

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1000

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1000 DE 29 DE FEVEREIRO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - DESLOCAMENTO DE TAMPA DE CAIXA DE PASSAGEM DE FIBRA ÓTICA NO SUBSOLO DA BIBLIOTECA NACIONAL.

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-12/020.294/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º. Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG contra a Deliberação AGENERSA nº 874/2011 e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para reduzir a multa imposta no art. 1º, fixando-a em 0,01% (um centésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração.

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

Rio de Janeiro, 29 de fevereiro de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro -Presidente

Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira

Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro - Relator

Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro

Processo nº: E-12/020.294/2010
Autuação: 03/08/2010
Concessionária: CEG
Assunto: DESLOCAMENTO DE TAMPA DE
CAIXA DE PASSAGEM DE FIBRA
ÓTICA NO SUBSOLO DA BIBLIOTECA
NACIONAL.
Sessão Regulatória: 29 de fevereiro de 2012

RELATÓRIO

Trata-se de recurso protocolado pela Concessionária CEG¹ em face da Deliberação AGENERSA nº. 874/11, publicada no DOERJ em 16/11/2011².

¹ Em 28/11/2011, às fls. 124/131.

² "DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 874 DE 31 DE OUTUBRO DE 2011

CONCESSIONÁRIA CEG – DESLOCAMENTO DE TAMPA DE CAIXA DE PASSAGEM DE FIBRA ÓTICA NO SUBSOLO DA BIBLIOTECA NACIONAL

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 – 12/020.294/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º. Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,05% (cinco centésimos por cento), do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores a prática da infração, com base na cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 18, I da Instrução Normativa nº 001/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº E – 00013/2010, de 03 de agosto de 2010.

Art. 2º. Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA nº 001/2007.

Art. 3º. Determinar que a Concessionária CEG, comprove o ressarcimento dos danos causados a Biblioteca Nacional, no prazo de 15 (quinze) dias, ou que empregou esforços no sentido apontado.

Art. 4º. A presente Deliberação entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2011

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA – Conselheiro – Presidente; DARCÍLIA APARECIDA DA SILVA LEITE – Conselheira; MOACYR ALMEIDA FONSECA – Conselheiro; ROOSEVELT BRASIL FONSECA – Conselheiro; SÉRGIO BURROWES RAPOSO – Conselheiro – Relator.”



Em breve relato, lembro que o presente processo foi iniciado pela CAENE, com base no Relatório de Fiscalização nº. E – 00013, de 03/08/2010.

Tratou de apurar a responsabilidade da Concessionária CEG em explosão que acarretou o deslocamento de tampa de caixa de passagem de fibra ótica no subsolo da Biblioteca Nacional.

Após o pedido de vista, o Conselheiro-Presidente acompanhou *in totum* o voto do Conselheiro – Relator e, constatado que o acidente foi ocasionado pela presença de gás em nível de explosividade, acarretando o levantamento do passeio em frente a Biblioteca Nacional e danos em seu interior, na Sessão Regulatória de 31/10/2011, foi originada a Deliberação supramencionada.

Na peça recursal³, a Concessionária registra, preliminarmente, sua tempestividade.

Requer, ainda em preliminar, a concessão de efeito suspensivo no que tange à multa imposta no art. 1º da Deliberação AGENERSA nº. 874/11 “(...) *ante a necessidade de se conferir a Concessionária o direito ao exercício das garantias ao contraditório e ampla defesa, antes de se impor o encargo da multa, que poderá levar à eventual inscrição em dívida ativa, o que compromete a situação legal da Concessionária.*”

Alega o risco de prejuízo de difícil e incerta reparação, conforme art. 77, § 2º, do Regimento Interno da AGENERSA e argumenta que o sobrestamento dos efeitos da decisão justifica-se em razão do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Afirma a necessidade da concessão do efeito suspensivo, “(...) *sob pena de configuração de um dano material considerável para a empresa, mesmo em caso de provimento do presente Recurso, uma vez que a inscrição na Dívida Ativa, ainda que por um breve período de tempo, podem prejudicar seriamente as atividades da Concessionária.*”

