

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 635

DE 27 DE OUTUBRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG. RELATÓRIO DE FISCALIZAÇÃO CAENE P-0004/10. TERMO DE NOTIFICAÇÃO 002/2010.

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-12/020.091/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a defesa apresentada pela Concessionária CEG em face do Termo de Notificação nº. 002/2010, negando-lhe provimento.

Art. 2º - Aplicar à CEG a penalidade de advertência, prevista na Cláusula Dez 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-0004/10 e no Termo de Notificação nº. 002/2010.

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, de 04/09/2007.

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

Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2010.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro-Presidente
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
Conselheira-Relatora
MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro
SÉRGIO BURROWES RAPOSO
Conselheiro

Processo n.º.: E-12/020.091/2010
 Data de autuação: 18/03/2010
 Concessionária: CEG
 Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE P – 0004/10. Termo de Notificação 002/2010.
 Sessão Regulatória: 27/10/2010

Relatório

O presente processo é instaurado a requerimento da Secretária-Executiva desta Autarquia¹, tendo em vista a CI CAENE nº 023/10, que encaminha o Relatório de Fiscalização CAENE P-0004/10, remetido à CEG² na data de 16/03/2010, juntamente com o Termo de Notificação 002/2010³.

Mediante a Correspondência DIJUR-E-2083/10⁴, a CEG, manifestando-se sobre o Termo de Notificação citado, esclarece "(...) que todas as ações com o objetivo de sanar as irregularidades apontadas já foram devidamente tomadas pela Concessionária, estando apenas pendente a reposição da calçada na Ladeira do Castro, para a qual estamos aguardando a entrega do piso especial pelo fabricante"; entende que "(...) tendo sido sanadas as desconformidades apresentadas no presente Termo de Notificação com relação às sinalizações, tapumes, asfalto, reposições, material de segurança utilizado pelo pessoal e demais situações, não merece subsistir o referido termo", aduz que "(...) não vislumbra qualquer possibilidade de imposição de penalidade in casu, haja vista que o Contrato de Concessão, em sua Cláusula dez, inciso II, estabelece que as penalidades somente seriam aplicáveis nos casos em que a Concessionária deixar de adotar, sem justa causa, nos prazos fixados pela Agência, as providências indicadas para restabelecer a regularidade ou garantir a qualidade e eficiência dos serviços⁵"; informa, "(...) no que tange à solicitação de encaminhamento da relação das obras a serem realizadas pela Concessionária, bem como a relação das obras em andamento, constante do item 9.1.2 do Termo de Notificação 002/10, (...) que mensalmente são enviadas essas

¹ Que informa a instauração deste feito à CEG mediante Ofício SECEX nº 112, de 22/03/2010.

² Através do Ofício CAENE nº. 022/10, de 16/03/2010, fls. 15, e recebido pela Concessionária em mesma data.

³ "(...) 8 - Descrição dos fatos levantados: Em vistoria realizada no dia 05/03/2010, em obra em execução na Rua Benjamin Constant, do nº. 08 ao 102 – Glória; nas Ruas Almirante Alexandrino, Felício dos Santos e Ladeira do Castro – Santa Teresa; Ruas Citiso e Caetano Martins – Rio Comprido, no Município do Rio de Janeiro; constatou-se as seguintes irregularidades: calçadas esburacadas em consequência da intervenção de obras da CEG e de reparos mal feitos; tapumes mal sinalizados e com indícios de abandono, servindo como depósito de lixo; operários trabalhando sem EPIs; falta de indicação do nome, telefone e logotipo da AGENERSA nas placas afixadas nos tapumes. Tais fatos, configuram descumprimento da NT-215-BRA, NT-131-BRA, NT-813-BRA e das Normas para execução de Obras, Reparos e Serviços em vias públicas – O-COR – Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, conforme apontado no Relatório de Fiscalização P-0004/10, de 10/03/2010, anexo e parte integrante do presente Termo de Notificação; 9 – Determinações de ações a serem empreendidas: 9.1.1. Que a (...) CEG intensifique a supervisão das obras que vem sendo executadas com interferência em área de circulação de pedestres e veículos; 9.1.2. Que a (...) CEG passe a encaminhar para esta CAENE, de forma separada, a relação das obras a serem realizadas das que já estão sendo realizadas (...)"

⁴ Fls. 19/21.

⁵ Afirma que "(...) de acordo com a cláusula acima transcrita, a aplicação de penalidade somente tem lugar quando a Concessionária deixa de adotar a conduta determinada pela Agência, dentro do prazo estabelecido, se omitindo em seu dever de atuar".

Rúbrica: *[assinatura]*

informações à CAENE, em cumprimento às solicitações feitas no Ofício ASEP-RJ/CAENE n.º 054/04, de 14/12/04 e seguindo a nova formatação de planilha, especificada no Ofício CAENE 009, de 25 de janeiro de 2008⁶ e, "(...) considerando que a Concessionária já implementou todas as medidas cabíveis, sanando as irregularidades apontadas no Termo de Notificação, e salientando que já estão sendo promovidas as ações de fiscalização junto às empreiteiras e respectivas obras, requer a Concessionária sejam acatadas suas razões, colocando fim a questão, ante a constatação de que todas as irregularidades apontadas já se encontram sanadas".

Em resposta ao Ofício CAENE n.º 032/10⁷, pelo qual a Câmara Técnica de Energia solicita à Concessionária que informe "(...) quando da conclusão da reposição da calçada na Ladeira do Castro (...)", a CEG protocoliza a correspondência DIJUR-E-2345/10⁸ junto à qual encaminha "(...) foto da reposição da calçada da Ladeira do Castro (...)".

Às fls. 25, consta o Ofício CAENE n.º 043/10, mediante o qual o Sr. Gerente da citada Câmara Técnica solicita à CEG "(...) informar (...) se já foram sanadas as desconformidades referentes à Rua Benjamim Constant (...)", em atenção ao qual a Concessionária protocoliza a correspondência DIJUR-E-2482/10 esclarecendo "(...) que já foram sanadas as desconformidades referentes à Rua Benjamim Constant (...) ⁹".

Consta às fls. 28/29, pronunciamento do Assistente da Câmara Técnica de Energia, Marco Aurélio da Costa Madeira¹⁰, no qual apresenta sua análise da Defesa encaminhada pela CEG e considera "eficaz e válido o presente Termo de Notificação (...)" e, "Apesar da citação e alegação da Concessionária (...)" entende que "as inadequações encontradas nas diversas fiscalizações realizadas por esta CAENE, não são momentâneas, mas sim reincidentes"; afirma que "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" e que "A Concessionária deve intensificar e aprimorar a supervisão das Obras que vem sendo executadas, com interferência em áreas de circulação de pedestres e veículos, o que iria melhorar as condições de segurança das Obras e construção e renovação de redes".

Às fls. 31, consta cópia da Resolução do Conselho-Diretor n.º 188, de 08/06/2010, com a distribuição do presente processo à minha Relatoria. *u*

⁶ Afirma que "(...) as últimas listagens foram enviadas junto às Cartas DIJUR-E-909/10, de 22 de março de 2010 e DIJUR-E-910, de 22 DE MARÇO DE 2010".

⁷ Fls. 22.

⁸ Fls. 23/24.

⁹ Apresenta fotos em anexo.

¹⁰ Com o "de acordo" apostado pelo Sr. Gerente da propalada Câmara Técnica.

Rúbrica: 

Em 11/06/2010, o feito é encaminhado à Procuradoria desta Autarquia, que oferece parecer¹¹ da lavra do Dr. Edson Vaz Borges, no qual, após breve relatório, entende que "(...) a Concessionária não se houve de acordo com as normas técnicas discriminadas nos referidos Termo/Relatório já citados"; aponta que "(...) a própria Concessionária admite ter cometido as irregularidades em sua correspondência de fls. 19/20", aduz que a CEG "(...) vem praticando irregularidades, que são apontadas não só neste processo mas também em outros, o que nos leva a crer que medidas deveriam ser tomadas pela Delegatária no sentido de evitar que tais fatos venham a acontecer novamente" e conclui considerando "apto o Termo de Notificação em comento, sugerindo ao Conselho-Diretor a aplicação de penalidade/s à Concessionária".

Mediante o Ofício AGENERSA/ASSESS/DL nº. 018¹², a Assessoria deste Gabinete encaminha à CEG cópia digitalizada do presente processo, informa a conclusão de sua instrução e assina o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de razões finais.

Em 05/07/2010, a CEG protocoliza nesta AGENERSA a correspondência DIJUR-E-2980/10¹³, por meio da qual reitera os termos das correspondências anteriormente apresentadas; ressalta que "(...) providenciou as adequações cabíveis conforme restou comprovado através das fotos anexadas (...)"; afirma que "(...) não cabe aplicar à Concessionária qualquer tipo de punição, tendo em vista que a intenção da sanção prevista no Contrato de Concessão, seria impor uma coerção, o que, no caso em tela, não se faz necessário, posto que a CEG atendeu de imediato a notificação, sanando as irregularidades apontadas pela CAENE"; destaca que "(...) não há no caso reincidência (...), posto que esta seria reincidente se o local notificado tivesse novamente com as mesmas irregularidades, por culpa da mesma, o que não é o caso, e não por existirem vários casos análogos ao tratado no presente regulatório, cujos objetos são obras diferentes em lugares diversos"; aduz que "a atitude da Concessionária em sanar o problema de pronto é que é o ponto nodal para não ensejar motivação para a Agência Reguladora aplicar sanção", transcreve o teor do § 10º da Cláusula Oitava do Contrato de Concessão¹⁴ para ao final ratificar "todas as considerações esposadas" e pugnar "pelo acolhimento das razões apresentadas (...), de modo a não ser aplicada eventual penalidade pelo fato em questão, com o conseqüente arquivamento do processo (...)".

u

¹¹ Parecer 439/2010 – EVB- Procuradoria – fls. 32/33, com o "de acordo" aposto pelo Procurador-Geral.

¹² De 22/06/2010, às fls. 34, recebido pela Concessionária em mesma data.

¹³ Fls. 35/36.

¹⁴ "O desatendimento, pela CONCESSIONÁRIA, das solicitações, recomendações e determinações da ASEP-RJ implicará a aplicação de penalidades autorizadas a pelas normas do serviço ou definidas neste Contrato, assegurando-se à CONCESSIONÁRIA o mais amplo direito de defesa" (grifos como no original).

Rúbrica: *x*

Às fls. 37, em razão de licença desta Conselheira, o feito é despachado à SECEX, sendo enviado ao gabinete do Conselheiro Sérgio Burrowes Raposo, tendo em vista a redistribuição realizada na Reunião Interna de 13/07/2010¹⁵.

Em 05/10/2010, o presente processo retorna ao meu gabinete, por motivo de nova redistribuição ocorrida em reunião interna realizada na mesma data.

É o Relatório

Darcília Leite

Darcília Leite

Conselheira-Relatora

¹⁵ Fls. 39.

Processo nº.: E-12/020.091/2010.
Data de Autuação: 18 de março de 2010.
Concessionária: CEG.
Assunto: Relatório de Fiscalização CAENE P – 0004/10.
Termo de Notificação 002/2010.
Sessão Regulatória: 27 de outubro de 2010.

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.091/2010

Data: 18/03/2010

Folha: 47

Rúbrica: d

Voto

Trata-se de processo regulatório instaurado em decorrência do Termo de Notificação nº. 002/2010¹, recebido na Concessionária CEG em 16/03/2010, acompanhado do Relatório de Fiscalização nº. P-0004/10.

A Concessionária apresentou sua defesa em 26/03/2010², portanto dentro do prazo de 10 (dez) dias fixado no §2º do art. 6º da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, de 04/09/2007³.

Na sua peça de defesa a CEG esclarece que “(...) tendo sido sanadas as desconformidades apresentadas no presente Termo de Notificação com relação às sinalizações, tapumes, asfalto, reposições, material de segurança utilizado pelo pessoal e demais situações, não merece subsistir o referido termo”, reconhecendo, portanto, a existência de desconformidades da execução dos serviços com as normas técnicas vigentes.

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

¹ “Em vistoria realizada no dia 05/03/2010, em obra executada na Rua Benjamin Constant, do nº. 08 ao 102 – Glória; nas Ruas Almirante Alexandrino, Felício dos Santos e Ladeira do Castro – Santa Teresa; Ruas Citiso e Caetano Martins – Rio Comprido, no Município do Rio de Janeiro; constatou-se as seguintes irregularidades: calçadas esburacadas em consequência da intervenção de obras da CEG e de reparos mal feitos; tapumes mal sinalizados e com indícios de abandono, servindo como depósito de lixo; operários trabalhando sem EPIs; falta de indicação do nome, telefone e logotipo da AGENERSA nas placas afixadas nos tapumes. Tais fatos, configuram descumprimento da NT-215-BRA, NT-131-BRA, NT-813-BRA e das Normas para execução de Obras, Reparos e Serviços em vias públicas – O-COR – Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro, conforme apontado no Relatório de Fiscalização P-0004/10, de 10/03/2010, anexo e parte integrante do presente Termo de Notificação; 9 – Determinações de ações a serem empreendidas: 9.1.1. Que a (...) CEG intensifique a supervisão das obras que vem sendo executadas com interferência em área de circulação de pedestres e veículos; 9.1.2. Que a (...) CEG passe a encaminhar para esta CAENE, de forma separada, a relação das obras a serem realizadas das que já estão sendo realizadas (...)”.

² Correspondência DIJUR-E-2083/10.

³ “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.”

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.

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 nº. 4.556/2005). Vejamos:

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

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.”

Demais disso, e com base no argumento de que sanou a contento as desconformidades apontadas no referido Termo de Notificação, entende a Concessionária pela impossibilidade de aplicação de penalidade, eis que “(...) o Contrato de Concessão, em sua Cláusula dez, inciso II, estabelece que as penalidades somente seriam aplicáveis nos casos em que a Concessionária deixar de adotar, sem justa causa, nos prazos fixados pela Agência, as providências indicadas para restabelecer a regularidade ou garantir a qualidade e eficiência dos serviços”.

A toda evidência, a premissa da qual se vale a Concessionária com o intuito de afastar suposta penalização no caso em voga não merece ser acolhida, pois, a prevalecer seu entendimento, estar-se-á modificando a finalidade do Termo de Notificação, que, na esteira do que preleciona o art. 6º⁴ da já mencionada Instrução Normativa, possui natureza repressiva e não preventiva como tenta fazer crer.

⁴ “Recebido o Relatório de Fiscalização, citado no parágrafo único do art. 5º, o Gerente da Câmara Técnica de Energia – CAENE ou da Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária – CAPET, ou, ainda, o(s) servidor(es) por ele(s) indicado(s) para esse fim, na hipótese de haver irregularidades informadas no Relatório de Fiscalização, deverá(ão) lavrar o Termo de Notificação (TN), com base no modelo incluído no Anexo II, em duas vias, contendo, no que for cabível: (...)”

O atacado Termo de Notificação é expresso ao indicar que as regras violadas são aquelas oriundas das Normas Técnicas da própria CEG, às quais, por imposição contratual, está obrigada a observar. Vejamos as disposições contratuais:

"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;"

"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."

Assim sendo, 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 nº. P-0004/10 e Termo de Notificação nº. 002/2010 é necessário aplicar-lhe a penalidade de

u

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.091/2010

Data 18/03/2010 Fb.: 49

Rúbrica: d

advertência, prevista na Cláusula Dez do Contrato de Concessão e no art. 19, IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, de 04/09/2007⁵.

Por outro lado, considerando as várias situações em que, durante fiscalização desta Agência Reguladora, se verificou a ocorrência de desconformidades na execução dos serviços com as normas técnicas vigentes, cumpre a abertura de processo regulatório específico, cujo objeto será a análise dos procedimentos de realização de obras (na ma) 4 pela Concessionária.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer a defesa apresentada pela Concessionária CEG em face do Termo de Notificação nº. 002/2010, negando-lhe provimento;
- Aplicar à CEG a penalidade de advertência, prevista na Cláusula Dez 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-0004/10 e no Termo de Notificação nº. 002/2010.
- 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.



Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

Serviço Público Estadual
Processo nº: E-12/020.091/2010
Data: 18/03/2010
Folha: 50
Rúbrica: 

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 IV sempre que, sem justo motivo:
(Nova redação dada pela Instrução Normativa nº 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

Agência Reguladora
de Energia e Saneamento Básico
do Estado do Rio de Janeiro

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 635



DE 27 DE OUTUBRO DE 2010.

**CONCESSIONÁRIA CEG – Relatório de
Fiscalização CAENE P – 0004/10. Termo de
Notificação 002/2010.**

**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-12/020.091/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer a defesa apresentada pela Concessionária CEG em face do Termo de
Notificação nº. 002/2010, negando-lhe provimento;

Art. 2º - Aplicar à CEG a penalidade de advertência, prevista na Cláusula Dez 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-0004/10
e no Termo de Notificação nº. 002/2010.

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, de 04/09/2007.

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

Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2010.

José Carlos dos Santos Araújo

Conselheiro-Presidente

Darcilia Aparecida da Silva Leite

Conselheira-Relatora

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro

Sérgio B. Raposo

Conselheiro

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.091/2010

Data 18/03/2010

Folha: 51

Rúbrica: A