/2001 de 04 de setembro de 2007, temos que:

"Art. 8° - Se, da apreciação do mérito, o Conselho-Diretor da AGENERSA decidir, nos autos do processo regulatório instaurado na forma do Art. 7° que a Concessionária efetivamente incorreu em infração, nos termos da lei e/ou dos Contratos de Concessão, determinará que a Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica, a aplicação da pena cominada, por meio da lavratura de auto de infração."

(...) no caso em tela, apesar de ter imposto penalidade de multa, o Conselho Diretor omitiu-se quanto às determinações referentes à lavratura do respectivo auto de infração, de modo que a falta de menção ao órgão competente para esse ato inquina



AGENERSA

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

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DATA: 14/07/2010

Proc. E- 12/020.275/2010

Fls: 78

a decisão de nulidade que deve ser sanada, sob pena de ineficácia do ato administrativo.

Assim, 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 627/2010 para que passe a constar corretamente o órgão que será responsável pela lavratura do auto de infração correspondente.

Ao final do seu embargo, a Concessionária conclui que: "Em vista de todo o exposto, requer a Embargante sejam acolhidas as razões acima suscitadas, com o conhecimento dos presentes embargos.

No mérito, requer a Embargante a esse (...) Conselho Diretor, o acolhimento dos (...) Embargos, no que tange à supressão da inexatidão material, bem como da omissão ora apontadas, o que se constitui medida de extremo bom senso e Justiça."

Em 18/10/10, o processo retorna ao meu gabinete, após o decurso do prazo regimental.

Em 21/10/10, o presente processo é encaminhado à Procuradoria desta AGENERSA para análise e pronunciamento quanto aos embargos acostado às fls. 55/58 dos autos. Às fls. 62/63 a Procuradoria oferece seu parecer, como segue:

"Alega a Concessionária (...) a existência de inexatidão material em razão dos números correspondentes aos Termos Relatório de Fiscalização serem compostos de cinco dígitos e não quatro, conforme estampados. Assinala ainda (...) que o Conselho Diretor não determinou a respectiva lavratura do AI, e que falta a menção do órgão competente para o ato.

Os erros materiais apresentados pela embargante na ementa e no artigo 1º da deliberação citada, em nada modificam o conteúdo dos respectivos Termo e relatório de fiscalização.

Por outro lado, em homenagem ao princípio processual da instrumentalidade das formas (Art. 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 alcance sua finalidade essencial", é válido enfatizar que, não merecem prosperar as alegações trazidas pela Concessionária, pois verifica-se que os citados instrumentos cumpriram a finalidade essencial, que é a de relatar as inadequações encontradas, bem como notificar a Concessionária quanto à aplicação de penalidade, decorrente do apurado grau de responsabilidade quando da prestação do serviço público inadequado.

Dessa forma, os supostos vícios suscitados pela Concessionária quando comparados com a finalidade essencial do (...) Relatório de Fiscalização e Termo de



DATA: 14/07/2010

AGENERSA Proc. E- 12/020.275/2010

Fls: 79

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

Notificação, não tem o condão de ensejar qualquer tipo de confusão quanto ao entendimento exposto nos mesmos, que desaguaram na ementa e no artigo 1º da deliberação em comento, sob pena de clara princípio da proporcionalidade.

Observa-se (...) que o termo de notificação impugnado se coadunam com a finalidade pública de realização do interesse coletivo, elemento primacial de formação do ato administrativo⁵.

No que concerne à determinação do Conselho Diretor para a aplicação de multa e da falta de menção do órgão competente para o ato de aplicação da sanção, importante assinalar que (...) o Art. 23, item XX, da competência à Secretaria Executiva na expedição de AI (...) **em conjunto com as câmaras técnicas.** (Grifos no original).

(...) em razão do exposto, opinamos pelo não acolhimento dos embargos apresentados, mantendo "in totum" a Deliberação AGENERSA nº. 627/2010.

Através do ofício AGENERSA/ASSESS/SR nº. 127/10⁶, de 28/10/10 a Concessionária foi instada a oferecer razões finais, em conformidade com o disposto no §2º, do Art. 50, da Resolução AGENERSA nº. 02, de 23/06/09, que forem julgadas cabíveis, dentro do prazo de 5 dias.

Em 03/11/10, Através da correspondência DIJUR-E-3873⁷, a Concessionária pede dilação de prazo.

Através do ofício AGENERSA/ASSESS/SR nº. 129/10⁸, de 04/11/10, concedo a Concessionária a dilação de prazo solicitado.

Através da correspondência DIJUR-E-3887/10⁹, de 08/11/10, a Concessionária, em resposta ao ofício AGENERSA/ASSESS/SR nº. 129/10, serve-se da presente para tecer suas considerações:

"(...) no que se refere ao parecer da Procuradoria (...) respeitosamente (...) não podemos concordar, haja vista que a existência de inexatidão material na deliberação pode sim levar a desentendimento quanto ao objeto (...) do processo que se trata.

(...) conforme expressamente definido no Regimento Interno da Agência, alterado pela resolução AGENERSA nº. 002/2009, senão:

⁵ FI. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 32ª edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 152

⁶ FI. 64

⁷ FI. 70/71

⁸ FI. 72

⁹ FI. 74/75



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

"Art. 76 – As decisões do Conselho-Diretor são definitivas, ressalvada a ocorrência de inexatidões matérias, contradição, omissão e/ou obscuridade entre a decisão e seus fundamentos, que qualquer interessado pode apontar no prazo de 05 (cinco) dias perante o Conselho-Diretor, mediante a interposição de embargos (...) (GN)." (Grifos no original).

Ante o exposto, ratifica a CEG todos os argumentos apresentados nos embargos (...) conforme argumentos já expostos."

É o relatório.


Sérgio Raposo
Conselheiro-Relator.



AGENERSA

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

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DATA: 14 / 07 / 2010

Proc. E- 12 / 020. 275 / 2010

Fls: 038

Processo nº.: E-12/020.275/2010
Autuação: 14/07/2010
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE E-00010/10.
Termo de Notificação 0014/10. Obras, reparos e
serviços em vias públicas. Vistoria realizada no
dia 13/07/2010, na Rua Argentina – São
Cristovão/RJ.
Relato: 30 de novembro de 2010

VOTO

Trata-se de processo regulatório iniciado através da CI CAENE nº. 075/10, de 15/07/10, baseado no relatório de fiscalização CAENE nº. E-00010/10, de 13/07/10, e termo de notificação CAENE nº. 0014/10, de 13/07/10. O referido processo foi relatado e votado em Sessão Regulatória realizada em 30/09/10, dando origem a deliberação AGENERSA nº. 627/10. A qual reproduzo em parte:

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. 16, VIII, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 01/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-010/2010, de 13 de julho de 2010, e no Termo de Notificação nº. 014/2010, de 13 de julho de 2010.

A CEG, em 13/10/10, protocolizou nesta AGENERSA, tempestivamente, seu embargo, o qual transcrevo resumidamente a seguir:

"(...) 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, inexactidões materiais, contradições, omissões e/ou obscuridades, entre a decisão e seus fundamentos.

Na Deliberação AGENERSA nº 627/10 pode-se verificar a presença de inexactidão material, bem como omissão, o que compromete a compreensão adequada da questão e impede a perfeita execução do ato emanado, conforme buscaremos



Fls. 82 A
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

delinear nas presentes razões, comprovando, assim, a perfeita conveniência da oposição destes embargos.

Quanto ao mérito, a Concessionária pondera que "(...) após a leitura e análise da presente deliberação, observou-se a existência de um erro material na ementa da deliberação, bem como em seu Art. 1°.

No caso em tela, (...) a Concessionária foi notificada através do Termo de Notificação nº 0014/2010 e Relatório de Fiscalização CAENE nº. E-00010/2010.

Ocorre que, na deliberação nº 627/10, é citado o Termo de Notificação nº 014/2010 e Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-010/2010, o que não corresponde à numeração correta, eis que o número de autuação do termo é composto por quatro dígitos, enquanto o número do relatório, por cinco.

(...) considerando a existência de erro material na deliberação, visam os presentes embargos buscar a sanatória da questão, com a republicação da deliberação ora embargada, para que passe a constar a numeração de três dígitos, conforme consta do processo regulatório, tanto na ementa quanto no artigo 1° da deliberação em foco.

No que tange a inexistência de determinação para lavratura do auto de infração, constata a Concessionária que "(...) o Conselho Diretor, apesar de ter aplicado penalidade à Concessionária, não determinou a respectiva lavratura do auto de infração, o que inquina o ato de verdadeira nulidade. (...) No caso em tela, apesar de ter imposto penalidade de multa, o Conselho Diretor omitiu-se quanto às determinações referentes à lavratura do respectivo auto de infração, de modo que a falta de menção ao órgão competente para esse ato inquina a decisão de nulidade que deve ser sanada, sob pena de ineficácia do ato administrativo.

Assim, 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 nº. 627/2010 para que passe a constar corretamente o órgão que será responsável pela lavratura do auto de infração correspondente (...).

Instada, a Procuradoria da AGENERSA apresentou parecer, como segue, em parte:

"Alega a Concessionária (...) a existência de inexatidão material em razão do número correspondente ao (...) Relatório de Fiscalização ser composto de cinco dígitos e não quatro, conforme estampado. Assinala ainda (...) que o Conselho Diretor não determinou a respectiva lavratura do AI, e que falta a menção do órgão competente para o ato.

(...) Por outro lado, em homenagem ao princípio processual da instrumentalidade das formas segundo o qual "os atos processuais solenes são considerados válidos



DATA: 14/07/2010

Proc. E- 12/020.275/2010

AGENERSA

Fls: 83

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

ainda que praticados por forma diversa da prescrita em lei, desde que alcance sua finalidade essencial", é válido enfatizar que, não merecem prosperar as alegações trazidas pela Concessionária, pois verifica-se que os citados instrumentos cumpriram a finalidade essencial, que é a de relatar as inadequações encontradas, bem como notificar a Concessionária quanto à aplicação de penalidade, decorrente do apurado grau de responsabilidade quando da prestação do serviço público inadequado.

Dessa forma, os supostos vícios suscitados pela Concessionária quando comparados com a finalidade essencial do (...) Relatório de Fiscalização e Termo de Notificação, não tem o condão de ensejar qualquer tipo de confusão quanto ao entendimento exposto nos mesmos, que desaguaram na ementa e no artigo 1º da deliberação em comento, sob pena de claro princípio da proporcionalidade.

Observa-se (...) que o termo de notificação impugnado se coadunam com a finalidade pública de realização do interesse coletivo, elemento primacial de formação do ato administrativo¹.

No que concerne à determinação do Conselho Diretor para a aplicação de multa e da falta de menção do órgão competente para o ato de aplicação da sanção, importante assinalar que (...) o Art. 23, item XX, da competência à Secretaria Executiva na expedição de AI (...) **em conjunto com as câmaras técnicas.** (Grifos no original).

(...) em razão do exposto, opinamos pelo não acolhimento dos embargos apresentados, mantendo "in totum" a Deliberação AGENERSA nº. 627/2010.

Em suas razões finais a Concessionária não trouxe novos fatos aos autos, limitando-se a reiterar seus argumentos anteriores.

Em resumo, é inegável que houve discrepância na apresentação dos dígitos que compõem o número do Termo de Notificação nº 0014/2010 e do Relatório de Fiscalização CAENE nº. E-00010/2010. Houve uma economia de zeros. De zeros à esquerda. Isto me faz lembrar mesmo o dito popular quando se deseja menosprezar uma pessoa ou fato de fazer referência de "Ah.... isso é um zero à esquerda." Ou seja, alguma coisa sem a menor importância.

No caso em discussão, note-se que a falta dos zeros habituais não mudou a ordem dos instrumentos em qualquer listagem nem levou a qualquer possível confusão, vez que não existem autos ou notificações "competidoras", ou seja, outros instrumentos para os quais esta falta de zeros pudesse comprometer a identificação. Por exemplo, a BR que liga Rio de Janeiro a Belo Horizonte é a BR 040, porém se algum caminhoneiro com maior intimidade com esta importante rodovia, referir-se a ela, ao comentar com um colega seu bom estado de conservação, falando da BR 40, não

¹ FI. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo brasileiro. 32ª edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 152

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

ensejará qualquer dúvida, pois não há formalmente uma BR 40 que "competisse" no entendimento do interlocutor sobre qual rodovia se está falando.

Entendo mesmo que a Concessionária no presente caso deseja somente postergar a incidência da multa cominada, através de todos os meios ao seu alcance. Trata-se de proposta protelatória: o provimento do embargo referente à numeração dos instrumentos em nada mudaria seus conteúdos nem seus efeitos, apenas, pela almejada retificação e republicação implicaria em ganho de tempo.

Quanto à discussão da ordem dos fatores quando da imposição de autos de infração pela SECEX ou não ou por quem quer que seja que esteja representando a decisão do Conselho Diretor, trata-se de matéria recorrente sobre a qual esta Agência tem jurisprudência pacífica, a de que, como no entendimento de nossa Procuradoria "(...) o Art. 23, item XX, do Contrato de Concessão dá competência à Secretaria Executiva na expedição de AI (...) em conjunto com as Câmaras Técnicas."

Também aqui, vejo a clara intenção de procrastinar a implantação das decisões deste Conselho, como emanadas na notificação ora sob embargos.

Assim, acompanho o parecer de nossa Procuradoria e proponho ao Conselho Diretor:

1. Conhecer os embargos apresentados pela Concessionária CEG, já que foram tempestivos, para no mérito negar-lhes provimento.
2. Ratificar a Deliberação AGENERSA nº 627/10, em seu inteiro teor.
3. Determinar à Secretaria Executiva a expedição de Auto de infração, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, utilizando-se o IGPM como índice de atualização para cálculo da multa, que deverá incidir sobre o valor histórico do somatório do faturamento dos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração.

Assim voto


Sérgio Raposo
Conselheiro-Relator.



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

SECRETARIA DE ESTADO DE ECONOMIA
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DATA: 14 / 07 / 2010

Proc. E-12/020.275/2010

Fls: 85

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 653

DE 30 DE NOVEMBRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG - RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE E-00010/2010. TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA Nº. 0014/2010. FISCALIZAÇÃO REALIZADA NO DIA 13/07/10, NA RUA ARGENTINA - SÃO CRISTOVÃO / RJ.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/020.275/2010, por maioria,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os embargos apresentados pela concessionária CEG, porque tempestivo, em face da deliberação AGENERSA nº. 627/2010, de 30/09/2010, para no mérito negar-lhe provimento.


Art. 2º Ratificar a deliberação AGENERSA nº. 627/10, em seu inteiro teor.

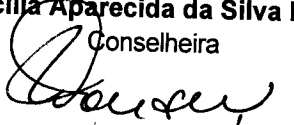
Art. 3º - Determinar à Secretaria Executiva a expedição do Auto de Infração, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, utilizando-se o IGP-M como índice de atualização para o cálculo da multa, que deverá incidir sobre o valor histórico do somatório do faturamento dos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração.

Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de novembro de 2010.


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro-Presidente


Darcilja Aparecida da Silva Leite
Conselheira


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Sérgio B. Raposo
(Conselheiro-Relator)