

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 499

DE 22 DE DEZEMBRO DE 2009.

CONCESSIONÁRIA CEG. TERMO DE NOTIFICAÇÃO Nº 005/09.
RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE Nº P-0014/2009.

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 nºE -12/020.336/2009, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º – Conhecer a Defesa apresentada pela Concessionária CEG em face do Termo de Notificação nº 005/2009, de 13/10/2009, negando-lhe provimento.

Art. 2º – Aplicar à CEG a penalidade de advertência, prevista na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 19, IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº P-0014/09, de 29/09/2009, e no Termo de Notificação nº 005/2009, de 13/10/2009.

Art. 3º - 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. 001/2007, de 04/09/2007.

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

Rio de Janeiro, 22 de dezembro de 2009.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO

Conselheiro-Presidente

DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE

Conselheira-Relatora

MOACYR ALMEIDA FONSECA

Conselheiro

SÉRGIO BURROWES RAPOSO

Conselheiro



Processo nº.: E-12/020.336/2009.
 Data de Autuação: 19 de outubro de 2009.
 Concessionária: CEG.
 Assunto: Termo de Notificação nº. 005/09.
 Sessão Regulatória: 22 de dezembro de 2009. **Serviço Público Estadual**

Processo nº. E-12/020.336.12009

Data 30/12/09 Fls.: 38

Voto

Rúbrica:

O presente processo regulatório foi instaurado em decorrência do Termo de Notificação nº 005/2009¹, de 13/10/2009, recebido na Concessionária CEG na mesma data, acompanhado do Relatório de Fiscalização nº. P-0014/09.

A CEG apresentou sua defesa em 23/10/2009, dentro do prazo de 10 (dez) dias fixado no §2º do art. 6º da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, de 04/09/2007².

Na sua peça de defesa, a Concessionária alega, a princípio, a nulidade do Termo de Notificação, sob o argumento de ausência de previsão do apontado instrumento jurídico no Contrato de Concessão.

De fato, o aludido instrumento contratual não dispõe a respeito da lavratura do Termo de Notificação, estabelecendo apenas que compete à Agência Reguladora a fiscalização dos serviços públicos concedidos.

Em decorrência de tal competência, o Órgão Regulador editou a Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, de 04/09/2007³, visando regulamentar o rito procedimental das ações de fiscalização.

¹ "Em vistoria realizada no dia 29/09/2009, em obras de Emergência e Manutenção de Redes na Rua Joaquina Rosa – Méier, Medina – Méier; Coração de Mana – Méier; Vilela Tavares – Méier, no Município do Rio de Janeiro, os itens abaixo enumerados se encontram em desconformidade, conforme Relatório de Fiscalização CAENE P-0014/09. Foram verificadas principalmente as condições de acabamento e segurança das obras, nos aspectos de durabilidade, identificação, sinalização, proteção para os pedestres, e prevenção de acidentes viários. Falta de recomposição da calçada e da faixa de rolamento da rua, configuram um descumprimento das NT-215-BRA, NT-813-BRA e NT-131-BR; Normas para execução de Obras, Reparos e Serviços em vias públicas – O-COR – Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro; Manual de Segurança para Obras de Construção e Manutenção de Redes e Ramais -CEG - I. Falta de recomposição da calçada e da faixa de rolamento, em desacordo com o item 5.6 da NT-131-BRA; II. Fiscalização da Concessionária, em desacordo com o item 8.2 da NT – 215-BRA".

² "Art. 6º. (...)

§2º A Concessionária terá prazo improrrogável de 10 (dez) dias, contados do dia útil seguinte ao recebimento do Termo de Notificação, para manifestar-se sobre o objeto do mesmo, inclusive juntando comprovantes que julgar convenientes."

³ Que "Dispõe sobre os 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 das Concessionárias CEG e CEG RIO e na aplicação de penalidades àqueles Concessionárias, quando for o caso".



Assim, revela-se improcedente a alegação de que inexistente respaldo para a prática do ato administrativo em comento.

Cabe destacar, na ocasião, que a lavratura do Termo de Notificação constitui uma garantia a mais para o administrado, à medida que objetiva garantir os seus inalienáveis direitos ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Em seguida, a CEG alega suposto cerceamento de defesa, pois "(...) o Termo de Notificação lavrado por essa CAENE, consignou expressamente no item 10, que a eventual impugnação apresentada pela Concessionária deveria se restringir tão-somente à forma da notificação (...)".

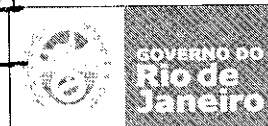
Da leitura do instrumento em debate, verifica-se que, de fato, foi conferida a oportunidade de apresentar defesa apenas quanto à forma da Notificação.

Com relação à possibilidade de se discutir o mérito da questão na vertente fase processual, em que pese o equívoco cometido no texto do Termo de Notificação, é válido consignar que tal fato não acarretou prejuízos à Concessionária, que, por sua vez, apresentou argumentos de mérito na sua peça de defesa – devidamente enfrentados no presente Voto –, motivo pelo qual a apontada falha resta saneada.

A Concessionária afirma, ainda, que "(...) o suposto descumprimento de uma norma técnica interna, por si só, não pode servir de fundamentação para apontar desconformidades ou irregularidades em face desta Concessionária, ante a ausência de sua força coercitiva".

Ocorre que, da análise dos dispositivos do Contrato de Concessão em seguida colacionados, depreende-se que a prestação do serviço público adequado, compreendido o requisito da segurança, constitui obrigação da CEG, inclusive quanto à observância das suas normas internas, cujo descumprimento sujeita a Concessionária à aplicação das penalidades previstas na regulamentação da AGENERSA:

"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

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.

(...)

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 e equipamentos, de modo a assegurar os requisitos da prestação de serviços aludidos no §3º da Cláusula PRIMEIRA;”

“CLÁUSULA OITAVA - FISCALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS

(...)

§1º - A fiscalização abrangerá o acompanhamento e o controle das ações da CONCESSIONÁRIA nas áreas técnica, contábil, comercial e econômico-financeira, podendo estabelecer diretrizes de procedimento ou sustar procedimentos considerados incompatíveis por parte da CONCESSIONÁRIA em relação aos requisitos da prestação de serviços aludidos no §3º da Cláusula PRIMEIRA.”

2

AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA ELÉTRICA E GÁS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Processo nº E-12/020.336/2009

Data 19/10/09 Fls.: 45



Rúbrica: *[assinatura]* "ANEXO II - REQUISITOS DE QUALIDADE E SEGURANÇA DOS SERVIÇOS
PARTE 1 - METAS DE MELHORIA

(...)

12 - Procedimentos e Normas de Segurança para Projeto, Construção, Operação e Manutenção de Redes e Instalações

Definição: Deverão ser observadas as normas do ANSI B 31.8, a NBR-12712 ou outras nacionais/internacionais reconhecidas e equivalentes, que venham a ser propostas pela CONCESSIONÁRIA e aceitas pela ASEP-RJ."

No mérito, a CEG esclarece que "(...) a inadequação apontada pelo relatório de fiscalização foi devidamente sanada por esta Concessionária.", reconhecendo, portanto, a existência de desconformidades da execução dos serviços com as normas técnicas vigentes.

Segundo a Concessionária, "(...) considerando que não mais subsiste a irregularidade apontada pelo Termo de Notificação ora impugnado, não restam dúvidas que deve o mesmo ser desconsiderado e, conseqüentemente, arquivado sem que se proceda à abertura de processo regulatório".

Tal argumentação releva-se nitidamente equivocada, uma vez que o Termo de Notificação, na forma da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, de 04/09/2007, é o instrumento por meio do qual a Agência Reguladora comunica à Concessionária as eventuais irregularidades verificadas durante as ações de fiscalização, viabilizando a apresentação da sua defesa, em homenagem aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Ocorre que, após a regular instrução dos autos, nos casos de efetiva verificação de irregularidades, ainda que sanadas após o recebimento do Termo de Notificação, constitui obrigação legal e contratual do Órgão Regulador aplicar à Concessionária a penalidade adequada à hipótese, sem prejuízo da correção das falhas encontradas.

Descabida, igualmente, a alegação de que o Termo de Notificação não merece subsistir porquanto "todas as demais ruas averiguadas encontravam-se finalizadas de forma adequada", e porque a falta de recomposição da faixa de *[assinatura]*

AGENERSA

Agência Reguladora
de Energia e Serviços Públicos

Processo n.º E-121020.336/2009

Data 30/10/09 Fís.: 42

Rúbrica: §



rolamento da Rua Joaquina Rosa, próximo ao número 373, "decorreu da demora na entrega de massa asfáltica por parte das usinas".

Independente dos motivos que ensejaram os descumprimentos às normas, é certo que a Concessionária incorreu em infração suscetível de causar acidente.

Pontue-se, ademais, que a CEG não logrou êxito em provar a alegação de atraso na entrega de massa asfáltica.

Acatar tal justificativa - de demora na entrega de massa asfáltica - para eximir a Concessionária de penalização pelos descumprimentos das Normas Técnicas apontadas no Termo de Notificação, é relativizar, sem justo fundamento, a aplicação de penalidade prevista na legislação vigente.

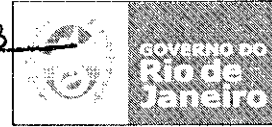
Digno de nota, ainda, a manifestação da Câmara Técnica desta Agência Reguladora a respeito da recorrência nas faltas das quais a Concessionária pretende ser absolvida. Vejamos:

"Apesar das citações e alegações da Concessionária, consideramos que as inadequações encontradas nas diversas fiscalizações realizadas por esta CAENE, não são momentâneas, mas sim repetitivas, nos diversos endereços (...) A supervisão das obras, carece de maior fiscalização, pois está em desacordo com o item 8.2 da NT-215-BRA – Condições de Segurança, onde são citados os critérios a serem seguidos para execução das visitas de inspeção".

Diante de tudo isso, infligir sanção à Concessionária na hipótese vertente, não configura mera discricionariedade desta Autarquia, mas sim observância aos deveres legais impostos por sua Lei de Criação (Lei Estadual n.º 4.556/2005). Vejamos:

"Art. 4º - Compete à AGENERSA, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:

66



I – zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições;

(...)

IV – fiscalizar, diretamente ou mediante delegação, os aspectos técnicos, econômicos, contábil e financeiro, sempre nos limites estabelecidos em normas legais, regulamentares ou pactuais, os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, aplicando diretamente as sanções cabíveis.”

Ademais, malgrado a alegada demora de entrega da massa asfáltica, poderia a Concessionária ter tomado providências eficazes a minimizar, e até extirpar, o risco de acidentes, tal como o cercamento da área, ou mesmo a colocação de chapa-piso no buraco aberto na faixa de rolamento.

Em decorrência da comprovada inobservância aos requisitos de segurança por parte da CEG, verificada durante a ação de fiscalização da Câmara Técnica de Energia e materializada mediante Relatório de Fiscalização CAENE n.º P-0014/09, de 29/09/2009, e Termo de Notificação n.º 005/2009, de 13/10/2009, é necessário aplicar-lhe a penalidade de advertência, prevista na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007, de 04/09/2007⁴.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer a defesa apresentada pela Concessionária CEG em face do Termo de Notificação n.º 005/2009, de 13/10/2009, negando-lhe provimento;
- Aplicar à CEG a penalidade de advertência, prevista na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados no

⁴ “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:
(Nova redação dada pela Instrução Normativa n.º 001/2008, de 21/02/2008)

(...)

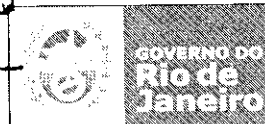
IV. deixarem de cumprir e/ou deixarem de fazer cumprir as normas legais e regulamentares dos serviços, inclusive as normas da AGENERSA, respondendo perante o Estado, a AGENERSA, os consumidores e terceiros pelas eventuais consequências danosas da exploração dos serviços.”

AGENERSA

Processo nº E-12/020.336/2009

Data 30/10/09 Fis.: 44

Rúbrica: 



Relatório de Fiscalização CAENE nº. P-0014/09, de 29/09/2009, e no Termo de Notificação nº. 005/2009, de 13/10/2009.

- 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. 001, de 04/09/2007.

É o Voto.

Darcília Leite

Conselheira Relatora