

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 706

DE 24 DE FEVEREIRO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG – RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE Nº E-0010/10. TERMO DE NOTIFICAÇÃO Nº 014/2010. OBRAS, REPAROS E SERVIÇOS EM VIAS PÚBLICAS. VISTORIA REALIZADA NO DIA 13/07/2010 NA RUA ARGENTINA – SÃO CRISTÓVÃO – RIO DE JANEIRO/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, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/020.275/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária em face das Deliberações nº 627/10 e nº 653 /10, porquanto tempestivo, para no mérito dar-lhe parcial provimento, reduzindo a multa aplicada no artigo 1º da Deliberação 627/10 para o percentual de 0,001 % (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) 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 E-0010/2010, de 13 de julho de 2010 e no Termo de Notificação nº 014/2010, de 13 de julho de 2010.

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

Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 2011.

DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE  
Conselheira  
MOACYR ALMEIDA FONSECA  
Conselheiro-Relator  
SÉRGIO BURROWES RAPOSO  
Conselheiro



*Processo nº.:* E-12/020.275/2010  
*Autuação:* 14/07/10  
*Concessionária:* CEG  
*Assunto:* Relatório de Fiscalização CAENE E-0010/10 - Termo de Notificação nº 014/10 - Obras, Reparos e Serviços em Vias Públicas - Vistoria realizada no dia 13/07/2010 na Rua Argentina - São Cristóvão - Rio de Janeiro/RJ - Recurso à Deliberação AGENERSA nº 627/10.  
*Sessão Regulatória 24 de fevereiro de 2011*

**RELATÓRIO**

O presente Processo Regulatório foi apreciado pelo Conselho-Diretor desta Agência, decorrendo daí as Deliberações nº 627/10<sup>1</sup> de 30/09/10 e nº 653/10<sup>2</sup> de 30/11/10, devidamente publicadas no Diário Oficial de 07/10/10 e 13/12/10, respectivamente.

<sup>1</sup> DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 627

DE 30 DE SETEMBRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG - RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-01012010. TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA Nº. 01412010. 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,

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG, a penalidade de multa, no montante de 001% (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/ICD nº. 01/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-O10/2010, de 13 de julho de 2010

DELIBERA:

Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

<sup>2</sup> 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 unanimidade,

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.

DELIBERA:

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.



Antes de adentrar ao mérito do Recurso, cabe informar que as aludidas deliberações foram proferidas, com base na vistoria realizada no dia 13/07/10, em obra na Rua Argentina, bairro de São Cristovão, Rio de Janeiro, as quais se encontram em desconformidade, conforme Relatório de Fiscalização CAENE P-00010/10.

No Relatório de Fiscalização CAENE P-00010/10 e Termo de Notificação nº 0014/2010, assinado pelo Gerente de Fiscalização da Câmara Técnica de Energia, foram verificadas as seguintes irregularidades "(...) travessia de rua sem recomposição asfáltica e sem chapa piso. Tal fato, configura descumprimento da NT - 813-BRA e das Normas para execução de Obras, Reparos e Serviços em vias públicas — O-COR — Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, conforme apontado no Relatório de Fiscalização E-00010/10, de 13/07/2010, anexo e parte integrante do presente Termo de Notificação".

Cabe informar que a Concessionária opôs Embargos contra a Deliberação AGENERSA nº 627/10 em 14/10/10, que lhe aplicou 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. Referida peça foi apreciada pelo órgão colegiado no sentido de conhecer os Embargos opostos, por tempestivos, para no mérito negar-lhes provimento (Deliberação nº 653/10), ratificando a referida Deliberação, e por fim determinando a expedição do auto de infração.

Não conformada com as referidas Deliberações, a Concessionária protocolizou o presente recurso em 22/12/10, sustentando em preliminar a sua tempestividade "(...) o art. 76 do Regimento Interno da Agência, alterado pela Resolução AGENERSA nº 002 de 23 de julho de 2009, determina que a interposição de Embargos conferem efeito suspensivo para cumprimento da decisão e **interruptivo para a interposição o Recurso.**" Acrescenta que o "(...) efeito interruptivo impõe o reinício da contagem do prazo e que a Deliberação AGENERSA n.º 653/2010 foi publicada no Órgão Oficial no dia 13 de dezembro de 2010 (segunda-feira), o prazo de 10 dias para interposição do Recurso iniciou-se em 14 de dezembro de 2010 (terça-feira) e terá seu término em 23 de dezembro de 2010 (quinta-feira)", razão pela qual "(...) indiscutível a tempestividade do mesmo".