Além disso, aduz que “(...) *a concessionária entende ser fundamental a concessão de tal efeito, para que haja possibilidade do Conselho Diretor analisar todas as argumentações postas no presente Recurso, antes de se manifestar definitivamente sobre o assunto, sendo esta a forma mais adequada de assegurar o devido processo legal e os princípios da ampla defesa e do contraditório.*”

No mérito, faz breve resumo dos fatos para, em síntese:

³ Informa que a Deliberação nº. 874/2011 foi publicada no DOERJ em 16/11/2011, e o prazo de 10 dias para a interposição do recurso venceria em 26/11/2011 (sábado), passando para o primeiro dia útil subsequente, 28/11/2011, (segunda-feira).

[Handwritten signature]

- 1) Afirmar que a CAENE agiu de forma contraditória ao Relatório de Fiscalização E – 00013/10 quando informou que foi identificado vazamento no ramal da própria Biblioteca, indicando que o gás contribuiu para o evento;
- 2) Reiterar a DIJUR – E – 3740/10 (fls. 39 e seguintes), segundo a qual o RF E – 00013/10 não identificou a presença de gás no local do acidente;
- 3) Alegar que a CAENE não logrou êxito em provar o nexo causal entre a conduta e o dano para responsabilizar a Concessionária “(...) em relação ao deslocamento ocorrido na caixa subterrânea dentro da Biblioteca Nacional”, devendo ser demonstrado “(...) que o vazamento de gás na rua teria ido para o interior da edificação e tal infiltração não foi encontrada nas medições realizadas no dia do acidente.”
- 4) Ressaltar que “(...) a fuga encontrada no momento da medição era mínima e já estava sendo monitorada pela Concessionária, continuando o local sem a presença de gás.”
- 5) Aduzir que penalizar a Concessionária com a sanção de multa é temerário, uma vez que sequer existe nos autos laudo do ICCE que corrobore com o entendimento da CAENE, não se podendo imputar responsabilidade à Concessionária sem qualquer elemento probatório.

Sustenta a desproporcionalidade e não razoabilidade da penalidade aplicada e, na conclusão de seus fundamentos, requer o provimento do presente Recurso, com a anulação da multa imposta no art. 1º da Deliberação AGENERSA nº. 874/11.

Pela Resolução do Conselho Diretor nº266 de 08/12/2011, o recurso é sorteado para a minha relatoria e voto.

Encaminhados os autos à Procuradoria⁴ para análise e parecer quanto ao pedido de efeito suspensivo e mérito do Recurso interposto, o jurídico entende pela necessidade de manifestação prévia da CAENE que, à fl. 135, corrobora os pareceres exarados nos autos⁵.

Em prosseguimento, a Procuradoria opina pelo não acolhimento do efeito suspensivo, rejeitando-se a preliminar apresentada, uma vez que os argumentos não se conformam às hipóteses previstas no art. 52, II, do Decreto

⁴ Fl. 134.

⁵ Fls. 25 e 26, fl. 58 e fls. 60 e 60/v.

[Handwritten signature]

Estadual nº. 31.896/2002, não logrou a recorrente a comprovação de dano irreparável ou de difícil reparação e não se vislumbram os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, necessários ao deferimento do efeito suspensivo pleiteado.

No mérito, rechaça os fundamentos recursais e opina pelo não provimento do Recurso, mantendo-se a Deliberação nº. 874/2011.

No despacho de fl. 142, indeferi o efeito suspensivo pleiteado.

À fl. 143 o indeferimento foi comunicado à Concessionária, que foi instada a se manifestar no prazo de 10 (dez) dias⁶.

Pela DIJUR - E - 253/2012 a CEG solicita à SECEX cópia do presente processo regulatório.

Recebida a CI AGENERSA/SECEX nº 080 com a solicitação da Concessionária, minha assessoria encaminha os autos à Secretaria Executiva para disponibilização de cópia.⁷

Em 10/02/2012 a SECEX⁸ envia à CEG o arquivo eletrônico com cópia do inteiro teor do presente processo (de fls. 01 a 149)⁹.

Em 16/02/2012, através da DIJUR - E - 379/12, a Concessionária afirma que protocolizou a DIJUR - E - 253/2012 requerendo cópia do processo em comento e "(...) até o presente momento, as cópias não foram recebidas por esta Concessionária."

Aduz que "em que pese isso, a CEG reitera sua discordância com a penalidade de multa aplicada, por meio da Deliberação 874/2011, publicada no DOERJ do dia 16/11/2011, consoante argumentos já expostos em sede de Recurso Administrativo e, ainda, solicita a Agência que dê provimento ao mesmo, modificando a aguerreada Deliberação."

Informa, adicionalmente, que "(...) a determinação contida no Art. 3º da Deliberação 874/2011, no sentido de que a Concessionária comprove o ressarcimento dos danos causados à Biblioteca Nacional, no prazo de 15 (quinze) dias, ou, alternativamente, que empregasse esforços no sentido apontado, foi cumprida pela Concessionária, antes mesmo da publicação da Deliberação em comento", porque dias após o acidente visitou o local, constatando-se pequenas

⁶ e-mail AGENERSA/ASSESS/RB nº 11, de 06/02/2012, que enviou o link com o inteiro teor do processo à Concessionária; confirmação de leitura, em 06/02/2012, à fl. 144.

⁷ Autos recebidos pela SECEX em 09/02/2012 às 12 h e 23 min.

⁸ Ofício AGENERSA/SECEX nº 094.

⁹ recebido pela Concessionária em 10/02/2012, às 13:34h.

[assinatura]



avarias e, "naquele momento, a CEG se colocou à disposição para realizar os reparos necessários, entretanto, não foi permitido o início da execução dos trabalhos pelos representantes da Biblioteca. Foi solicitado pelo chefe da manutenção predial da Biblioteca Nacional que a Concessionária aguardasse o contato do Diretor da Biblioteca Nacional."

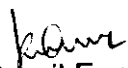
Notícia que até o presente momento não recebeu contato por parte do Diretor da Biblioteca Nacional e, "além disso, tendo a própria Biblioteca Nacional se recusado a aceitar os reparos que a CEG se propôs a fazer, não cabe a AGENERSA determinar que a Concessionária execute o aludido reparo."

Ao final, requer a disponibilização de cópias e a dilação de prazo por mais 10 (dez) dias "(...) para que, realizando a análise do conteúdo dos autos, possa voltar a se manifestar."

Em 16/02/2012 indeferi¹⁰ o pedido sob o fundamento de que o link com o inteiro teor do processo fora enviado à Concessionária em 06/02/2012. Além disso, destaquei que a CEG recebeu, em 10/02/2012, cópia dos autos em arquivo eletrônico.

À fl. 154 consta e-mail¹¹ no qual a Concessionária é avisada do indeferimento do pleito de dilação de prazo.

É o relatório.


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro - Relator

¹⁰ fl. 153

¹¹ e-mail AGENERSA/ASSESS/RB nº. 19.

Processo nº:

E – 12/020.294/2010

Autuação:

03/08/2010

Concessionária:

CEG

Assunto:

**DESLOCAMENTO DE TAMPA DE
CAIXA DE PASSAGEM DE FIBRA
ÓTICA NO SUBSOLO DA
BIBLIOTECA NACIONAL**

Sessão Regulatória:

29 de fevereiro de 2012

VOTO

Trata-se de apreciar Recurso interposto pela CEG em face da Deliberação nº 874/2011¹, no qual a Concessionária requer a concessão de efeito suspensivo e a anulação da multa imposta no art. 1º.

¹ “**DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 874 DE 31 DE OUTUBRO DE 2011**

CONCESSIONÁRIA CEG – DESLOCAMENTO DE TAMPA DE CAIXA DE PASSAGEM DE FIBRA ÓTICA NO SUBSOLO DA BIBLIOTECA NACIONAL

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 – 12/020.294/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º. Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,05% (cinco centésimos por cento), do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores a prática da infração, com base na cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 18, I da Instrução Normativa nº 001/2007, devido aos fatos apurados no Relatório de Fiscalização CAENE nº E – 00013/2010, de 03 de agosto de 2010.

Art. 2º. Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA nº 001/2007.

Art. 3º. Determinar que a Concessionária CEG, comprove o ressarcimento dos danos causados a Biblioteca Nacional, no prazo de 15 (quinze) dias, ou que empregou esforços no sentido apontado.

Art. 4º. A presente Deliberação entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2011

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA – Conselheiro – Presidente; DARCÍLIA APARECIDA DA SILVA LEITE – Conselheira; MOACYR ALMEIDA FONSECA – Conselheiro; ROOSEVELT BRASIL FONSECA – Conselheiro; SÉRGIO BURROWES RAPOSO – Conselheiro – Relator.”

A CAENE, ao se pronunciar, corrobora os pareceres já exarados nos autos, os quais concluem pela culpabilidade da CEG.

Às fls. 136/141 a Procuradoria sugere a rejeição da preliminar levantada pela Concessionária e, no mérito, o não provimento da defesa apresentada pela recorrente.

Instada a se manifestar, a Concessionária reitera a discordância com a penalidade de multa aplicada por meio da Deliberação nº. 874/11, considera que o art. 3º da Decisão Colegiada foi cumprido e requer a dilação de prazo, por 10 (dez) dias, para suas manifestações, uma vez que não lhe foi disponibilizada a cópia do processo.

Conforme relatado, indeferi o pleito de dilação de prazo. Isso porque, em 06/02/2012, quando instada a se manifestar, foi disponibilizado à Concessionária o link com o inteiro teor do processo.

Além disso, a CEG recebeu, em 10/02/2012, 06 (seis) dias antes de esgotado o prazo concedido para a apresentação de manifestações, a cópia do processo em arquivo eletrônico.

Quanto ao art. 3º, não cumpre, aqui, sua análise, porquanto o recurso insurge-se apenas quanto à penalidade pecuniária, requerendo a Concessionária, além da concessão do efeito suspensivo "(...) para sobrestar os efeitos da Deliberação AGENERSA nº 874/11 no que tange à multa imposta em art. 1º (...)", o provimento recursal para anular esta penalidade.

Preliminarmente, registro a tempestividade do presente recurso, protocolizado dentro do prazo Regimental.

No que tange ao efeito suspensivo, indeferi o pleito formulado pela Concessionária corroborando com os fundamentos da Procuradoria às fls. 136/141, mormente porque inexistente o prejuízo de difícil ou incerta reparação.

No mérito, os argumentos da Concessionária apresentam-se inconsistentes diante dos pareceres técnicos exarados ao longo dos autos, os quais restaram ratificados pela CAENE.

Com efeito, a Câmara Técnica demonstra que o gás da Concessionária contribuiu para a explosão que levantou o passeio em frente a Biblioteca Nacional e causou danos em seu interior e, pela explicação à fl 58, afirma que a inexistência "(...) de gás no interior das caixas da Biblioteca após o acidente (...) é esperada já que na explosão a mistura existente foi dissipada com a deflagração do flash."

Ademais, ressalta a CAENE que a Concessionária já havia detectado escapamento de gás, tendo substituído 75,5 m de rede na av. Rio

Branco, próximo ao local do incidente, no trecho compreendido entre o nº 199 e 219.

Frise-se o registrado pelo voto vista, proferido pelo Ilmo^o Conselheiro- Presidente José Bismarck Vianna de Souza, conforme destaque:

*"Pelo nível dos estragos causados no passeio, tendo sido detectado, pela CEG, fuga de gás nº 10-BSD-0467, no Ramal 75 AG, próximo ao local (...) acrescentando que a Concessionária substituiu os 75,5m de tubulação correspondente ao ramal, **somados ainda ao depoimento de funcionários da Biblioteca Nacional que sentiram forte cheiro de gás no local**, não resta dúvida que o acidente em tela foi ocasionado pela presença de gás em nível de explosividade." (meu grifo).*

O voto revisor registrou, ainda, a inexistência de esgoto na caixa em referência, o que confirma que a explosão derivou do gás natural fornecido pela Concessionária.

Dessa forma, as provas carreadas ao feito são suficientes para concluir pela responsabilidade da Concessionária no evento.

Elas rechaçam, também, a arguição de temeridade da multa aplicada sob o argumento de que não há laudo do ICCE corroborando com o entendimento da Câmara técnica da AGENERSA.

Até porque, segundo o art. 28, XIII, do Regimento Interno desta Autarquia, a CAENE tem atribuição de *"abrir e instruir processo regulatório em suas áreas de atuação, emitindo parecer técnico conclusivo"*, sendo seu laudo crível e bastante para a aplicação da sanção administrativa.

Vislumbra-se, portanto, que a CEG apenas reitera os fundamentos alegados no curso do processo, cujos fatos e provas foram corretamente analisados e culminaram, entre outros, na aplicação da penalidade de multa.

Quanto a ausência de razoabilidade² e desproporcionalidade³ da pena aplicada, utilizo-me dos fundamentos esposados pela Procuradoria às fls. 136/141 para rechaçar o pedido de **anulação** da sanção pecuniária.

² "(...) a **razoabilidade** relaciona-se a viabilização do exercício concreto do direito de defesa o qual, já demonstrado acima, não foi violado, posto que toda a oportunidade de manifestação foi deferida à Recorrente (...)" (meu grifo).

³ "(...) o princípio da **proporcionalidade** compõe-se de três aspectos: **necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito**." (meu grifo). Entende a Procuradoria que "No plano da **adequação** ficou evidenciado ao longo do feito que a Concessionária não diligenciou quanto ao ocorrido, cabendo sua responsabilidade quanto ao descumprimento do Contrato de Concessão" e que "(...) a imposição da penalidade é **necessária** à restauração do

No entanto, ainda que no caso em tela o bem preservado tenha sido a segurança do serviço em detrimento dos danos ocasionados no interior da Biblioteca Nacional, assim como no passeio público, deve-se considerar os recentes precedentes desta Autarquia no que tange à valoração de multas, razão pela qual é necessária a **redução** da penalidade imposta no art. 1º da Deliberação nº 874/2011.

Dessa forma, impõe-se a diminuição da multa impingida para 0,01% (um centésimo por cento) por ser medida mais adequada à observância do postulado da proporcionalidade.

Diante do exposto, proponho ao Conselho - Diretor:

- 1) Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG contra a Deliberação AGENERSA nº 874/2011 2011 e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para reduzir a multa imposta no art. 1º, fixando-a em 0,01% (um centésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração.

Assim voto.


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro-Relator

*contrato ao seu status quo em benefício da segurança dos serviços (...)" bem como "(...) que a penalidade é **proporcional** posto que (...) destinada a compelir ao adimplemento das obrigações a par da gravidade da conduta (...)." (meus grifos).*

AGENERSA

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

serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.294 / 2010

Data 03 / 08 / 2010 Fts. 165

Rubrica



DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº

**CONCESSIONÁRIA CEG -
DESLOCAMENTO DE TAMPA DE
CAIXA DE PASSAGEM DE FIBRA
ÓTICA NO SUBSOLO DA BIBLIOTECA
NACIONAL.**

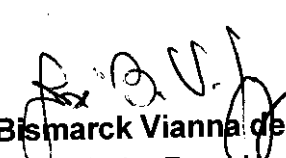
**O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E
SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no
uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no
Processo Regulatório E-12/020.294/2010, por unanimidade.**

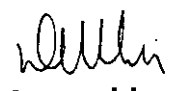
DELIBERA:

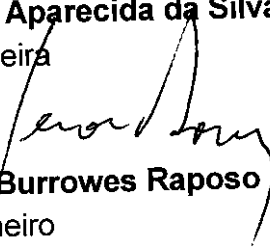
Art. 1º. Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG contra a
Deliberação AGENERSA nº 874/2011 e, no mérito, dar-lhe parcial provimento
para reduzir a multa imposta no art. 1º, fixando-a em 0,01% (um centésimo por
cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da
infração.

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

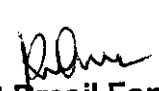
Rio de Janeiro, 29 de fevereiro de 2012.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro Presidente


Darcília Aparecida da Silva Leite
Conselheira


Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro

Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator