



Processo nº.: E-22/007/368/2019
Autuação: 07/05/2019
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE nº P-042/19 e do Termo de Notificação nº TN-026/19.
Sessão: 27/08/2019.

RELATÓRIO

O presente processo regulatório foi inaugurado por meio da CI AGENERSA/CAENE nº 054/19 (fls. 03), a partir do Relatório de Fiscalização CAENE nº P-042/19 (fls. 06-17) e do Termo de Notificação nº TN-026/19 (fls. 05), realizado com base na fiscalização datada de 12 de fevereiro de 2019, com vistas ao acompanhamento das instalações da concessionária situada à Av. José Mariano dos Passos, nº 631, Prata, Belford Roxo.

Por meio do Ofício AGENERSA/CAENE nº 052/19, 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:

- Insuficiência de sinalização noturna de trânsito;
- Tapumes da concessionária armazenados de forma irregular;
- Projeto de obra sinalizado como "sem efeito" e sem explicação concreta sobre o porquê de estar sinalizado de tal maneira.

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 concluindo que:

"No município foram construídos 64.268 metros de rede, havendo 7.861 clientes abastecidos pela Concessionária, sendo destes: 05 de caráter industrial e 07 postos GNV.

Durante a vistoria foram identificadas as seguintes irregularidades:

- Insuficiência de sinalização noturna de trânsito;
- Tapumes da concessionária armazenados de forma irregular;
- Projeto de obra sinalizado como "sem efeito" e sem explicação concreta sobre o porquê de estar sinalizado de tal maneira."

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. 17.

Através da GREG 229/2019 (fls.18-21), de 24 de abril de 2019, a concessionária sustentou que não deve ser lavrado auto de infração, já que, em relação à insuficiência de sinalização noturna de trânsito, o parecer exarado pela CAENE foi interpretativo, eis que a fiscalização ocorreu durante o dia, motivo porque a referida câmara não poderia interpretar que a sinalização noturna seria insuficiente, acrescentando que a sinalização existente é apta a sua função e existe nos tapumes tinta reflexiva. Ademais, informa que "(...) *houve o cuidado de se indicar a obra com antecedência.*"

Por sua vez, no tocante ao armazenamento irregular de tapumes, a concessionária alega que não há armazenamento.

No que concerne ao projeto de obra sinalizado como "sem efeito" e sem explicação concreta sobre o porquê de estar sinalizado de tal maneira, afirma a concessionária que a obra está sinalizada, e que a expressão "sem efeito" *refere-se apenas à rasura na aposição do carimbo da assinatura.*



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

Antes, porém, foi juntada a GREG 255/2019, de 06 de maio de 2019, constante de fls. 27-30, por intermédio da qual a concessionária complementou a referida GREG 229/2019, consignando que *"Havia alguns pontos que a Concessionária indicara que seriam regularizados posteriormente, devido à necessidade de finalização de trabalhos já iniciados, mas que não foram possíveis de concluir dentro do prazo inicial."*

No decorrer de suas informações, sustentou que as duas fotos, constantes fls. 28, comprovam que, em relação à irregularidade atinente à insuficiência de sinalização noturna de trânsito, a obra já se encontrava finalizada e que, no dia da vistoria, a concessionária já estava desmobilizando-a.

Esclareceu que a obra já se encontrava sendo desmobilizada, com a retirada dos tapumes para armazenamento no caminhão para retorno à base.

Com relação à sinalização "sem efeito" no projeto de obra, sem explicação concreta sobre o motivo de estar sinalizado de tal maneira, afirmou que se tratava apenas de parte da indicação do projeto *"Isso porque, ao apresentar o projeto na prefeitura o Secretário de Obra informou que o nome de uma rua específica havia sido alterado e solicitou que fosse feito um novo projeto com o novo nome. Para que não houvesse confusão entre os projetos, o próprio Secretário incluiu a marca sem efeito no trecho do projeto. Destacamos que já possuíamos o projeto com o novo nome da rua conforme solicitação da Prefeitura, e lembramos que o trajeto da rede não foi modificado."*



Por derradeiro, reiterou o seu pedido de arquivamento do termo de notificação por inexistência de irregularidades.

A CAENE se manifestou, às fls. 36, 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. 39-41, 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. 36, 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."

Por meio do ofício AGENERSA/ASSESS/JCSA nº 69/2019, de 05 de julho de 2019, às fls. 44, foi aberto prazo à concessionária, para, querendo, apresentar alegações finais.

Como resposta, através da GREG 430/19, às fls. 45-46, 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. 18-21 e 27-30,

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-22/007/368/2019

07/05/2019 Fls. 88

4439560-5



GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO

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 101/2019, às fls. 47-54, 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.56-62, 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. 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 titulados 'Relatório de Fiscalização', o que prova o caráter singular dos pronunciamentos judiciais, não

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-22/007/368/2019

07/05/2019 p. 89

ORB 4439560-4



GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO

havendo posicionamento que vincule as decisões até o presente momento."

Através do Of. AGENERSA/ASSESS/JCSA n.º 097/2019 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-22/007/368/2019
Autuação: 07/05/2019
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE nº P-042/19 e do
Termo de Notificação nº TN-026/19.
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 encereço situado à Av. José Mariano dos Passos, nº 631, Prata, Eelford Roxo, a partir da qual originou-se o Relatório de Fiscalização CAENE.

Notificada através do termo nº 026/19, a concessionária tomou conhecimento do referido relatório para as providências cabíveis, uma vez que a CAENE identificou, como irregularidades, a insuficiência de sinalização noturna de trânsito, armazenamento irregular de tapumes da concessionária, bem como projeto de obra sinalizado como "sem efeito" e sem explicação concreta sobre o porquê de estar sinalizado de tal maneira.

Não obstante, a concessionária sustentou que não deve ser lavrado auto de infração, pois, a uma, o parecer exarado pela CAENE foi interpretativo, eis que a fiscalização ocorreu durante o dia, motivo porque a referida câmara não poderia interpretar que a sinalização noturna seria insuficiente; a duas porque não havia sequer armazenamento de tapumes; a três, porque a expressão "sem efeito" no projeto de obra referia-se apenas à rasura na aposição do carimbo da assinatura.



Posteriormente, complementou que, no dia da vistoria realizada pela câmara técnica desta Casa, a obra já se encontrava sendo desmobilizada, com a retirada dos tapumes, para armazenamento no caminhão que retornaria à base, bem como que, em razão da alteração do nome de determinada rua, o secretário de obra incluiu a marca "sem efeito" no trecho do projeto.

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 comprovado que as irregularidades foram sanadas.

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 respeitamos 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:

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

"No que pese a aplicação da penalidade em relação à Concessionária, esta Procuradoria, em conformidade com a manifestação da CAENE, acostada às fls. 36, 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.

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."

No caso em apreço, muito embora a concessionária alegue que 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.

Especialmente quanto a sinalização deficiente de trânsito para as obras realizadas pela concessionária, em outras oportunidades esta Casa já se manifestou aplicando penalidade em razão de incidentes e/ou acidentes que a falha na sinalização das obras promoveu com terceiros transeuntes dos locais.

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.




Diante do acima exposto, voto por:

1. Aplicar à concessionária CEG a penalidade de multa equivalente a 0,0005% (cinco décimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração (12.02.2019), com base na Cláusula Décima, inciso V, 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 lavratura do correspondente auto de infração, em consonância com a Instrução Normativa 001, de 04/09/2007.

LA PET 10/2 EC
JCS
José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro
Id. Funcional: nº 554688-6
AGENERSA

É como voto.


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro Relator

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-22/007/368/2019

Data 07/05/2019 Fis.: 96

Rubrica: ORB, 4439560-4



GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO

DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 3937 DE 27 DE AGOSTO DE 2019.

CONCESSIONÁRIA CEG. Relatório de Fiscalização CAENE nº P-042/19 e do Termo de Notificação nº TN-026/19.

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-22/007/368/2019, por unanimidade,


DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à concessionária CEG a penalidade de multa equivalente a 0,0005% (cinco décimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração (12.02.2019), 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 lavratura 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