

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 352

DE 17 DE FEVEREIRO DE 2009.

CONCESSIONÁRIA CEG – ACIDENTE COM GÁS CANALIZADO EM LOJA DO SHOPPING DA GÁVEA. RECURSO À [DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 252/2008](#), DE 27/05/2008.

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-33/100.079/SEPLANIG/2006, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 252, de 27/05/2008, para, no mérito, dar-lhe provimento, anulando a citada Deliberação.

Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 17 de fevereiro de 2009.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro-Presidente
ANA LÚCIA SANGUEDO BOYNARD MENDONÇA
Conselheira Relatora
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira Revisora
SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro

Processo nº.: E-33/100.079/SEPLANIG/2006
Data de autuação: 22 de novembro de 2006
Concessionária: CEG
Assunto: Acidente com gás canalizado em loja do Shopping da Gávea –
Recurso à Deliberação AGENERSA nº. 252/2008, integrada
pela Deliberação AGENERSA nº. 266/2008.
Relatório: 27 de janeiro de 2009

VOTO

O presente Processo Regulatório tem como objeto a apuração de acidente ocorrido em loja do Shopping da Gávea, no Município do Rio de Janeiro, gerando vítimas, inclusive ferindo gravemente um funcionário a serviço da CEG com queimaduras de 2º grau atingindo mais de 20% (vinte por cento) de seu corpo.

Este Conselho Diretor, na Sessão Regulatória de 31 de julho de 2008, decidiu por conhecer os Embargos apresentados pela Concessionária em face da Deliberação nº. 252, de 27 de maio de 2008, dando-lhe provimento parcial a fim de corrigir um erro material contido no artigo 1º. da Deliberação alterando o endereço do local do acidente ocorrido. Dessa decisão foi expedida a Deliberação AGENERSA nº. 266, publicada no Diário Oficial no dia 07 de agosto de 2008.

A CEG protocolou, tempestivamente¹, recurso² contra as Deliberações acima citadas, solicitando em preliminares a “concessão de efeito suspensivo”, a nulidade das deliberações e da Instrução Normativa AGENERSA nº. 001/2007, alegando cerceamento de defesa, e “ausência de fundamentação/motivação das Deliberações”.

¹ Protocolada em 15 de agosto de 2008.

² As fls. 129/146.

Quanto à concessão de efeito suspensivo ao recurso, informo ao Conselho Diretor o encaminhamento de Ofício³ à Concessionária indeferindo o pedido tendo em vista o Parecer⁴ da Procuradoria desta AGENERSA, fundamentando que: "(...) em que pesem os argumentos expendidos pela recorrente, não parece possível o seu acolhimento, já que, além de desacompanhada das necessárias justificativas e comprovações, não se conformam às hipóteses previstas no citado §20, do art. 62 do Decreto n.º 38.618/05, que regulamenta esta Casa, porquanto não vislumbro risco de perecimento de direito ou prejuízo para prestação adequada do serviço público delegado".

Na primeira preliminar de nulidade alegada pela CEG, erroneamente afirmou que as Deliberações recorridas basearam-se na Instrução Normativa nº. 001/2007 e que tal norma "*implica em nítida violação aos preceitos do Contrato de Concessão, e aos princípios que regem o Direito Administrativo*". Afirmou ainda que a AGENERSA ao editar a referida Instrução Normativa teve clarividente intenção de "*punir, com rigor excessivo e desproporcional as infrações cometidas*" pela Concessionária e que "*na forma dos critérios estabelecidos, denota o caráter eminentemente arrecadatário das penalidades, que deve ser contestado com veemência*". Ao final requereu declaração de nulidade da Instrução Normativa nº. 001/2007, e por via de consequência a nulidades das Deliberações ora recorridas.

Diferente dos argumentos trazidos pela Concessionária, a decisão do Conselho Diretor pautou-se nos vários documentos que constam dos autos corroborados pelas manifestações da Câmara de Energia – CAENE ratificados por parecer da Procuradoria, que demonstram de forma clara a culpabilidade da empresa TECAN que presta serviços para a CEG quando instalou o medidor de gás no local do acidente, fazendo-o em desconformidade com os procedimentos e normativas de segurança utilizados pela Concessionária, e mesmo assim liberando o gás, tendo como consequência o acidente objeto deste Processo.

Boynard

³ Ofício AGENERSA/ALSBM nº. 014/2008, de 03/09/2008. À fl. 150.

⁴ À fl. 148.

