

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 365 DE 31 DE MARÇO DE 2009

CONCESSIONÁRIA CEG - ACIDENTE COM INCÊNDIO DEVIDO AO VAZAMENTO DE GÁS EM LINHA DE MÉDIA PRESSÃO INSTALADA NA RUA DO QUITO - PENHA NO DIA 30 DE SETEMBRO DE 2004. RECURSO À DELIBERAÇÃO AGENERSA, Nº 264/2008 INTEGRADA PELA DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 310/2008.

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-33/100.422/2004, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face Deliberação AGENERSA nº 264, de 31 de julho de 2008, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 310, de 25 de setembro de 2008, porque tempestivo, para no mérito negar-lhes provimento, mantendo na íntegra as deliberações recorridas.

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

Rio de Janeiro, 31 de março de 2009

ANA LÚCIA SANGUÊDO BOYNARD MENDONÇA
Conselheira Relatora

DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira

SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro

Processo nº.: E-33/100.422/2004
Data de autuação: 04 de outubro de 2004
Concessionária: CEG
Assunto: Acidente com Incêndio Devido ao Vazamento de Gás em Linha de Média Pressão Instalada na Rua Quito – Penha no dia 30 de setembro de 2004 – Recurso à Deliberação AGENERSA nº. 264/2008, integrada pela Deliberação AGENERSA 310/2008
Relatório: 31 de março de 2009

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso interposto pela Concessionária CEG contra as Deliberações AGENERSA nºs 264/08 e 310/08, proferidas pelo Conselho Diretor por unanimidade, publicadas respectivamente no DOERJ de 07 de agosto de 2008 e 01 de outubro de 2008.

Protocolado em 13 de outubro de 2008 a Concessionária CEG entrou¹ com Recurso argumentando que a Deliberação AGENERSA nº. 264/08 foi publicada em 07/08/08. Diante da existência de omissão e contradição no teor da decisão, em 12/08/08 opôs recurso de Embargos. Em 25/09/08, houve julgamento dos Embargos, originando a Deliberação 310/08 publicada no DOERJ em 01/10/08. Acrescenta que os Embargos opostos em virtude da Deliberação AGENERSA nº. 264/08 interromperam o prazo para cumprimento da Deliberação, bem como do presente Recurso.

A Recorrente pleiteia que seja excepcionalmente concedido efeito suspensivo ao Recurso para sobrestar os efeitos das Deliberações AGENERSA nº. 264/08 integrada posteriormente pela Deliberação 310/08 de forma a assegurar o processo legal e os princípios da ampla defesa e do contraditório. O efeito suspensivo do Recurso é reconhecido no § 2º, do artigo 62, do Decreto nº. 38.618/05 que regulamenta a Agência Reguladora, o qual prevê que o Relator poderá aplicá-lo quando verificada a possibilidade de risco de perecimento de direito ou prejuízo para execução do Contrato de Concessão e sua adequada prestação, segundo os requisitos dos § 1º e do art. 6º da Lei 8.987/95.

assessoria

Na preliminar de nulidade alegada pela CEG que a edição da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, norma na qual se baseiam as Deliberações ora recorridas, implica em nítida violação aos preceitos do Contrato de Concessão e aos princípios que regem o Direito Administrativo. Verifica-se que da análise dos artigos da Instrução Normativa que estabelecem a aplicação de penalidades em face da Concessionária, há a previsão de apenas duas hipóteses para aplicação de penalidade de advertência e em todas as hipóteses restantes, são previstas apenas a aplicação de penalidade de multa pecuniária.

Entende a Concessionária que o Contrato de Concessão estabelece a possibilidade de aplicação de penalidades, mas não o tipo de penalidade que será aplicada ao concessionário de serviço público e que a aplicação de penalidades deverá guardar proporção com a gravidade do fato a que se pretende punir, levando em consideração o efeito pedagógico que a penalidade venha a surtir.

Afirma a CEG que a intenção da Agência Reguladora ao editar a Instrução Normativa referida, foi a de punir com rigor excessivo e desproporcional, as infrações cometidas pela Concessionária, sem observar os princípios que regem o Contrato de Concessão, denota o caráter eminentemente arrecadatário das penalidades, requerendo então o acolhimento da presente preliminar, com a declaração de nulidade da Instrução Normativa AGENERSA nº. 001/2007, e em via de consequência das Deliberações AGENERSA nº. 264/08 e nº. 310/08.

Por todo o exposto, a Concessionária requer o acolhimento da presente preliminar, com a declaração de nulidade da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, e em via de consequência, das Deliberações AGENERSA n.ºs 264/08 e 310/08.

Cita a Concessionária CEG que por meio da Deliberação AGENERSA nº. 264 o Conselho Diretor, aplicou penalidade de multa equivalente a 0,02% (dois centésimos por cento) do montante do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base no instrumento concessivo, bem como na Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007. A aplicação da penalidade, foi determinada em virtude do acidente com

¹ - Fls. 133/144 – Recurso da Concessionária CEG de 13.10.08

incêndio devido ao vazamento de gás em linha de média pressão, instalada na Rua Quito, bairro da Penha, no dia 30 de setembro de 2004.

Na Sessão Regulatória de 25 de setembro de 2008, o Conselho Diretor da AGENERSA, entendeu que a mencionada Deliberação não continha nenhuma nulidade a ser declarada, bem como inexistia omissão a ser suprida, razão pela qual foram rejeitados os Embargos opostos pela Concessionária, ora Recorrente, por meio da Deliberação AGENERSA nº. 310/08.

Informa a Recorrente que apresentou um relato pormenorizado do acidente, indicando as possíveis causas bem como um laudo técnico elaborado pelo Laboratório de Engenharia Mecânica da Faculdade de Engenharia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. A conclusão do laudo técnico atesta que, o vazamento de gás foi causado por defeito durante a soldagem de duas tubulações de polietileno que não foram alinhadas corretamente, por ocasião da operação de soldagem por eletrofusão dos referidos dutos, o que acabou gerando o vazamento de gás.

Salienta a Concessionária que, na verdade, o problema ensejador do acidente em tela, foi causado por manifesto ato de terceiros, ou seja, pela empresa prestadora de serviços da Recorrente, quando da construção do trecho em que ocorreu o acidente. Muito embora a Concessionária tenha realizado uma supervisão sistemática da execução da obra de construção do ramal onde ocorreu o acidente, houve falha durante a construção do mesmo.

Argumenta a Concessionária que nos termos da legislação brasileira, com base nos artigos 186 e 927 do Código Civil, o agente só será obrigado a reparar o dano, apenas quando por ação ou omissão, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, fato este que, mais uma vez, deve ser afastado no presente caso.

Alega a Concessionária que em vista do exposto e, considerando a insofismável ausência de responsabilidade da Recorrente, o presente Recurso vede ser provido, para reformar a Deliberação AGENERSA nº. 264/08, integrada pela Deliberação nº. 310/08, desconsiderando a aplicação de penalidade de multa pecuniária.

Pleiteia a Concessionária CEG que na eventualidade do Conselho Diretor entender pela necessidade de aplicação de penalidade em face da Recorrente, o que se admite apenas

autoprocurador

hipoteticamente, ser mais proporcional e razoável, a conversão da penalidade de multa, para a penalidade de advertência, o que desde já requer. Em razão dos argumentos apresentados, o presente Recurso deve ser provido, para que as Deliberações AGENERSA nºs. 264/08 e 310/08, sejam reformadas, especialmente no que concerne ao valor desproporcional da multa aplicada em face da Recorrente, na forma requerida, revogando-se a punição que lhe foi imputada, o que se constitui medida de extremo bom senso e Justiça!

Em reunião interna realizada em 29/10/2008, o Conselho Diretor aprovou² a distribuição do presente processo para o Gabinete da Conselheira Ana Lucia que através de sua assessoria e de sua ordem solicitou³ à Procuradoria para que emita parecer analisando as preliminares de tempestividade e Concessão de Efeitos do Efeito Suspensivo do Recurso às Deliberações AGENERSA nºs 264/08 e 310/08, interposto pela Concessionária CEG

Em seu parecer⁴ a Procuradoria da AGENERSA referente ao pedido da Concessionária CEG de concessão de efeito suspensivo ao seu recurso, de fls. 133/144 contra a Deliberação AGENERSA nº. 264/2008, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 310/2008, apontando entre outros argumentos, a relevância do tema discutido e de seus impactos, assegurar a observância do devido processo legal e os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Em que pesem os argumentos expendidos pela recorrente, não parece possível o seu acolhimento, já que, além de desacompanhados das necessárias justificativas e comprovações, não se conformam às hipóteses previstas no parágrafo 2º do artigo 77 do Regimento Interno da AGENERSA, em vigor, aprovado pelo Decreto Nº 38.618 de 08 de Dezembro de 2005, como também as previstas no artigo 52, II do Decreto Estadual nº. 31.896/2002. Outrossim, não logrou a recorrente a devida comprovação de dano irreparável ou de difícil reparação, não merecendo em razão do exposto, o acolhimento do efeito suspensivo na forma requerida.

Para cientificar⁵ à Concessionária da decisão por mim tomada, a minha assessoria encaminhou o ofício AGENERSA/ALSBM Nº 023/08, de 07 de novembro de 2008

² - Fls. 146 – Resolução do Conselho Diretor Nº 123 de 29.10.08

³ - Fls. 146 v. – Despacho à Procuradoria em 03.11.08

⁴ - Fls. 147 – Parecer 41/2008-EVB

⁵ - Fls. 149 – Of. AGENERSA/ALSBM nº. 23/08 de 07.09.08

informando o indeferimento do pedido de concessão de efeitos suspensivos ao recurso interposto.

Retornando⁶ à Procuradoria para emissão de parecer conclusivo, a mesma manifesta⁷ que dentre as preliminares argüidas está o pedido de efeito suspensivo, pedido já indeferido em razão das disposições apresentadas pela Procuradoria Jurídica da AGENERSA, corroboradas pela Conselheira Relatora.

Quanto a alegada falta de fundamentação e ausência de motivação, não procedem os argumentos da embargante que, em momento algum observa o princípio já consagrado na Doutrina da Motivação dos atos Administrativos, pelo qual a Administração deve, necessariamente, indicar os fundamentos de fato e de direito ensejadores de suas decisões, pois em relação ao caso em tela, os atos se dão a devida sustentação à decisão do referido órgão administrativo colegiado são o Relatório e o Voto proferidos pela Conselheiro Relator que oferecem subsídios claros, explícitos e congruentes, bem como fartamente fundamentados no conteúdo dos autos, necessários à manifestação do Conselho Diretor para que a decisão se dê revestida de legalidade.

A recorrente dispõe em outra preliminar as nulidades das deliberações 264/08 e 310/08, e a Instrução Normativa 001/2007, em que se baseiam as deliberações citadas e por ela impugnadas, sob a alegação de nítida violação aos preceitos do Contrato de Concessão, bem como dos princípios que regem o Direito Administrativo.

A Instrução Normativa AGENERSA/CD Nº 001/2007, dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pela Agência Reguladora nas ações de fiscalização e das obrigações legais e contratuais da Concessionária CEG e na aplicação de penalidades àquela Concessionária, quando for o caso, inexistindo pois quaisquer violações apontadas pela recorrente e tampouco ausência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

É de reconhecer que a penalidade é proporcional posto que fixada dentro dos parâmetros contratuais e destinada a competir ao adimplemento das obrigações a par da gravidade da conduta, imposta pelos patamares previstos na Cláusula Dez do Contrato de Concessão, prevê que a violação de suas cláusulas resultará na imposição de penalidades. É medida

⁶ - Fls. 150 – Despacho de 07.09.08

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 8.987/95. A Concessionária descumpriu também um dos requisitos legais de prestação de serviço adequado, que é o de segurança, previsto no § 1º do art. 6º inserido na mesma Lei, em razão da sua omissão quanto à supervisão e certificação de serviços de construção de linha de rede de gás, ao encargo de empresa por si contratada, dando causa ao acidente objeto deste processo, incorrendo portanto no art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988. A própria recorrente admite a falha⁸ da empresa prestadora de serviço.


“De fato, houve falha da empresa prestadora de serviço, quando da construção do ramal e da soldagem do trecho em que ocorreu o vazamento”.

Quanto ao acidente em si, no Relatório da CAENE assinala⁹ que o Laudo do Teste Pneumático, não contém assinatura de responsável pela Supervisão da Recorrente;

Concluindo:

“De todo o apresentado, entende que as preliminares dispostas no administrativo não devem ser acolhidas e no mérito, que sejam mantidas *in totum* as Deliberações AGENERSA nºs. 264/08 e 310/08”.

É o relatório


Ana Lucia Sanguedo Boynard Mendonça
Conselheira Relatora do Recurso

⁷ - Fls. 151/156 -- Parecer da Procuradoria Nº 43/2008 - EVB

⁸ - Fls. 139

⁹ - Fls. 60/61

Processo nº.: E-33/100.422/2004
Data de autuação: 04 de outubro de 2004
Concessionária: CEG
Assunto: Acidente com incêndio devido ao vazamento de gás em linha de média pressão instalada na Rua do Quito – Penha no dia 30 de setembro de 2004. Recurso à Deliberação AGENERSA nº. 264/2008 integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 310/2008.
Relatório: 31 de março de 2009

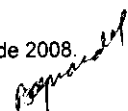
VOTO

O presente Processo Regulatório de tem como objeto a verificação do incêndio ocorrido devido a vazamento de gás, em 30 de setembro de 2004, na Rua Quito, situada no bairro da Penha, no Município do Rio de Janeiro.

Este Conselho Diretor, na Sessão Regulatória de 31 de julho de 2008, decidiu¹ por aplicar a penalidade multa à Concessionária CEG no valor equivalente 0,02% (dois centésimos por cento) do montante do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão c/c art. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007.

Inconformada com a penalidade aplicada, a Concessionária Embargou a Deliberação AGENERSA nº. 264/2008, que foi rejeitado por este Conselho Diretor

¹ Deliberação AGENERSA nº. 264, de 31 de julho de 2008. Publicada no Diário Oficial do Estado em 07 de agosto de 2008.



na Sessão Regulatória de 25 de setembro de 2008, expedindo-se a Deliberação AGENERSA nº 310/2008².

Mais uma vez inconformada a CEG interpôs o presente Recurso que passo a analisar.

Quanto à preliminar suscitada de concessão de efeito suspensivo ao recurso, informo que foi encaminhado Ofício³ à Concessionária indeferindo o pedido tendo em vista o Parecer⁴ da Procuradoria desta AGENERSA, por não ter ficado comprovado "dano irreparável ou de difícil reparação".

A Concessionária também suscitou em sua peça de recursal, a preliminar de nulidade das Deliberações acima referidas e da Instrução Normativa AGENERSA nº. 001/2007, por não haver ampara contratual para as mesmas.

Relembro aos Conselheiros que essa preliminar é o mais novo mantra inventado pela Concessionária, e já foi amplamente discutido e analisado por este Conselho Diretor em todos os recentes recursos e embargos apresentados pela CEG, tendo sido devidamente indeferido em todos, por ter ficado caracterizado o efeito meramente protelatório perquirido pela Concessionária, motivo pelo qual mais uma vez a rejeito.

² À fl. 130.

³ Ofício AGENERSA/ALSBM nº. 023/2008, de 07/11/2008. À fl. 149.

⁴ Parecer 041/2008 – EBV, às fls. 147/248.

No mérito, após fazer uma breve síntese dos fatos, a CEG tenta fazer argumentações quanto os motivos que levaram a aplicação da penalidade imposta, afirmando não ter responsabilidade no acidente, porém em suas próprias alegações ressalta que "*de fato, houve falha da empresa prestadora de serviço, quando da construção do ramal e da soldagem do trecho em que ocorreu o vazamento*", assim não há que se falar em ausência de responsabilidade.

Por fim, alega a Concessionária que esta Agência não observa os Princípios Proporcionalidade e da Razoabilidade e que não possui critérios para o na fixação de penalidades, penalizando antes de regular.

Equivoca-se mais uma vez a Concessionária em suas argumentações, pois foi aplicando tais princípios e diante das várias provas e manifestações trazidas nos autos deste processo que o Conselho Diretor aplicou a multa à Concessionária.

A vista de todo o exposto, não reconhecendo nenhum aparo legal nem contratual nos argumentos trazidos pela Concessionária CEG para a reforma das Deliberações recorridas, sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face Deliberação AGENERSA nº. 264, de 31 de julho de 2008, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 310, de 25 de setembro de 2008, porque tempestivo, para no mérito negar-lhes provimento, mantendo na íntegra as deliberações recorridas;

É o voto.


Ana Lucia Sanguedo Boynard Mendonça
Conselheira Relatora do Recurso

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº.

DE 31 DE MARÇO DE 2009.

CONCESSIONÁRIA CEG – Acidente com incêndio devido ao vazamento de gás em linha de média pressão instalada na Rua do Quito – Penha no dia 30 de setembro de 2004. Recurso à Deliberação AGENERSA nº. 264/2008 integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 310/2008.

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-33/100.422/2004, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face Deliberação AGENERSA nº. 264, de 31 de julho de 2008, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 310, de 25 de setembro de 2008, porque tempestivo, para no mérito negar-lhes provimento, mantendo na íntegra as deliberações recorridas.

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

Rio de Janeiro, 31 de março de 2009.


DARCÍLIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira


ANA LÚCIA SANGUEDO BOYNARD MENDONÇA
Conselheira Relatora


SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro