



Processo nº.: E-22/007/365/2019
Autuação: 07/05/2019
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE nº P-048/19 e do
Termo de Notificação nº TN-030/19.
Sessão: 27/08/2019.

RELATÓRIO

O presente processo regulatório foi inaugurado por meio da CI AGENERSA/CAENE nº 051/19 (fls. 03), a partir do Relatório de Fiscalização CAENE nº P-048/19 (fls. 06-12) e do Termo de Notificação nº TN-030/19 (fls. 05), realizado com base na fiscalização datada de 13 de fevereiro de 2019, com vistas ao acompanhamento das instalações da concessionária situada à Rodovia Presidente Dutra, km 200, Jardim Maracanã, no município de Seropédica.

Por meio do Ofício AGENERSA/CAENE nº 049/19, 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 as seguintes irregularidades:

- Cabo de aterramento da casa de operação da estação em estado deteriorado;
- Ausência de sinalização de rota de fuga na estação.

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:



Sendo assim, esta Procuradoria entende que o caso em análise atrai a aplicação de penalidade contratual. Em outras palavras, a delegatária agiu em desconformidade com o princípio da prestação do serviço público adequado. Todo cuidado é pouco quando estamos diante de serviços que envolvem a coletividade e, neste sentido, na leitura desta Procuradoria, a penalidade tem o fito pedagógico, eis que inibirá ações da presente ou semelhante natureza em termos futuros." (grifei)

Por meio do Ofício AGENERSA/ASSESS/JCSA nº 65/2019, às fls. 38, foi aberto prazo à concessionária, para, querendo, apresentar alegações finais.

Como resposta, através da GREG 426/19, às fls. 39-40, a concessionária apresentou suas razões finais no sentido de que a própria CAENE e a Procuradoria concordam que as irregularidades foram sanadas, apesar de ressaltarem que houve infração ao pacto concessivo. Reiterou sua manifestação de fls. 13-16 e 22-24, 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 097/2019, às fls. 41-48, 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. 56-63, colacionou íntegra 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.



"No município foram construídos 50.088 metros de rede, havendo 03 clientes abastecidos pela Concessionária, sendo destes: 01 de caráter de produção elétrica e 02 postos GNV.

Durante a vistoria, foram identificadas as seguintes irregularidades:

- Ausência de Sinalização de rota de fuga;
- Cabo de aterramento da casa d operação da estação em estado deteriorado."

A CAENE solicitou à concessionária a apresentação de cópia dos documentos que demonstrassem a correção das irregularidades acima, bem como algumas informações, antes e durante a vistoria, que seguem na mídia digital anexada às fls. 12.

Através da GREG 227/2019 (fls. 13-16), a concessionária sustentou que não deve ser lavrado auto de infração, por entender que o ato da AGENERSA teria sido subjetivo e interpretativo.

No que tange ao cabo de aterramento da casa de operação da estação em estado deteriorado, a concessionária pontuou que:

*"O cabo encontrava-se em bom estado de conservação, tanto que qualquer tipo de incidente não foi registrado. (...)
Estamos providenciando, entretanto, por respeito à CAENE e à AGENERSA, a troca do cabo de aterramento e assim que o serviço for concluído, informaremos com evidências esta CAENE."*

No tocante à ausência de sinalização de rota de fuga, consignou a concessionária que:

*"O local da estação é amplo e regular, sendo perfeitamente possível a evacuação, (...).
Vale observar, ainda, que a UTE Barbosa Lima Sobrinho é contígua à UTE Fluminense, pois estão localizadas no mesmo endereço (Rodovia Presidente Dutra, KM 20, Jardim Maracanã, Seropédica) sendo certo que nesta última (UTE Fluminense), as placas de rota de fuga estão afixadas (...).
De qualquer forma, a Concessionária atuou prontamente, por respeito a esta CAENE e a esta AGENERSA."*



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. 19), remeti os autos à CAENE para ciência, análise e parecer, tendo em vista o pronunciamento da concessionária por meio da referida GREG.

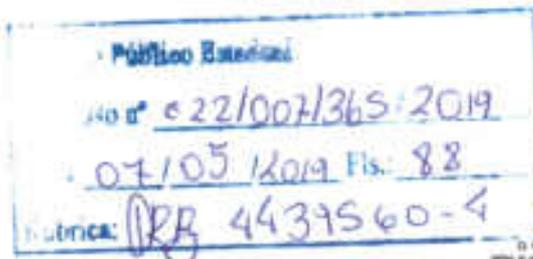
Antes disso, porém, por meio da GREG 294/19, de 20 de maio de 2019, constante de fls. 22-25, a concessionária apresentou complementações à GREG 227/19 afirmando que já foram comprovadas, através desta carta, as instalações das placas de rota de fuga, bem como que procedeu à substituição do cabeamento da casa de operação.

Por fim, reiterou seu entendimento no sentido de que não deve ser lavrado auto de infração e o pedido de arquivamento do termo de notificação.

Após isto, às fls. 30, a CAENE se manifestou 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. 33-35 pela responsabilidade da concessionária e consequente aplicação de penalidade, conforme excerto extraído de seu parecer, *in verbis*:

“No que pese a aplicação da penalidade em relação à Concessionária, esta Procuradoria, em conformidade com a manifestação da CAENE, acostada às fls. 30, entende que a pronta realização dos reparos não exige a delegatária de cumprir rigorosamente as cláusulas do Contrato de Concessão, cabendo lembrar que o princípio da prestação do serviço público adequado é condição permanente e mandatória da concessão e requer toda cautela necessária em quaisquer ações, obras e procedimentos correlatos à prestação dos serviços públicos.



Assim, em seu parecer de fls. 65, 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 090/2019 foi concedido prazo de 5 (cinco) dias para a concessionária apresentar manifestação em forma de alegações finais (fls. 68).

É o relatório.

José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro Relator

Processo nº.: E-22/007/365/2019
Autuação: 07/05/2019
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE nº P-048/19 e do
Termo de Notificação nº TN-030/19.
Sessão: 27/08/2019.

VOTO

Trata-se de processo regulatório instaurado em razão da fiscalização realizada pela CAENE, em 13 de fevereiro de 2019, com vistas ao acompanhamento das instalações da concessionária no endereço situado à Rodovia Presidente Dutra, km 200, Jardim Maracanã, no município de Seropédica, a partir da qual originou-se o Relatório de Fiscalização CAENE.

Notificada através do termo nº 030/19, a concessionária tomou conhecimento do referido relatório para as providências cabíveis, uma vez que a CAENE identificou como irregularidades o estado de deterioração do cabo de aterramento da casa de operação da estação e a ausência de sinalização de rota de fuga na estação.

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 o cabo se encontrava em bom estado de conservação, tanto que não houve qualquer registro de incidente. Defende, ainda, que o local da estação é amplo e regular, sendo perfeitamente possível a evacuação, registrando que a UTE Barbosa Lima Sobrinho é contígua à UTE Fluminense cujas placas de fuga estão nela afixadas.

Serviço Público Federal

Processo nº 622/007/365/2019

Data 07/05/2019 Fis: 90

Assinatura: ORB 4439560-4



Apesar disso, registrou que a irregularidade apontada pela CAENE foi corrigida, substituindo-se o cabeamento da casa de operação e instalando-se as placas de rota de fuga.

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. 69-70, 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. 74-83, 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:

... Poder Público
nº E-22/007/365/2019
07/05/2019 Fls. 91
a. ORB 4439560-4

**"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 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:

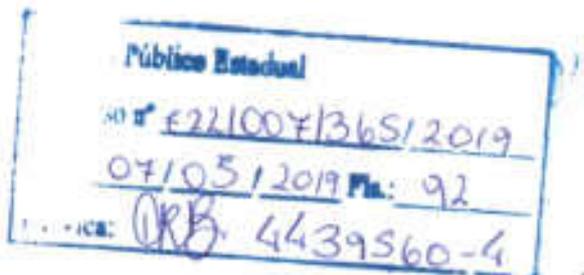
Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

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 conseqüente aplicação de penalidade, conforme excerto extraído de seu parecer, *ipsis litteris*:

Serviço Público Estadual
Processo nº E-22/007/365/2019
Data 07/05/2019 Fls.: 93
Rubrica: [Assinatura] 4439560-4



"No que pese a aplicação da penalidade em relação à Concessionária, esta Procuradoria, em conformidade com a manifestação da CAENE, acostada às fls. 30, entende que a pronta realização dos reparos não exime a delegatária de cumprir rigorosamente as cláusulas do Contrato de Concessão, cabendo lembrar que o princípio da prestação do serviço público adequado é condição permanente e mandatória da concessão e requer toda cautela necessária em quaisquer ações, obras e procedimentos correlatos à prestação dos serviços públicos.

Sendo assim, esta Procuradoria entende que o caso em análise atrai a aplicação de penalidade contratual. Em outras palavras, a delegatária agiu em desconformidade com o princípio da prestação do serviço público adequado. Todo cuidado é pouco quando estamos diante de serviços que envolvem a coletividade e, neste sentido, na leitura desta Procuradoria, a penalidade tem o fito pedagógico, eis que inibirá ações da presente ou semelhante natureza em termos futuros." (grifei)

Assim, 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, muito embora a concessionária tenha sanado as irregularidades dentro do prazo de 10 (dez) dias, bem como não haja notícia nos autos de incidentes ou reclamações de clientes, conforme informado pela própria concessionária em sede de razões finais, normas ligadas à segurança não foram por ela observadas, colocando em risco a vida dos funcionários ou de quaisquer outras pessoas que estivessem próximas à casa de operação da estação em momento de descarga atmosférica.

Destaque-se que a conduta omissiva adotada pela concessionária foi potencialmente lesiva, de modo que, sopesando-se com razoabilidade e proporcionalidade, impõe-se a aplicação da penalidade de multa sem que se mostre excessiva, visto que guarda proporção com a gravidade da infração praticada.

Serviço Público Brasileiro
Processo nº E-22/007/365/2019
Data 07/05/2019 Fls. 094
Rubrica DRB. 0040345604



Diante do acima exposto, voto por:

1. Aplicar à concessionária CEG a penalidade de multa equivalente a 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração (13.02.2019), com base na Cláusula Décima, inciso IV, do Contrato de Concessão, em decorrência do descumprimento da Cláusula Primeira, parágrafo terceiro, e Cláusula Quarta, parágrafo primeiro, itens seis e onze, do referido contrato;

2. Determinar à SECEX, em conjunto com a CAENE, a lavatura do correspondente auto de infração, em consonância com a Instrução Normativa 001, de 04/09/2007.

É como voto.

José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro Relator

Jose Carlos dos Santos Araujo
Conselheiro
a. lavatura
0040345604-5
AGENERSA

**DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 3332 DE 27 DE AGOSTO DE 2019.****CONCESSIONÁRIA CEG. Relatório de Fiscalização CAENE nº P-048/19 e do Termo de Notificação nº TN-030/19.**

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-22/007/365/2019, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à concessionária CEG a penalidade de multa equivalente a 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração (13.02.2019), com base na Cláusula Décima, inciso IV, do Contrato de Concessão, em decorrência do descumprimento da Cláusula Primeira, parágrafo terceiro, e Cláusula Quarta, parágrafo primeiro, itens seis e onze, do referido contrato;

Art. 2º - Determinar à SECEX, em conjunto com a CAENE, a lavagem do correspondente auto de infração, em consonância com a Instrução Normativa 001, de 04/09/2007;

Art. 3º - A presente deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 27 de agosto de 2019.


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro Presidente


Tiago Mohamed
Conselheiro


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro Relator