Com referência à Instrução Normativa nº. 001/2007 e a alegação de que contém rigor excessivo com o intuito arrecadatório, além de não merecer prosperar, disvirtua a real finalidade que têm as punições lá dispostas que tão somente traduzem e normatizam de forma criteriosa a Cláusula Dez do Contrato de Concessão que dispõe sobre às penalidades a serem aplicadas à Concessionária em caso de descumprimento do próprio Contrato e das normas e legislações vigentes no país. Inclusive no parágrafo 1º da Cláusula Quarta do Contrato de Concessão, o item 11 dispõe que a CEG tem que *"cumprir e fazer cumprir as normas legais e regulamentares de serviço, inclusive as normas da ASEP-RJ, respondendo perante o Estado, a ASEP-RJ, os consumidores e terceiros pelas eventuais conseqüências danosas da exploração dos serviços"*. Assim, como bem sabemos todas as partes desta relação regulatória, não tem fundamento a Concessionária afirmar que esta Agência violou com os Princípios inerentes do Direito Administrativo, notadamente os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, rechaçados de pronto todos os argumentos trazidos pela CEG.

Na segunda preliminar de nulidade apresentada pela CEG, é alegado o cerceamento de defesa por inclusão de documentos juntados aos autos na prolação do voto⁵ do Conselheiro Relator, na Sessão Regulatória de 27 de maio de 2008, sem que a CEG tivesse conhecimento dos mesmos, o que injeja a nulidade do processo por via de conseqüência.

Os documentos referidos pela CEG são Termo de Declaração⁶ do funcionário da TECAN, senhor Jeferson da Conceição Tomé, tomado 15ª. Delegacia de Polícia, na Gávea, no Inquérito Policial nº. 015-031852006, autuado no IV Juizado Especial Criminal do Rio de Janeiro, e entrevista⁷ do senhor Ignácio Cristobo, sócio-proprietário do restaurante onde ocorreu o acidente, concedida à Assessoria do Gabinete do Conselheiro José Cláudio Murat Ibrahim, relator deste processo.

⁵ As fls. 71/77.

⁶ As fls. 78/79.

⁷ A fl. 80.

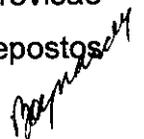
Ao contrário do alegado pela Concessionária, tais documentos não trazem fatos novos, apenas corroboram e embasam ainda mais a culpabilidade da prestadora de serviços da CEG, que agiu de forma pelo menos negligente no acidente. Não há, portanto, que se falar em cerceamento de defesa, visto que a Concessionária teve a todo tempo oportunidade de ter vista dos autos, assim como o fez, e o Termo de Declaração trazido pelo Conselheiro Relator faz parte de um Inquérito Policial autuado no Juizado Especial Criminal da Capital, logo, de conhecimento da CEG que é parte integrante do mesmo.

Quanto à alegada falta de fundamentação e motivação no texto das deliberações recorridas, insiste a Concessionária em alegar que compromete sua execução e impede a garantia de efetividade de princípios constitucionais.

Já está consagrado na AGENERSA o entendimento de que decisões tomadas por este Conselho Diretor, explicitadas através de suas Deliberações, o fazem com base na legislação vigente, no Contrato de Concessão e em todo o conteúdo do presente Processo Regulatório, em especial nos pareceres das Câmaras Técnicas e da Procuradoria, que constitui robusta prova acostada no mesmo. Portanto, sobre essa alegação já foi formada jurisprudência no sentido de não ser acolhida.

Passadas as preliminares, após fazer breve síntese dos fatos, argumenta a Concessionária no sentido de excluir-se de responsabilidade no acidente ocorrido, alegando que não há, nos autos do Processo Regulatório, o que comprove a culpabilidade de sua prestadora de serviço e que não houve em momento algum descumprimento das normas, especialmente nas normas técnicas da CAENE.

Porém, em todos os depoimentos prestados em sede policial, constante destes autos, bem como nas manifestações da CAENE, fica clarivamente demonstrada a forma negligente e arbitrária com que os funcionários da empresa TECAN, prestadora de serviço contratada pela Concessionária CEG, agiram na instalação do equipamento de gás, sem adotar as medidas preventivas e de revisão dispostas na Nota Técnica NT-835-BRA, e mais ainda, quando um dos prepostos



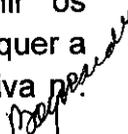
da empresa acendeu um isqueiro somente para ver se havia gás no ambiente, o que veio causar o acidente.

Com referência a este tema, a Procuradoria se manifestou asseverando:

"No caso dos autos, a responsabilidade da CEG é reforçada pelo fato bem salientado pelo Gerente da CAENE, de que a TECAN, prestadora de serviço contratada pela CEG, para em seu nome, executar serviços como os descritos nestes autos, cometeu erro grave ao instalar medidor e liberar o uso de gás sem que os equipamentos estivessem instalados, de acordo como procedimento e normativa de segurança própria da CEG".

