

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 531

DE 26 DE FEVEREIRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG. INQUÉRITO CIVIL – PJDC Nº 018/2006.

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-33/120.167/2006, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a Defesa apresentada pela Concessionária CEG em face do Termo de Notificação nº. 001/2009, de 02/06/2009, porque tempestiva, para no mérito, negar-lhe provimento.

Art. 2º - Aplicar à CEG a penalidade de multa, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, no montante de 0,07% (sete centésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, devido ao descumprimento do disposto nas Cláusulas Primeira, § 3º e Quarta, caput e §1º, 11 do instrumento concessivo, bem assim no art. 18, I e 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, de 04/09/2007.

Art. 3º - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007.

Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de fevereiro de 2010.
JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro-Presidente
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira-Revisora
MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro-Relator
SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro

Processo nº.: E-33/120.167/2006
Autuação: 09/06/2006
Concessionária: CEG
Assunto: Inquérito Civil- PJDC Nº 018/2006
Relato: 29 de janeiro de 2010

VOTO

Trata-se de processo regulatório instaurado em razão da requisição do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro- 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva – Defesa do Consumidor e Contribuinte, no sentido desta Agência apresentar manifestação sobre as supostas irregularidades narradas pelo Sr. Abelardo de Oliveira Junior no “Termo de Declarações” datado em 20/02/06.

No “Termo de Declarações” narra o Ministério Público que: *“(...) no condomínio no qual o declarante reside vem sendo realizado serviço de instalação de gás; que o serviço vem sendo feito pela PROCILIVILIS, representando a CEG, sem que tenha sido realizado qualquer estudo prévio, ao ver do declarante; que a CEG vem descumprindo diversos ditames do RIP.”*

Através da nota técnica nº 003/06 confeccionada pela Câmara Técnica de Energia desta Agência em 12/06/06, foram identificadas diversas irregularidades nos serviços de instalação de gás do condomínio, razão pela qual, em 13/06/06 foi encaminhado ofício CAENE nº 040/06 à Concessionária, para que a mesma providenciasse de imediato a correção das anomalias apontadas naquele documento, solicitando em seguida, uma inspeção técnica do imóvel quando regularizadas as incorreções apresentadas.

Nova Nota Técnica nº.006/06 apresentada pela CAENE, em 02/10/06, prestando informações e recomendando:

“(...) Como o prédio, ainda estava em obras, apenas alertamos a Concessionária, por questão de cuidado, que antes de por em carga, a empresa inspetora de liberação para uso deve verificar as condições dos ambientes onde estivesse instalado aparelho a gás, conforme procedimento da própria Concessionária.”

Através do Relatório de Fiscalização nº. P-0003/09, realizado em 28/01/09, em vistoria realizada pela CAENE juntamente com a CEG, sugeriu aquela Câmara Técnica:

“(...) As cabines dos medidores em sua parte inferior possuem dois furos para possibilitar o escoamento de água, porém sugerimos seja aumentada a quantidade de furos para permitir um melhor escoamento.



A CAENE enviou o Ofício nº 040/06 de 13/06/06, solicitando a correção das anomalias apontadas na Nota Técnica CAENE nº 003/06. Registre-se o fato de que no 2º andar as ramificações são embutidas em sancas, ao invés de todos os outros andares em que as ramificações são aparentes e fixadas através braçadeiras. Neste caso, a área total mínima de ventilação está em desacordo com o especificado pelo RIP.”

Em razão da vistoria realizada conjuntamente com a CEG, foi expedido ofício CAENE nº. 043/09 à Concessionária, encaminhando Termo de Notificação nº. 01/2009, em 02/06/09, contendo cópia do Relatório de Fiscalização CAENE nº. 05/09, relativo ao acompanhamento da qualidade das obras executadas pela CEG.

No aludido Termo de Notificação nº. 01/2009, discrimina a CAENE os fatos levantados na vistoria realizada no dia 02/06/09, no imóvel da Praia de Botafogo nº 154, Botafogo, Rio de Janeiro, cuja finalidade principal era a de verificar as adoções sugeridas no Relatório de Fiscalização CAENE N.º P-0003/09, de 28/01/2009, a saber: “(...) Houve descumprimento das determinações da AGENERSA, contidas, no Relatório de Fiscalização CAENE No. P0003/09, de 28/01/2009, quanto a execução de aumento da quantidade de furos para permitir um melhor escoamento do interior das cabines, para quais solicitamos que seja executadas de imediato.”

Para o cumprimento das ações a serem empreendidas pela Concessionária, no Termo de Notificação, determinou a CAENE: “(...) Que sejam executadas e sanadas todos os problemas de pontos sem acabamento, melhorando a qualidade da obra executada, pela contratada em nome da Concessionária.”

Através do ofício DJRI-E-223/09, de 09/06/09, a Concessionária enviou relatório fotográfico, demonstrando o cumprimento das exigências da CAENE e a relação de todas as correções executadas.

Juntado às fls. 126/127 parecer da CAENE, narrando os fatos ocorridos no processo e ao final concluindo: “(...) nada mais resta a esta CAENE, pois as exigências e as não- conformidades, foram regularizadas pela Concessionária.”

Em razão do Termo de Notificação nº. 01/2009, encaminhado pela Câmara Técnica de Energia desta Agência, protocolizou a Concessionária sua Defesa, tempestivamente, considerando o prazo de 10 dias concedidos no aludido Termo.

Suscitou a Concessionária em síntese, a nulidade do termo de notificação em razão da ausência de previsão no contrato de concessão, nulidade da instrução normativa AGENERSA/CD nº 001/2007 e cerceamento de defesa.

No mérito alega a Concessionária que: “(...) não incorreu na prática de quaisquer irregularidades, quando da ação de fiscalização realizada por esta Câmara de Energia da AGENERSA.”

Por fim, sustenta a Concessionária que todas as adequações foram sanadas, não mais subsistindo as irregularidades apontadas no Termo de Notificação, razão pela qual, entende que deve ser desconsiderado e conseqüentemente arquivado.

Em prosseguimento à instrução do processo, a CAENE tece as seguintes considerações:

"(...) Durante a vistoria conjunta, realizada em 02/06/09, foi constatado por esta CAENE, que as recomendações não haviam sido executadas, exceto o aumento das aberturas de ventilação das sancas do 2º andar. Houve portanto um descumprimento das determinações da AGENERSA, Contidas no RF CAENE Nº P-0003/09 de 28/01/09.

Parecer jurídico da Procuradoria desta Agência, da lavra do Dr. Edson Vaz Borges, rebatendo as argumentações da Concessionária, destacando que: *"(...) às preliminares argüidas, entendemos que nenhuma delas apresenta consistência legal, em razão principalmente das mesmas estarem dispostas em Normas Técnicas que devem ser ou pelo menos deveriam ser do conhecimento da Delegatária.*

Por fim, conclui a Procuradoria: *"(...) em que pese a respeitável peça de defesa apresentada, verificamos sua improcedência jurídica e administrativa.*

Inicialmente, cabe esclarecer que todas as oportunidades foram concedidas à Concessionária para manifestar-se nos autos, exercendo assim seu direito ao contraditório e ampla defesa, carecendo, desta forma, sua argumentação sobre o tema.

Em relação à suscitada nulidade do Termo de Notificação, em razão da ausência de previsão no contrato de concessão, tal afirmação é desprovida de fundamentação, posto que a principal função desta Autarquia é a fiscalização dos serviços públicos concedidos de sua competência e para exercer seu mister foi editada a Instrução Normativa (IN) AGENERSA nº 001/2007, complementada pela IN nº 001/2008, que dá sustentação legal ao Termo de Notificação.

Ademais, é obrigação da Concessionária, conforme disposto na cláusula Primeira, § 3º do Contrato de Concessão, a fiel observância da legislação vigente, das cláusulas do contrato, das normas existentes e às determinações desta Agência Reguladora, em total sintonia com o Princípio da Obrigatoriedade do contrato e da boa fé contratual, e o descumprimento ou inobservância de tais atos, estará a Concessionária submetida à aplicação de sanções contratuais.

Outrossim, a inobservância da Concessionária de suas próprias normas, envolve o comprometimento da segurança de seus usuários.



Quanto à argumentação da Concessionária de que a mencionada Instrução Normativa viola os preceitos do Contrato de Concessão, necessário lembrar que a mesma foi criada para normatizar a Cláusula Dez do aludido instrumento contratual, a qual dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à Concessionária, quando do descumprimento de cláusulas contratuais e da legislação, razão pela qual a argumentação da Recorrente não merece prosperar.

Nos casos de efetiva verificação de irregularidades, ainda que sanadas após o recebimento do Termo de Notificação, como foi o caso em tela, constitui obrigação legal e contratual desta Agência aplicar à Concessionária a penalidade adequada à hipótese, sem prejuízo da correção das falhas encontradas, até porque, consiste em dever da Delegatária, uma vez que a obrigação de prestar o serviço público adequado incide sobre a CEG desde a assinatura do Contrato de Concessão.

Cumprir destacar, que **somente** após as Notas Técnicas CAENE nº. 003/06, 006/06 e Relatórios de Fiscalização CAENE nº. 003/09, nº.05/09, devidamente encaminhados à Concessionária, foram totalmente executadas às determinações da Câmara Técnica de Energia desta Agência, descumprindo assim, as recomendações e prazos estipulados por esta Agência.

Assim sendo, a conduta da Concessionária CEG se enquadra nas penalidades dispostas nas aludidas Instruções Normativas, conforme artigo abaixo transcrito e Cláusula Décima do Contrato de Concessão.

"Art. 18. Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas a penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do GRUPO III sempre que, sem justo motivo:

I. deixarem de adotar, nos prazos estabelecidos pela AGENERSA, as providências indicadas para restabelecer a regularidade ou garantir a qualidade e eficiência dos serviços concedidos;."

Desta forma e, não reconhecendo nenhum amparo legal nem contratual nos argumentos trazidos pela Concessionária em sua Defesa, sugiro ao Conselho-Diretor desta Agência:

I - Conhecer a Defesa apresentada pela Concessionária CEG, porquanto tempestiva, para no mérito negar-lhe provimento.

II - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,07% (~~um~~ ^{sete centésimos} décimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 18, I, da Instrução Normativa nº 01/2007.



III - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007.

É o voto.



Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro Relator

Serviço Público Estadual
Processo nº E-33/120.167/2006
Data 09/10/06 Fls.: 177
Rubrica: *Rubrica*

Processo nº E-33/120.167/2006
Data de Autuação 09 de junho de 2007
Concessionária CEG
Assunto Inquérito Civil – PJDC nº 018/2006
Sessão Regulatória 26 de fevereiro de 2009

Voto de Vista

Na Sessão Regulatória de 29 de janeiro de 2010, requeri vista do presente processo, aplicando a prerrogativa conferida no art. 59 do Decreto Estadual nº. 38.618, de 08/12/2005, e no *caput* do art. 73 do Regimento Interno da AGENERSA.

Na referida Sessão Regulatória, o Conselheiro Relator Mocy Almeida Fonseca apresentou seu r. Voto, sugerindo a este Órgão Colegiado a aplicação de penalidade de multa à Concessionária CEG no montante de 0,07 (sete centésimos) por cento do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, por inobservância ao preconizado na Cláusula 10ª do Instrumento Concessivo, combinado com o art. 18, I da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007.

Cabe lembrar que o feito foi instaurado em razão do requerimento formulado por meio do Ofício nº 420, de 18/05/2006, subscrito pelo Exmo. Dr. Julio Machado Teixeira Costa, Promotor de Justiça da 1ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva – Defesa do Consumidor e Contribuinte – Núcleo da Capital, que solicitou a esta AGENERSA informações acerca dos serviços de instalação de gás, no imóvel situado à Rua Praia de Botafogo, 154, apto. 808, nesta cidade, em razão da notícia de que os serviços realizados no citado imóvel estariam em desconformidade com o RIP.

Da análise dos presentes autos, é possível verificar que a CEG incorreu no descumprimento de diversos itens contidos no Regulamento de Instalações Prediais, restando caracterizada a violação ao princípio do serviço público adequado e a inobservância da Concessionária ao dever de zelar pela adequada segurança dos usuários, nos termos do artigo 6º da Lei 8.987/95.

Não há dúvidas de que, não obstante a imputação da responsabilidade objetiva à Concessionária, a vertente hipótese ainda evidencia que a CEG incorreu nos institutos da *culpa in eligendo* e da *culpa in vigilando* – o primeiro ao delegar a execução da

Serviço Público Estadual
Processo nº E-33/120.167/2006
Data 09/06/2006 Fls.: 187
Rúbrica:

Processo nº: E-33/120.167/2006
 Data: 09/06/2006
 Págs.: 102

obra a uma empresa que não a realizou adequadamente e o segundo ao não fiscalizar eficientemente a aludida atividade.

Ademais, instada a regularizar as inadequações verificadas pela Câmara Técnica de Energia, a Concessionária não adotou plenamente as providências necessárias. Senão, vejamos:

Em 14/11/2008, por meio da correspondência DJRI-E – 605, referindo-se ao Ofício CAENE nº 40/06¹, a CEG comunica a esta Autarquia que “(...) os reparos solicitados já foram concluídos”, sendo que, em visita conjunta realizada pela CAENE e a Concessionária em 28/01/2009, restou verificado que ainda persistiam obras em desconformidade com o RIP, ou seja, foram constatados problemas relacionados à passagem da ramificação localizada no 2º pavimento que, ao contrário dos demais, apresentava-se embutida em sancas, comprometendo a área total mínima de ventilação, bem assim foi sugerido à CEG, com a finalidade de melhorar o escoamento de água, que aumentasse a quantidade de furos na parte inferior das cabines dos medidores.

Tal fato é reconhecido pela CEG ao informar a esta AGENERSA, mediante a correspondência DJRI-E – 098/09, que “Em reunião com a Sematel, executora da obra ficou acordado que, segunda-feira, dia 16/03/09, sejam realizadas as recomendações sugeridas no Relatório de Fiscalização – P – 0003/09, juntamente, com a adequação da ventilação das sancas do 2º andar, para que atendam os requisitos na NT -705 e do RIP”.

Notícia, ainda, que “tão logo a execução se finalize, informaremos a essa CAENE, para que possamos agendar uma vistoria em conjunto”.

Decorridos 2 (dois) meses da última informação, instada pela CAENE² a se manifestar acerca da conclusão das adequações ainda pendentes, a Concessionária, por meio da correspondência DJRI-E – 188/09, de 21/05/2009, afirma que “(...) executamos as recomendações feitas no Relatório de Fiscalização CAENE nº P-0003/09, de 28/01/09, onde solicitou: 1. Aumento da ventilação no rebaixo de gesso feito no segundo andar, foi executado; 2. Furo para drenagem da água pluvial, no fundo da cabine de medição-executado”.

¹ Que encaminhou à CEG a Nota Técnica CAENE nº 003, bem assim solicitou à Concessionária que providenciasse “(...) de imediato a correção das anomalias apontada na NOTA TÉCNICA 003/06, da CAENE, constante dos autos do processo”.

² Por meio do Ofício CAENE nº 039 de 15/05/2009.

Ocorre que, em nova vistoria realizada pela CAENE foi verificado que, ao contrário do que afirmou a CEG, não foram cumpridas todas as recomendações formuladas no Relatório de Fiscalização CAENE Nº. P-0003/09, de 28/01/2009, o que culminou com o Termo de Notificação 001/2009.

Como se percebe, a não observância pela Concessionária das providências pertinentes ao serviço adequado, solicitadas nos ofícios CAENE nºs 040/06 e 013/09, denota o desrespeito às normas, o que, *per si*, justificaria a imposição de penalidade, aplicada no bojo do presente processo.

Vale dizer, decorridos quase 05 (cinco) meses da primeira solicitação da Câmara Técnica de Energia e 03 (três) anos da instauração do presente processo, a Concessionária não se mostrou capaz ou comprometida em solucionar os problemas relacionados à prestação do serviço, em total descompasso com o conceito de serviço adequado, previsto no § 1º do 6º da Lei nº 8.987/95.

Desta forma, acompanho o Voto do I. Relator quanto ao improvimento da peça de defesa apresentada pela CEG e entendo que a penalidade por ele aplicada mostra-se condizente com as infrações cometidas pela Concessionária, eis que verifica-se a plena observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade; no entanto, sugiro que, *in casu*, aplique-se o preconizado na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, devido ao descumprimento do disposto nas Cláusulas Primeira, §3º³, e Quarta, *caput* e §1º, 11⁴, do instrumento concessivo, bem assim no art. 18, I⁵ e 19, IV⁶, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, de 04/09/2007.

³ "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.

⁴ "CLÁUSULA QUARTA – OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

A Concessionária obriga-se a prestar serviço adequado, visando sempre expandi-lo, acompanhando o desenvolvimento tecnológico mundial, mantendo-se permanentemente atualizada e obrigando-se, ainda, a utilizar equipamentos, instalações e métodos operativos que garantam os melhores níveis de segurança, qualidade, continuidade e confiabilidade do serviço, bem como mantendo recursos humanos adequadamente habilitados.

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

(...)

11 – cumprir e fazer cumprir 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 da exploração dos serviços".

⁵ "Art. 19 – Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do grupo III sempre que, sem justo motivo:

Serviço Faltoso Especial
 Processo nº E-33/120.167/2006
 Data: 07.06.2006
 Fls.: 183

le

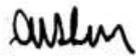
Diante do exposto, proponho ao Conselho-Diretor:

- Conhecer a Defesa apresentada pela Concessionária CEG em face do Termo de Notificação nº 001/2009, de 02/06/2009, porque tempestiva, para no mérito, negar-lhe provimento.

- Aplicar à CEG a penalidade de multa, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, no montante de 0,07% (sete centésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, devido ao descumprimento do disposto nas Cláusulas Primeira, § 3º e Quarta, *caput* e §1º, 11 do instrumento concessivo, bem assim no art. 18, I e 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, de 04/09/2007;

- Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001, de 04/09/2007.

É o Voto.


Darcilia Leite
Conselheira-Revisora

Serviço Regulatório e de Saneamento Básico
 Processo: E-33/120.167/2006
 Data: 09/06/2006
 Página: 184
 Revisão:

I – deixarem de adotar, nos prazos estabelecidos pela AGENERSA, as providências indicadas para restabelecer a regularidade ou garantir a qualidade e eficiência dos serviços concedidos”.

⁶ “Art. 19 – Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do grupo IV sempre que, sem justo motivo:

(...)
IV – deixarem de cumprir e/ou deixarem de fazer cumprir as normas legais e regulamentares dos serviços inclusive as normas legais da AGENERSA, respondendo perante o Estado, a AGENERSA, os consumidores e terceiros pelas eventuais consequências danosas de exploração dos serviços”.

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 531

DE 26 DE FEVEREIRO DE 2010.

**CONCESSIONÁRIA CEG – INQUÉRITO
CIVIL – PJDC Nº 018/2006.**

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-33/120.167/2006, por unanimidade,

DELIBERA:

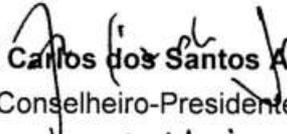
Art. 1º - Conhecer a Defesa apresentada pela Concessionária CEG em face do Termo de Notificação nº. 001/2009, de 02/06/2009, porque tempestiva, para no mérito, negar-lhe provimento.

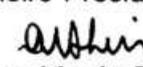
Art. 2º - Aplicar à CEG a penalidade de multa, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, no montante de 0,07% (sete centésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, devido ao descumprimento do disposto nas Cláusulas Primeira, § 3º e Quarta, *caput* e §1º, 11 do instrumento concessivo, bem assim no art. 18, I e 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, de 04/09/2007.

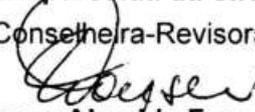
Art. 3º - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007.

Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de fevereiro de 2010.


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro-Presidente


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Revisora


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator


Sérgio B. Raposo
Conselheiro

Serviço Público Estadual

Processo nº E-33/120.167/2006

Data 09/06/10 Pág. 186

Rubrica: Rubrica