

Processo nº.: E-22/007/366/2019
Autuação: 07/05/2019
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE nº P-049/19 e do Termo de Notificação nº TN-031/19.
Sessão: 27/09/2019.

RELATÓRIO

O presente processo regulatório foi inaugurado por meio da CI AGENERSA/CAENE nº 052/19 (fls. 03), a partir do Relatório de Fiscalização CAENE nº P-049/19 (fls. 06-15) e do Termo de Notificação nº TN-031/19 (fls. 05), realizado com base na fiscalização datada de 12 de fevereiro de 2019, com vistas ao acompanhamento das instalações da concessionária situada à Rodovia Presidente Dutra, km 200, Jardim Maracanã, Seropédica.

Por meio do Ofício AGENERSA/CAENE nº 050/19, 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:

- Ausência de sinalização de rota de fuga na estação;
- Placas de sinalizações em mau estado de conservação.

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.

Prossigui concluindo que:

"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 na estação;
- Placas de sinalizações em mau estado de conservação.

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. 15.

Através da GREG 228/2019 (fls.16-19), de 24 de abril de 2019, a concessionária sustentou que não deve ser lavrado auto de infração, já que, em relação à ausência de sinalização de rota de fuga, o local é amplo e aberto.

Por sua vez, no tocante ao mau estado de conservação de placas de sinalização, explicou que estas são afetadas pelas intempéries climáticas, mas que, apesar disso, estavam aptas à sua função original.

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. 22), 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. 30, 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 Primeiro, §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 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 reque- 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 80/2019, às fls. 38, foi aberto prazo à concessionária, para, querendo, apresentar alegações finais.

Como resposta, através da GREG 472/19, às fls. 39-48, 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. Sustentou que não houve violação aos princípios da prestação do serviço público adequado e da tipicidade, 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 incientes ou reclamações de clientes sobre o termo de notificação em tela. Por último, bem como requereu juntada do acórdão prolatado pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da apelação nº 0185836-58.2011.8.19.0001.

Novamente instada a se manifestar, agora a respeito do referido acórdão, a Procuradoria, às fls. 50-57, 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.

Assim, em seu parecer de fls. 59, o órgão jurídico desta Casa ressaltou o que se segue:

"Em análise ao objeto do feito e documento acostado às fls. 39-48 (DIREG 472/2019), 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. 50/51, bojo dos quais se manteve a penalidade aplicada pela AGENERSA nos casos de semelhante natureza, no 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 havendo posicionamento que vincule as decisões até o presente momento."

Através do Of. AGENERSA/ASSESS/JCSA n.º 095/2019 foi concedido prazo de 5 (cinco) dias para a concessionária apresentar manifestação em forma de alegações finais (fls. 62).

Antes disso, porém, por meio da GREG 506/19, de 21 de agosto de 2019, de fls. 63-64, 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 encerraria no dia anterior à Sessão Regulatória de 27 de agosto de 2019.

Por último, a concessionária apresentou razões finais, às fls. 63-77, repisou seus argumentos já expostos, anexando, novamente, cópia da decisão colegiada da 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

É o relatório.


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro Relator

Processo nº.: E-22/007/366/2019
Autuação: 07/05/2019
Concessionária: CEG
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE nº P-049/19 e do
Termo de Notificação nº TN-031/19.
Sessão: 26/09/2019.

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, Seropédica, a partir da qual originou-se o Relatório de Fiscalização CAENE.

Notificada através do termo nº 031/19, a concessionária tomou conhecimento do referido relatório para as providências cabíveis, uma vez que a CAENE identificou como irregularidade a ausência de sinalização de rota de fuga na estação e o mau estado de conservação das placas de sinalização.

A concessionária sustenta que não deve ser lavrado auto de infração, uma vez que o ato da AGENERSA teria sido subjetivo e interpretativo, já que, em relação à ausência de sinalização de rota de fuga, o local é amplo e aberto e, no tocante ao mau estado de conservação de placas de sinalização, explicou que estas são afetadas pelas intempéries climáticas, mas que, apesar disso, estavam aptas à sua função original.

Informa, ainda, que corrigiu os problemas apontados, instaurando rota de fuga e instalando novas placas de sinalização.

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.

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 X, 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. 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."

No intuito de motivar o juízo de convencimento desse Conselho, a concessionária apresentou manifestação, em 05/08/2019, 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.

A respeito da decisão acostada pela concessionária, a Procuradoria pronunciou-se no sentido de defender que se trata de posicionamento *inter partes*, de modo que o efeito vinculante daquela decisão fica adstrito ao âmbito da relação jurídica havida naquele caso concreto, tratado no bojo do processo onde foi exarada. Além disso, colacionou íntegra do acórdão prolatado em outro processo, no intuito de demonstrar a singularidade dos pronunciamentos judiciais.

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, 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.

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 advertência, sem que se mostre excessiva, visto que guarda proporção com a gravidade da infração praticada.

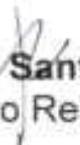
Diante do acima exposto, voto por:

1. Aplicar à concessionária CEG a penalidade de advertência, 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 lavratura 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

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-22/007/366/2019

Data 07/09/2019

Rubrica: ORB. 4439560-4



DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 3954 DE 26 DE SETEMBRO DE 2019.

CONCESSIONÁRIA CEG. Relatório de Fiscalização CAENE nº P-049/19 e do Termo de Notificação nº TN-031/19.

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-22/007/366/2019, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à concessionária CEG a penalidade de advertência, 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;

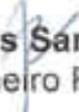
Art. 3º - A presente deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de setembro de 2019.


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro Presidente


Tiago Mohamed
Conselheiro


Silvío Carlos Santos Ferreira
Conselheiro


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro Relator