Assim, a empresa TECAN, agindo em nome da CEG, desrespeitou os princípios básicos da regulação da prestação de serviços adequados e de segurança previstos no parágrafo 1º. do artigo 6º. da Lei Federal nº. 8.987/95, razão pela qual merece a punição imposta.

Por fim, alega a Concessionária que esta Agência não observa os Princípios Proporcionalidade e da Razoabilidade e que não possui critérios para fixação de penalidades. Afirma que *"visando dar ampla publicidade a seus atos, na qualidade de Órgão Regulador, deveria essa AGENERSA editar Resolução, definindo os procedimentos para a aplicação de penalidades por infração aos Contratos de Concessão"*, concluindo que a recorrente não cometeu infração que venha a ensejar a aplicação da multa no grau estabelecido, requerendo, então, a reforma das Deliberações no que tange ao valor desproporcional aplicada a título de penalidade pecuniária.

Mais uma vez a Concessionária utiliza argumentos frágeis e contraditórios que só prestam para protelar o cumprimento das decisões deste Conselho. Como pode a CEG dizer que a AGENERSA necessita editar resolução para definir os procedimentos de aplicação de penalidades, quando em suas preliminares requer a nulidade das Deliberações recorridas por basearem-se na Instrução Normativa nº. 

001/2007, que trata exatamente de "PROCEDIMENTOS A SEREM ADOTADOS PELA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA NAS AÇÕES DE FISCALIZAÇÃO DAS OBRIGAÇÕES LEGAIS E CONTRATUAIS E NA APLICAÇÃO DE PENALIDADES".

Conforme já dito anteriormente, a edição de tal Instrução Normativa serviu exatamente para os fins que a CEG alega não haver resolução.

Porém, tendo em vista que a Concessionária impetrou uma Ação Ordinária⁸, em trâmite na 13ª Vara de Fazenda Pública da Capital, e foi deferido o pedido de antecipação de tutela, com a suspensão da aplicação da penalidade de multa proferida nos autos do Processo Regulatório nº. E- 33/100.445/2004, desde seja providenciada prévia caução do valor da multa através de fiança bancária, esta Agência não pode tomar qualquer iniciativa no sentido de cobrar da CEG essa penalidade aplicada.

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. 252, de 27 de maio de 2008, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 266, de 31 de julho de 2008, porque tempestivo, para no mérito negar-lhe provimento, mantendo na íntegra as deliberações recorridas;
- Tendo em vista o deferimento de Tutela Antecipada concedida pela 13ª Vara de Fazenda Pública da Capital nos autos do Processo Judicial nº. 2008.001.288658-5, fica a AGENERSA impedida de cobrar a multa aplicada no Processo Regulatório nº. E- 33/100.445/2004, até conclusão do processo judicial citado

É o voto.


Ana Lucia Sanguêdo Boynard Mendonça
Conselheira Relatora do Recurso

⁸ Processo nº. 2008.001.288658-5.



AGENERSA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Processo nº. E-33/100.079/SEPLANIG/2006
Data de Autuação 22 de novembro de 2006
Concessionária CEG
Assunto Acidente com gás canalizado em loja do Shopping
da Gávea
Voto de Vista 17 de fevereiro de 2009

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-33/100.079/SEPLANIG/2006

Data 22/11/2006 Fls.: 202

Voto de Vista

Rúbrica: 

Na Sessão Regulatória realizada em 27/01/2009, solicitei vista do presente processo, conforme a prerrogativa conferida no art. 73 do Regimento Interno desta Agência.

Da análise do recurso interposto pela Concessionária CEG, apresento a este Conselho Diretor minhas considerações quanto à alegação de cerceamento de defesa formulada pela Recorrente, em razão da juntada dos documentos de fls. 78/79 e 80 posteriormente à concessão de vista aos interessados nos processos regulatórios incluídos na pauta da Sessão de 22/11/2006.

Nas palavras da Concessionária, "*é indubitável que a juntada de documentos após a abertura de vista aos interessados, violou cabalmente os direitos da Recorrente ao contraditório e à ampla defesa*"¹.

Cumpra lembrar que os mencionados documentos, quais sejam, o Termo de Declaração² do Sr. Jéferson da Conceição Tomé, preposto da CEG que assumiu ter acendido um isqueiro no local do acidente, provocando a explosão, e a entrevista realizada com o Sr. Ignácio Cristobo, sócio-proprietário

¹ Fls. 134.

² Colhido na 15ª Delegacia de Polícia, sendo parte integrante do Procedimento 015-03185/2006.



**AGENERSA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

do restaurante em comento, foram tratados pela primeira vez no curso deste processo no r. voto de 27/05/2008, do qual, inclusive, constaram como anexos.

Em consequência disso, a CEG realmente não teve a oportunidade de se manifestar quanto a estes documentos antes da decisão desta Agência, obstando-lhe a possibilidade de contraditar tais provas.

Cabe lembrar que o princípio da ampla defesa, que é direito fundamental assegurado pelo art. 5º, LV, da Constituição da República, possui como um dos seus contornos a garantia do prévio conhecimento, pelos litigantes, de todos os documentos e provas que embasarão a decisão da autoridade competente, assistindo-lhe a possibilidade de deduzir argumentos quanto aos mesmos.

Neste sentido se posiciona a doutrina pátria. Por todos, cite-se Marcos Juruena Villela Souto³:

“O princípio [da ampla defesa] é empregado nos processos judiciais e administrativos; significa não apenas o direito de assegurar à pessoa a apresentação de uma defesa escrita mas, também, o direito de conhecer a acusação, de produzir provas, **de conhecer os documentos e provas contrárias**, ter decisão motivada e razoável, apresentar recursos etc.”

(g.n.)

O entendimento de nossos Tribunais também caminha no mesmo sentido, como se pode perceber por meio dos julgados abaixo colacionados:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. FGTS. JUNTADA DE DOCUMENTO NOVO SEM OPORTUNIZAR VISTA AO RÉU QUE

³ *In.* Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. Pg. 174.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-33/100.079/SEPLANIG/2006

Data 22/11/2008 Fls.: 203

Rúbrica: ✚

u



**AGENERSA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

FORMULOU O REQUERIMENTO. PROLAÇÃO DE SENTENÇA.
PREJUÍZO PARA A DEFESA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA.

- 1 - A juntada de documento que estavam em poder de terceiros aos autos demanda a abertura de vista às partes, pois o documento é relativo ao fato constitutivo do direito.
- 2 - A ausência de abertura de vista constitui cerceamento de defesa por ofensa ao contraditório e à ampla defesa.
- 3 - Sentença anulada.
- 4 - Apelação provida.⁴

INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CAPTAÇÃO DE SUFRÁGIO
(ART. 41-A, CÓDIGO ELEITORAL). DOCUMENTO NOVO. VISTA ÀS
PARTES. AUSÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA.

Caracteriza cerceamento de defesa a juntada de documento novo, antes da prolação da sentença, sem abertura de vista às partes para se manifestarem sobre ele. Preliminar de cerceamento de defesa acolhida, nos termos do relator.⁵

Cumprе salientar que, para se concluir que houve cerceamento do direito de defesa, é desimportante considerar que o depoimento do preposto fez parte de inquérito policial de conhecimento da CEG, porquanto o fato é que, não constando do processo, a interessada não teve a oportunidade de se manifestar a respeito. Aliás, como ninguém é obrigado a produzir prova contra seus próprios interesses, não seria de se esperar que a Concessionária formulasse defesa contra fatos estranhos ao processo.

Ademais, registre-se que, em minha avaliação, os documentos em questão ganharam destaque no r. voto acompanhado à unanimidade, notadamente a declaração do preposto da CEG, utilizada que foi para afastar a

⁴ TRF1 - APELAÇÃO CIVEL 41396, PA 2003.01.00.041396-8, Publicação 15/08/2005, DJ p.53.

⁵ TRE-RO – Acórdão nº 082, de 31/03/2005. Rel. Juiz Ney Leal. Publicado no Diário da Justiça nº 101, de 07/06/2005, pág. A-25.

Serviço Público Estadual
Processo n.º E-33/100.079/SEPLANIG/2006
Data 22/11/2006
Fls.: 204
Rúbrica:



AGENERSA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

tese de que um terceiro teria acendido o isqueiro. Por certo, identificar o responsável pelo acendimento do isqueiro é ponto fundamental para a imputação de responsabilidade à Concessionária.

Assim, opino por dar provimento ao Recurso em votação, decretando-se a nulidade da Deliberação AGENERSA nº 252, de 27/05/2008, porquanto é dever desta Agência transmitir aos regulados a certeza de que terão os assuntos regulatórios apreciados exatamente de acordo com o teor do respectivo processo, garantindo-lhes o direito à prévia análise e manifestação acerca de toda a sua instrução.

Por consequência, considerando que o Conselheiro Relator original não mais integra este Conselho, este processo regulatório deverá ser oportunamente redistribuído, para nova apreciação do acidente que ensejou sua instauração.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 252, de 27/05/2008, para, no mérito, dar-lhe provimento, anulando a citada Deliberação.

É o Voto.

Darcilia Leite

Conselheira

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-33/100.079/SEPLANIG/2006

Data 22/11/2006 Fm: 205

Rúbrica: