



Processo nº.: E-22/007/362/2019
Autuação: 07/05/2019
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE nº P-043/19 e do Termo de Notificação nº TN-027/19.
Sessão: 27/08/2019.

RELATÓRIO

O presente processo regulatório foi inaugurado por meio da CI AGENERSA/CAENE nº 048/19 (fls. 03), a partir do Relatório de Fiscalização CAENE nº P-043/19 (fls. 06-14) e do Termo de Notificação nº TN-027/19 (fls. 05), realizado com base na fiscalização datada de 12 de fevereiro de 2019, com vistas ao acompanhamento das instalações da concessionária situada à Praça Barão do Rio Branco, s/n, Prata, São João de Meriti.

Por meio do Ofício AGENERSA/CAENE nº 045/19, de 12 de abril de 2019, de fl. 04, a concessionária tomou conhecimento do relatório e do termo supramencionados para as providências cabíveis.

Nos termos do que foi consignado no referido relatório, a CAENE identificou a seguinte irregularidade: tampões de acesso à ERM apresentando mau estado de conservação/avarias.

A mencionada câmara informou, ainda, que a concessionária forneceu, via e-mail, as informações solicitadas quanto ao número de clientes abastecidos e extensão da rede já construída.

Prosseguiu a referida câmara concluindo que:

"No município foram construídos 36.698 metros de rede, havendo 1.321 clientes abastecidos pela Concessionária, sendo destes: 06 de caráter de produção elétrica e 16 postos GNV.

Tribuna Pública Estadual
Processo nº E-22/007/362-2019
Data 07/05/2019 Fls. 82
Rubrica: DR 4439560-4



Durante a vistoria, foi identificada a irregularidade listada a seguir:

- Tampões de acesso à ERM apresentando mau estado de conservação/avarias."

A CAENE solicitou à concessionária a apresentação de cópia dos documentos que demonstrassem a correção da irregularidade acima, bem como algumas informações, antes e durante a vistoria, que seguem na mídia digital anexada às fls. 14.

Através da GREG 224/2019 (fls. 15-17), a concessionária sustentou que não deve ser lavrado auto de infração, porque, no seu entendimento, o ato da AGENERSA foi subjetivo e interpretativo, pois:

"Há tampões no local que não apresentam qualquer irregularidade. Houve interpretação do agente fiscalizador como se depreende das fotos 5 e 6 do relatório da CAENE. Um dos tampões apresenta mera marca de desgaste temporal, mas que em nada afeta sua função original protetiva do acesso à ERM.

(...)

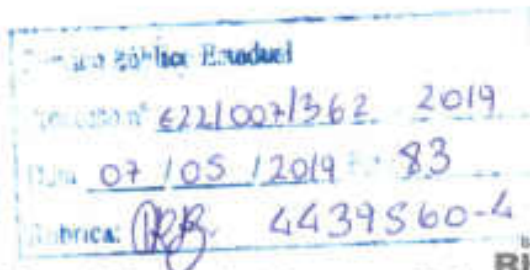
De qualquer forma, instalamos por atenção à CAENE, novos tampões (...)"

Finalizou requerendo o arquivamento do termo de notificação, pela inexistência de irregularidades, sem qualquer autuação de processo.

Sorteado à minha relatoria em 20 de maio de 2019 (fls. 20), remeti os autos à CAENE para ciência, análise e parecer, tendo em vista o pronunciamento da concessionária por meio da referida GREG.

A CAENE se manifestou, às fls. 28, no sentido de que é inadmissível o pleito da concessionária de não lhe ser aplicada penalidade por haver sanado as irregularidades apontadas acima, haja vista que tal fato é, na verdade, uma comprovação do não cumprimento das Cláusulas Primeira, §3º, e Quarta, §1º, itens 6 e 11, do Contrato de Concessão.

Instada a se manifestar, a Procuradoria entendeu, às fls. 31-32, pela responsabilidade da concessionária e consequente aplicação de penalidade, conforme excerto extraído de seu parecer, *in verbis*:



"Deste modo, em consonância com o apresentado pela CAENE, inclusive com o Parecer de fls. 28, entendemos que, embora a Concessionária GEG tenha sanado as irregularidades apontadas, tais fatos, não a exime, smj., de ser apenada, posto que infringiu as Cláusulas Contratuais, acrescentando que o princípio da prestação adequada do serviço público é condição básica da concessão, e, conforme consta da documentação dos Autos, a Delegatária agiu em desconformidade com o Contrato de Concessão."

Por meio do Ofício AGENERSA/ASSESS/JCSA nº 66/2019, às fls. 35, foi aberto prazo à concessionária, para, querendo, apresentar alegações finais.

Como resposta, através da GREG 427/19, às fls. 36-37, a concessionária apresentou suas razões finais no sentido de que a própria CAENE e a Procuradoria concordam que as irregularidades foram sanadas, apesar de ressalvarem que houve infração ao pacto concessivo. Reiterou sua manifestação de fls. 15-17, destacando que as irregularidades foram sanadas dentro do prazo de 10 (dez) dias, nos termos da Instrução Normativa 007/07, da própria AGENERSA, art. 6º, parágrafo 2º. Por derradeiro, afirmou que não há registro de incidentes ou reclamações de clientes sobre o termo de notificação em tela.

Ato contínuo, por meio da DIREG 098/2019, às fls. 38-45, a concessionária trouxe cópia do acórdão exarado nos autos da apelação distribuída sob o nº 0185836-58.2011.8.19.0001, em curso na 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, informando que restou nela decidido que a regularização de inconsistências ou irregularidades apontadas pela AGENERSA, dentro do prazo de 10 (dez) dias, não caracteriza infração ou descumprimento do contrato de concessão, mas sim mera irregularidade que não é passível de penalidade.

Novamente instada a se manifestar, agora a respeito do referido acórdão, a Procuradoria, às fls. 53-60, colacionou integra do acórdão prolatado no bojo da apelação nº 0187025-71.2011.8.19.0001, segundo o qual o recurso da concessionária teve provimento negado, mantendo-se a penalidade aplicada pela AGENERSA.



Assim, em seu parecer, de fls. 62, o órgão jurídico desta Casa ressaltou o que se segue:

"Em análise ao objeto do feito e documento acostado às fls. 38/45 (DIREG 098/2019), esta Procuradoria ressalta que trata-se de posicionamento *inter partes*, exarado pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro. Ou seja, o efeito vinculante se dá no âmbito da relação jurídica que se formou no bojo da demanda judicial n.º 0185836-58.2011.8.19.0001.

Nesse sentido, sabendo-se, desde já, que existem outros posicionamentos proferidos pelo TJRJ, como exemplo a Apelação Cível n.º 0187025-71.2011.8.19.0001, fls. 53/60, bojo dos quais se manteve a penalidade aplicada pela AGENERSA nos casos de semelhante natureza, nos âmbito dos processos em que a Concessionária pleiteava a nulidade da penalidade aplicada no contexto de processos intitulados 'Relatório de Fiscalização', o que prova o caráter singular dos pronunciamentos judiciais, não havendo posicionamento que vincule as decisões até o presente momento."

Através do Of. AGENERSA/ASSESS/JCSA n.º 094/2019 foi concedido prazo de 5 (cinco) dias para a concessionária apresentar manifestação em forma de alegações finais (fls. 65).

É o relatório.


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro Relator



Processo nº.: E-22/007/362/2019
Autuação: 07/05/2019
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE nº P-043/19 e do
Termo de Notificação nº TN-027/19.
Sessão: 27/08/2019.

VOTO

Trata-se de processo regulatório instaurado em razão da fiscalização realizada pela CAENE, em 12 de fevereiro de 2019, com vistas ao acompanhamento das instalações da concessionária no endereço situado à situada à Praça Barão do Rio Branco, s/n, Prata, São João de Meriti, a partir da qual originou-se o Relatório de Fiscalização CAENE.

Notificada através do termo nº 027/19, a concessionária tomou conhecimento do referido relatório para as providências cabíveis, uma vez que a CAENE identificou como irregularidade o mau estado de conservação/avarias dos tampões de acesso à Estação de Regulagem e Medição (ERM).

Não obstante, a concessionária sustentou que não deve ser lavrado auto de infração, pois o ato da AGENERSA teria sido subjetivo e interpretativo, já que há tampões que não apresentam qualquer irregularidade, e outros que apresentam mera marca de desgaste temporal sem qualquer prejuízo à sua função original de proteção do acesso à Estação de Regulagem e Medição (ERM).

Apesar disso, registrou que a irregularidade apontada pela CAENE foi corrigida, instalando-se novos tampões.

No intuito de motivar o juízo de convencimento desse Conselho, a concessionária apresentou manifestação, em 24/07/2019, contendo



jurisprudência, extraída do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de que não seria aplicável penalidade quando comprovada a correção de irregularidades.

Posteriormente, por meio da GREG 506/19, de 21 de agosto de 2019, de fls. 66-67, requereu a retirada de pauta dos processos E-22/007/360/2019, E-22/007/363/2019, E-22/007/365/2019, E-22/007/367/2019, E-22/007/364/2019, E-22/007/359/2019, E-22/007/362/2019, E-22/007/366/2019, E-22/007/361/2019 e E-22/007/368/2019, sob o fundamento de que seu prazo para manifestação se encerra no dia anterior à presente Sessão Regulatória.

Sabe-se que as alegações finais são um resumo de tudo o que foi apresentado no processo e que, no caso em tela, a concessionária teve a oportunidade de apresentá-las antes do julgamento, de modo que foi devidamente observado o devido processo legal, eis que respeitados os procedimentos e as formalidades exigidas pelo ordenamento jurídico. A concessionária manifestou-se sempre que desejou ou foi notificada, produzindo peças escritas.

Aliás, registre-se que as questões apresentadas pela concessionária em sede de razões finais, às fls. 71-80, não trazem maior complexidade, tratando-se de reproduzir os argumentos já expostos, o que foi devidamente avaliado por esta Relatoria, consoante será possível observar no curso da presente decisão.

Em detrimento do que foi sustentado pela concessionária, como bem ressaltado pela CAENE, a existência das irregularidades apontadas revela o descumprimento, por parte da concessionária, das seguintes cláusulas contratuais:

"CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO DO CONTRATO

§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.

**CLÁUSULA QUARTA – OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA**

§1º - Obriga-se, ainda, a CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo das demais obrigações assumidas neste instrumento, a:

(...)

6 - realizar, por sua conta e risco, as obras ou outras intervenções necessárias à prestação dos serviços concedidos, mantendo e repondo os bens e operando as instalações e equipamentos, de modo a assegurar os requisitos da prestação de serviços aludidos no §3º, da Cláusula PRIMEIRA;

(...)

11- cumprir e fazer 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 de exploração dos serviços;"

Ademais, a norma legal é clara e inequívoca quanto à obrigação de prestação de um serviço adequado por parte da concessionária.

A propósito, estabelece o art. 175, parágrafo único, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil:

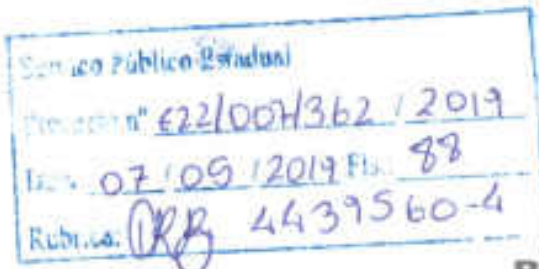
Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

(...)

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Além disso, veja-se a redação do art. 6º, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 8.987/95 (que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal), *in verbis*:



Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

E, ainda, vale a pena trazer à baila a previsão constante do art. 7º da referida lei, *in verbis*:

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

Menciona-se, ainda, o art. 31, inciso I, do citado diploma, segundo o qual:

Art. 31. Incumbe à concessionária:

I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;

Dos dispositivos acima reproduzidos, nota-se que a *mens legis* é a garantia do serviço público adequado aos seus destinatários, razão pela qual não se vislumbra plausível, pois, que, este requisito seja dispensado, mesmo considerando a correção posterior das irregularidades.

Nessa toada, a Procuradoria se manifestou pela responsabilidade da concessionária e consequente aplicação de penalidade, conforme excerto extraído de seu parecer, *ipsis litteris*:

Serviço Público
Processo nº E-22/007/362/2019
Data 07/05/2019 Fls.: 99
Rubrica: DRB. 4439560-4



"Deste modo, em consonância com o apresentado pela CAENE, inclusive com o Parecer de fls. 28, entendemos que, embora a Concessionária GEG tenha sanado as irregularidades apontadas, tais fatos, não a exime, smj., de ser apenada, posto que infringiu as Cláusulas Contratuais, acrescentando que o princípio da prestação adequada do serviço público é condição básica da concessão, e, conforme consta da documentação dos Autos, a Delegatária agiu em desconformidade com o Contrato de Concessão."


Logo, restando comprovado o inadimplemento do contrato, de fato, é forçoso a aplicação de penalidade. Contudo, a repercussão e as circunstâncias fáticas do caso concreto devem ser levadas em conta a fim de serem evitadas generalização ou atribuições desmedidas ou, ao inverso, quantificações aleatórias.

No caso em apreço, a concessionária poderia apenas ter providenciado os reparos, que eram de pequena relevância, mas, de maneira diligente, optou por substituir os tampões. Ademais, as avarias identificadas não representavam riscos exponenciais ao serviço, aos usuários ou aos seus funcionários, de modo que entendo desnecessária a aplicação de qualquer penalidade, em consonância com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e insignificância.

Diante do acima exposto, voto por:

1. Deixar de aplicar penalidade à Concessionária CEG, por não restar configurada infração à legislação vigente ou ao contrato de concessão que justifique sanção.

É como voto.


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro Relator

RECEBIDO
DELEGAÇÃO

EM _____

HORA _____

Assinatura e Rubrica

AGENERSA

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

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais

Serviço Público Estadual

Processo nº E-22/007/362/2019

Data 07/05/2019 Fls: 20

Rubrica: ORB. 4439560-4



GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO

DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 3929

DE 27 DE AGOSTO DE 2019.

CONCESSIONÁRIA CEG. Relatório de Fiscalização CAENE nº P-043/19 e do Termo de Notificação nº TN-027/19.


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 n.º E-22/007/362/2019, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Deixar de aplicar penalidade à Concessionária CEG, por não restar configurada infração à legislação vigente ou ao contrato de concessão que justifique sanção;

Art. 2º - A presente deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 27 de agosto de 2019.


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro Presidente


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro


Tiago Mohamed
Conselheiro


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro Relator