Em segunda preliminar, postula a Concessionária, a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso, para sobrestar os efeitos da Deliberação AGENERSA nº 627/10, justificando que "(...) no que tange à multa imposta em art. 1º, ante a necessidade de se conferir à Concessionária o direito ao exercício das garantias ao contraditório e ampla defesa, antes de se impor o encargo da multa, que poderá levar à eventual inscrição em dívida ativa, o que compromete a situação legal da Concessionária" e "(...) A necessidade de concessão de efeito suspensivo pode ser constatada na medida em que há um risco de prejuízo de difícil e incerta reparação, na forma do art. 77 § 2º do Regimento Interno da AGENERSA".

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

No mérito apresenta a Concessionária uma breve síntese dos fatos, informando que "(...) a aplicação de tal penalidade foi determinada em virtude do Conselho Diretor dessa AGENERSA ter entendido que a Concessionária, teria reincidido nos fatos apurados no Termo de Notificação." Sustenta a Recorrente que "(...) não há pertinência na aplicação da penalidade de multa, a uma porque todas as inadequações foram sanadas a tempo e, a duas, porque tal penalidade não se mostra razoável, bem como seu montante não está adequado às normas aplicáveis ao caso".

Assevera que nas adequações por ela realizadas "(...) ficou comprovado que todas as inadequações apontadas pelo Relatório de Fiscalização foram devidamente sanadas pela Recorrente, tendo sido feitas as devidas adequações na Rua Argentina, no bairro de São Cristóvão." Acrescentando que "(...) prima pela segurança de seus usuários, o que se comprova pela efetiva presença na localidade da equipe técnica responsável pela execução dos serviços necessários às adequações exigidas."

Conclui a Concessionária que "(...) considerando-se que as pendências suscitadas no processo foram todas adequadamente satisfeitas, estando a obra em questão regularizada e inspecionada pela AGENERSA, de modo que a melhor decisão seria o arquivamento do processo pela perda de seu objeto." Por fim, requer "(...) a revisão da decisão materializada na Deliberação 627/10, com a anulação da penalidade de multa determinada em seu art. 1º, julgando-se extinto o processo em decorrência da perda de objeto".

Sustenta a Recorrente o não cabimento da aplicação da penalidade de multa, nos exatos termos do contrato de concessão, em especial, na cláusula décima - Penalidades:

"(...) As penalidades serão aplicáveis conforme previsto nas normas legais e regulamentares dos serviços e neste Contrato sempre que:

**II— deixar de adotar sem justa causa, nos prazos fixados pela ASEP-RJ, as providências indicadas para restabelecer a regularidade ou garantir a qualidade e eficiência dos serviços."**

Cita a Concessionária que "(...) de acordo com a cláusula acima transcrita, a aplicação de penalidades somente tem lugar quando a Concessionária deixa de adotar a conduta determinada pela Agência, dentro do prazo estabelecido, se omitindo em seu dever de atuar" e que "(...) A previsão contratual de apenas se impor penalidade nos casos em que a Concessionária permanecer inerte, demonstra a efetiva preocupação com o cumprimento da máxima "Regular antes de Penalizar", que deve ser sempre observada pelas Agências Reguladoras em geral. Por fim "(...) diante da patente constatação de ausência de má-fé por parte da recorrente, que inclusive atuou de forma a corrigir eventuais inadequações existentes, deve ser revogada a penalidade de multa aplicada à Recorrente por meio do art. 1º da Deliberação 627/10".



Ainda no mérito, sustenta a Recorrente a violação ao Art. 20 da instrução normativa AGENERSA/CD 01/2007, com base no voto do Conselheiro-Relator, do qual extraio "(...) Mais uma vez um processo trata da inobservância às regras contratuais e de posturas municipais relativas à realização de obras por empreiteiras contratadas pela Concessionária. Como a Concessionária vem apresentando um histórico coerente e consistente nesse mister, o que é comprovado pelas inúmeras penalidades que lhe tem sido aplicadas por este Conselho, até o momento, pelo menos, sem resultados palpáveis, acompanho os pareceres da CAENE e da Procuradoria para propor ao Conselho Diretor considerar a Concessionária responsável pelas inadequações constatadas e aplicar penalidade de multa no montante de 0.01% (um centésimo de um por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, devido aos fatos apurados no relatório de fiscalização objeto do presente processo".

Para corroborar seu entendimento, cita a Concessionária o art. 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD 01/07:

*"(...) Art. 20— Em se tratando de reincidência de infração que venha a ocorrer dentro do período de 12 (doze) meses subseqüentes à lavratura do "Auto de Infração (AI)" referente à primeira ocorrência, o Conselho Diretor da AGENERSA decidirá em sede de processo regulatório instaurado para apreciação da infração recidiva, segundo os termos desta Instrução Normativa e desde que comprovada nos autos a culpa da Concessionária, sobre a adoção das seguintes providencias:*

*1 — aplicação da multa correspondente ao GRUPO 1, para os casos já punidos com ADVERTÊNCIA. (GN)."*

Conclui que "(...) No caso em tela, não foi mencionada a infração anterior, que serviu de paradigma para a utilização do fundamento da reincidência." Requer a Concessionária que "(...) seja anulada a penalidade de multa imposta no art. 1º da Deliberação 627/10".

Ainda no mérito, a Recorrente considera a violação ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade, argumentando que "(...) O que se pode observar é que a imposição da multa in casu, avaliando-se o ato sob a égide dos princípios constitucionais e administrativos aplicáveis, é medida que não encontra amparo legal, uma vez que, além de não atender às normas vigentes, não atende ao princípio da razoabilidade/proporcionalidade no que se refere aos seus três requisitos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito" e que "(...) Ora, resta patente a constatação no sentido da falta de razoabilidade e proporcionalidade na imposição da penalidade de multa, haja vista que as mesmas inadequações, quando fiscalizadas pela Prefeitura do Rio de Janeiro, acarretam multas em patamares bem menores, normalmente fixadas em torno de R\$ 500,00 (Quinhentos reais), revelando-se absolutamente diferentes daquelas aplicadas pela Agência Reguladora, o que demonstra a total ausência de razoabilidade da penalidade aplicada. (...) Ademais, insta mencionar que as inadequações observadas na obra em questão, não tiveram o condão de expor à sociedade a qualquer risco, não se observando gravidade capaz de gerar a imposição de penalidades tão pesadas como a multa aplicada".

Sustenta a Concessionária que "(...) Diante disso, temos que a penalidade aplicada pela Agência, em valores extremamente altos, que revertem em favor da própria Agência Reguladora, acabam por ter um efeito prático de verdadeiro confisco, por se tratar de forma de aquisição coativa da propriedade da entidade privada pelo Estado, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, senão:

**"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 2.º E 30 DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente. — STF - ADI 551 / RJ - DJ 14-02-2003 PP-00058 (GN)".**

Assevera a recorrente que diante do exposto "(...) **faz-se necessária a anulação da multa imposta, eis que a mesma se mostra desnecessária, inadequada e desproporcional, o que leva à constatação de ausência de razoabilidade do próprio ato**".

Em sua conclusão, requer a Concessionária "(...) a esse E. Conselho Diretor que seja dado ao presente Recurso, revogando-se a Deliberação AGENERSA n.º 627/10, com a consequente anulação da multa imposta em seu art. 1º, na forma requerida ao longo deste Recurso, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua imposição".

Pela Resolução do Conselho Diretor N.º 218, de 13/01/2011, conforme sorteio em reunião interna, o processo foi distribuído para a minha relatoria e encaminhado ao meu gabinete em 17/01/11.

Autos encaminhados à procuradoria desta Agência, por minha assessoria, para o devido parecer jurídico quanto ao Recurso apresentado da Concessionária CEG.

Parecer jurídico da Procuradoria da lavra do Dr. Edson Vaz Borges às fls. 107/109, rebatendo as argumentações da Concessionária, destacando que: "(...) da breve análise do feito não se vislumbra suspeita de ilegalidade dos respectivos atos administrativos normativos exarados por esta Autarquia, o que justificaria, caso existente, a concessão do presente efeito suspensivo. (...) Nesse sentido, confira-se o entendimento do insigne doutrinador José dos Santos Carvalho Filho."

"( ) Pode ocorrer, com efeito, que o administrador suspeite, de plano, da ilegalidade do ato e o paralise para evitar consequências mais danosas para a Administração".



Quanto ao mérito explana a Procuradoria "(...) a recorrente reiteradamente vem infringindo o Contrato de Concessão carecendo em virtude disso de lhe ser aplicada as penalidades dispostas neste processo, não havendo ao art.20 da instrução normativa nº01/2007".

Prossegue aduzindo 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. (...) A penalidade aplicada à Concessionária foi praticada de acordo com o instrumento concessivo, de forma criteriosa, observando o devido processo legal, cabendo tal prerrogativa ao Conselho Diretor da Agência Reguladora, segundo a Lei 4556/2005." Acrescenta que "(...) houve sim comprovação da culpabilidade da Concessionária, de acordo com o estabelecido nos autos".

Assevera a Procuradoria que "(...) O contrato de concessão prevê que a violação de suas cláusulas resultará na imposição de penalidades. Isto porque, reconheceram as partes previamente, que esta seria uma medida necessária à impor a coerção da execução do contrato. É medida necessária também do ponto de vista legal, tanto é assim que a cláusula relativa à penalidade é reconhecida como essencial ao contrato de concessão, como dispõe o inciso VIII do art. 23 da Lei de Concessões, Lei 8987/95".

Por fim, conclui a Procuradoria que "(...) de acordo com o disposto no processo administrativo em comento, recomendamos a manutenção in totum da Deliberação AGENERSA nº 653/10".

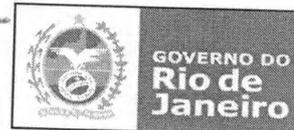
Em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, foi expedido ofício AGENERSA/MF nº. 10/11 em 01/02/11, para a Concessionária apresentar suas considerações finais.

Às fls. 112/113, foi acostado ao presente processo a correspondência da Concessionária CEG DIJUR-E-0190/11 de 07/02/11, em resposta ao ofício AGENERSA/MF nº. 10/11, ratificando todas as considerações esposadas no processo regulatório.

É o relatório.



**Moacyr Almeida Fonseca**  
Conselheiro-Relator

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

**Processo nº.:** E-12/020.275/2010  
**Autuação:** 14/07/10  
**Concessionária:** CEG  
**Assunto:** Relatório de Fiscalização CAENE E-0010/10 - Termo de Notificação nº 014/10 - Obras, Reparos e Serviços em Vias Públicas - Vistoria realizada no dia 13/07/2010 na Rua Argentina - São Cristóvão - Rio de Janeiro/RJ - Recurso à Deliberação AGENERSA nº 627/10.  
 Sessão Regulatória 24 de fevereiro de 2011

**VOTO**

Trata-se de Processo Regulatório instaurado para analisar os apontamentos da Câmara Técnica de Energia, em seu Relatório de Fiscalização CAENE P-0010/10 e Termo de Notificação nº 0014/2010, na qual se constatou irregularidade na obra executada pela Concessionária.

Através das Deliberações nº 627/10<sup>1</sup> de 30/09/10 e nº 653/10<sup>2</sup> de 30/11/10, devidamente publicadas no Diário Oficial de 07/10/10 e 13/12/10, respectivamente,

<sup>1</sup> DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 627

DE 30 DE SETEMBRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG - RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-01012010. TERMO DE NOTIFICAÇÃO AGENERSA Nº. 01412010. FISCALIZAÇÃO REALIZADA NO DIA 13107110, 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,

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG, a penalidade de multa, no montante de 001% (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/ICD nº. 01/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-O10/2010, de 13 de julho de 2010 e no Termo de Notificação nº. 014/2010, de 13 de julho de 2010.

DELIBERA:

Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

<sup>2</sup> 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 unanimidade,

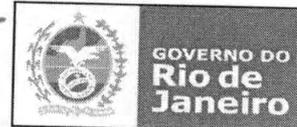
Art. 1º - Conhecer os embargos apresentados pela concessionária CEG, porque tempestivos, em face da deliberação AGENERSA nº. 627/2010, de 30/09/2010, para no mérito negar-lhe provimento.

DELIBERA:

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.

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

este Conselho-Diretor entendeu pela aplicação de penalidade de multa à Concessionária, devido às irregularidades relacionadas à travessia de rua sem recomposição asfáltica e sem chapa piso.

Não conformada com a aludida Deliberação, a Concessionária protocolizou Recurso em 22/12/10, sustentando em síntese, preliminar a sua tempestividade, a concessão de efeito suspensivo e, no mérito, sustenta a insubsistência da penalidade em razão de ter sanado as inadequações, violação do art. 20 da Instrução Normativa AGENERSA/CD 01/2007 e ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

Por derradeiro, entende que "(...) a penalidade aplicada pela Agência, em valores extremamente altos, que revertem em favor da própria Agência Reguladora, acabam por ter um efeito prático de verdadeiro confisco, por se tratar de forma de aquisição coativa da propriedade da entidade privada pelo Estado, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio".

Inicialmente, cabe informar que o Recurso foi protocolizado dentro do prazo regimental, considerado a publicação da Deliberação nº 663, no dia 13/12/10, e a apresentação do apelo no dia 22/12/10, porquanto tempestivo.

Quanto à referida concessão de efeito suspensivo, na mesma linha do parecer da Procuradoria desta Agência, entendo que além de desacompanhados das necessárias justificativas e comprovações, não se conformam às hipóteses previstas no § 2º, artigo 62, do Regimento Interno desta Casa. Ademais, não vislumbrei qualquer consequência prática de uma eventual concessão do efeito suspensivo, em razão da proximidade da presente sessão regulatória e da provável manutenção do posicionamento anterior.

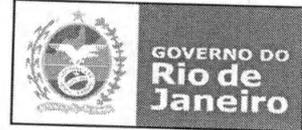
Em relação à nulidade da Deliberação, em razão das adequações realizadas, reafirmo, como de outras tantas oportunidades, que, nos casos de efetiva verificação de irregularidades, ainda que sanadas após o recebimento do Termo de Notificação, como foi o caso em tela, constitui obrigação legal e contratual desta Agência aplicar à Concessionária a penalidade adequada à hipótese, sem prejuízo da correção das falhas encontradas, até porque, consiste em dever da delegatária, uma vez que a obrigação de prestar o serviço público adequado incide sobre a CEG desde a assinatura do Contrato de Concessão.

Equivoca-se, mais uma vez, a Concessionária em relação ao dispositivo contratual invocado - Cláusula DEZ - PENALIDADES<sup>3</sup> - para afastar uma eventual punição, pois, caso a mesma deixasse de atender as determinações contidas no Relatório de Fiscalização e no Termo de Notificação, sua situação somente se agravaria, uma por descumprir requisitos de segurança que constitui sua obrigação e duas por desatender recomendações desta Agência.

<sup>3</sup> Cláusula Dez- Penalidades

(...) As penalidades serão aplicáveis conforme previsto nas normas legais e regulamentares dos serviços e neste Contrato sempre que:

(...) II- deixar de adotar sem justa causa, nos prazos fixados pela ASEP-RJ, as providências indicadas para restabelecer a regularidade ou garantir a qualidade e eficiência dos serviços.

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

No que diz respeito à violação ao artigo 20<sup>4</sup> da Instrução Normativa, a Concessionária afirma que a fundamentação utilizada para aplicação da penalidade de multa foi a reincidência da Concessionária, entretanto, não informa qual seria a infração anterior em que teria reincidido.

Ocorre que a reincidência da conduta da Concessionária é notória, tanto é verdade que inúmeros processos deliberados nesta Agência, o Conselho-Diretor deliberou inicialmente, considerando a constatação de irregularidades da mesma natureza, pela aplicação de penalidade de advertência. No entanto, em razão de as advertências aplicadas não terem coibido a reincidência das infrações, imperioso se fez a aplicação da penalidade de multa.

Ademais, a conduta da Recorrente, infringiu Dispositivos do Contrato de Concessão, maculando a adequada prestação do serviço público, não se tornando sensato, após todas as advertências aplicadas e, a reincidência de casos idênticos permanecer com aquela penalidade.

Alega a Concessionária que não foram observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. No entanto, sua afirmação não apresenta sustentação, visto que guarda coerência com os dispositivos da Cláusula Dez do Contrato de Concessão, combinado com a Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007.

A Razoabilidade e a Proporcionalidade não são sinônimas, havendo quem considere a última espécie da primeira, embora haja quem entenda tratarem-se do mesmo princípio. A Razoabilidade teria os seguintes elementos: adequação (capacidade ou aptidão da medida para atingir os objetivos pretendidos), necessidade (utilidade ou proveito da medida) e proporcionalidade (ponderação da relação existente entre os meios e os fins, ou entre os ônus e os bônus). A Proporcionalidade visa estabelecer uma relação entre meio e fim, para que se torne possível o controle dos excessos.

A Deliberação foi aferida em harmonia com a postura normal adotada por esta Agência Reguladora, valorando toda a conduta da Concessionária no caso concreto, de forma equilibrada, moderada e harmônica, ou seja, correspondente ao senso comum e aos valores vigentes naquele momento.

Ainda restou amplamente comprovado nos autos a inobservância das obrigações da Concessionária, tornando-se a multa imposta adequada, exigível e proporcional às irregularidades detectadas.

Refuto, de forma veemente, a menção absolutamente equivocada, pela Concessionária, quanto à aplicação de penalidade pecuniária pela Agência com fins de mera arrecadação. Entendo como totalmente descabida e inoportuna. 

<sup>4</sup> Art. Em se tratando de reincidência de infração que venha a ocorrer dentro do período de 12 (doze) meses subsequentes à lavratura do "Auto de Infração (AI)" referente à primeira ocorrência, o Conselho Diretor da AGENERSA decidirá em sede de Processo Regulatório instaurado para apreciação da infração recidiva, segundo os termos desta Instrução Normativa e desde que comprovada nos autos a culpa da Concessionária, sobre a adoção das seguintes providências:

I – aplicação da multa correspondente ao GRUPO I, para os casos já punidos com ADVERTÊNCIA;

**AGENERSA**

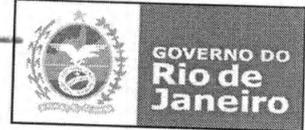
Agência Reguladora  
de Energia e Saneamento Básico  
do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.275/2010

Data 14/07/10 Fis.: 123

Assinatura: *Rulpon*



Destaca-se que a aplicação de penalidade de multa teve com finalidade principal de servir como meio de coerção da Concessionária no sentido de melhorar sua fiscalização nas obras por ela realizadas.

Tanto é verdade que aquela decisão serviu como impulso para melhoria de seu serviço, como está sendo a postura recente da Concessionária demonstrada na palestra proferida aqui nesta Agência Reguladora e, principalmente, na filiação ao programa de qualificação às empresas prestadoras de serviços desenvolvido pelo SINDISTAL (Sindicato da Indústria de Instalações Elétricas, Gás, Hidráulicas e Sanitárias do Estado do Rio de Janeiro), que visa certificar as empresas que prestam serviços às Concessionárias de serviços públicos.

Desta feita, cumpriu esta Agência Reguladora, a finalidade essencial, que é a de aplicar a penalidade face ao descumprimento de cláusula contratual, decorrente do apurado grau de responsabilidade quando da prestação do serviço público inadequado.

Finalizando, entende-se que a aplicação da penalidade pelo Conselho-Diretor está em consonância com as particularidades do caso ora apreciado. Desta forma e, não reconhecendo nenhum amparo legal nem contratual nos argumentos trazidos pela Concessionária para a reforma da deliberação recorrida, sugiro ao Conselho-Diretor desta Agência:

Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária em face das Deliberações nº 627/10 de 30/09/10 e nº 653/10 de 30/11/10, devidamente publicadas no Diário Oficial de 07/10/10 e 13/12/10, respectivamente, porquanto tempestivo, para no mérito negar-lhe provimento, mantendo na íntegra as deliberações recorridas.

É o voto.

*[Handwritten signature]*

**Moacyr Almeida Fonseca**  
Conselheiro-Relator

⇒ 0,001%

*reitorância em  
lugar de reincidência*

**AGENERSA**

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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020 2751 2010

Data 14/07/10 Fis.: 124

Rubrica: *Rui*



GOVERNO DO  
Rio de  
Janeiro

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 706

DE 24 DE FEVEREIRO DE 2011.

*Concessionária CEG -  
Relatório de Fiscalização CAENE E-0010/10 -  
Termo de Notificação nº 014/10 - Obras,  
Reparos e Serviços em Vias Públicas -  
Vistoria realizada no dia 13/07/2010 na Rua  
Argentina - São Cristóvão - Rio de Janeiro/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, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/020.275/2010, por unanimidade,

**DELIBERA:**

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária em face das Deliberações nº 627/10 e nº 653/10, porquanto tempestivo, para no mérito dar-lhe parcial provimento, reduzindo a multa aplicada no artigo 1º da Deliberação 627/10 para o percentual de 0,001 % (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) 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/ICD nº. 01/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-O10/2010, de 13 de julho de 2010 e no Termo de Notificação nº. 014/2010, de 13 de julho de 2010.

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

Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 2011.

*Darcilia*

**Darcilia Aparecida da Silva Leite**  
Conselheira

*Moacyr*

**Moacyr Almeida Fonseca**  
Conselheiro-Relator

*Sérgio*

**Sérgio Burrowes Raposo**  
Conselheiro