



Processo nº.: E-12/003/233/2015
Data de Autuação: 12/05/2015
Concessionária: CEG
Assunto: Ocorrência nº 2015001899 - Demora no Fornecimento de Gás
Sessão Regulatória: 29 de Agosto de 2017

RELATÓRIO

Trata-se do Recurso¹ protocolizado nesta Agência em 20/05/2016; em face da Deliberação AGENERSA nº 2880/2016², de 28/04/2016, publicada no Diário Oficial em 09/05/2016³, na qual aplicou penalidade de multa à Concessionária.

Preliminarmente, cumpre-nos certificar a intempestividade do presente recurso, uma vez que protocolizado em 20/05/2016, por meio eletrônico, após o prazo de 10 dias estabelecido pelo artigo 79 do Regimento Interno desta casa, uma vez que a Deliberação AGENERSA nº 2880/2016, foi publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro no dia 09/05/2016, portanto, o prazo para interposição do Recurso findou-se em 19/05/2016.

Em sua breve síntese dos fatos, a Concessionária questiona a deliberação recorrida sob os seguintes argumentos:

¹ Fls. 82 à 88.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 2882

DE 28 DE ABRIL DE 2016

CONCESSIONÁRIA CEG – OCORRÊNCIA Nº 2015001899.

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-12/003/233/2015, por unanimidade;

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, considerando aqui o mês de março/2015, com base no disposto da Cláusula Décima; Anexo II, Parte 2, Item 13-A, ambos do Contrato de Concessão, combinado com o artigo 17, VI, da Instrução Normativa nº. 001/2007, em razão dos fatos narrados no presente processo, quanto ao atendimento ao cliente.

Art. 2º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e tarifária e a Câmara Técnica de Energia, a lavratura do correspondente Auto de infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007.

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 28 de abril de 2016.

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA, Conselheiro-Presidente; LUIGI EDUARDO TROISI, Conselheiro; MOACYR ALMEIDA FONSECA, Conselheiro-Relator; ROOSEVELT BRASIL FONSECA, Conselheiro; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA, Conselheiro.

³ Fls. 80.



"II - DOS FATOS

O presente processo foi instaurado em razão dos fatos constantes na ocorrência nº. 2015001899, enviada à CEG para buscar esclarecimentos acerca da suposta demora no atendimento de solicitação de fornecimento de gás na residência da Sra. Kath Pacheco B.

A Concessionária esclareceu nos autos que a solicitação da cliente datava de 04/03/2015, pelo que foi feito agendamento de vistoria em 06/03/2015, portanto dentro do prazo de 72 (setenta e duas) horas, previsto no Anexo II, Parte 2, Item 13, A, do Contrato de Concessão.

Ocorre que nesta mesma data e em diversas vistorias posteriores foram encontradas inadequações nas instalações internas, de responsabilidade da cliente, de acordo com os itens 29 e 42 do Regulamento de Instalações Prediais.

Somente após a resolução de tais pendências, pôde a CEG diligenciar para disponibilizar o fornecimento de gás, o que se consolidou em 07/08/2015, com a colocação do medidor.

(...)

III - DO MÉRITO

III.A - DO FATO A VÍTIMA - CULPA EXCLUSIVA DA CLIENTE - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA

Diante do histórico acima apresentado resta clara e total inexistência do nexo causal entre a conduta da Concessionária e o atraso, havendo de se tratar de fato da vítima em que, segundo entendimento adotado pela doutrina pátria, o agente causador do dano o é apenas na aparência, porque quem realmente propiciou o dano foi o próprio lesado. Ou seja, a própria "vítima", elimina a causalidade em relação ao terceiro interveniente no ato danoso.

Portanto, não há de se aventada qualquer responsabilidade da Concessionária quanto à incidência do atraso no caso em tela, pois este, como resta claro, foi produzido pelo próprio interessado, ainda que logicamente não se conjecture que



não era essa a sua intenção – o que em nada afasta a responsabilidade do mesmo sobre o fato.

Ora, evidente que a obrigação da Concessionária era a de atender o pedido de religação da cliente no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, após a construção do ramal no prazo de 30 (trinta) dias, e a mesma movimentou toda a sua estrutura para tanto.

Apesar disso, o cliente simplesmente movimentou por diversas vezes a estrutura da Companhia, sem, contudo, promover as devidas correções em suas instalações internas a fim de eliminar o vazamento e outras desconformidades reiteradamente apontadas pela CEG.

Nesse diapasão, o fundamento do voto do ilustre relator de que seria somente da Concessionária a responsabilidade pelo atraso ignora todo histórico progresso de irresponsabilidade do cliente tanto a CEG – que envidou todos os seus esforços para cumprimento do prazo quando da solicitação inicial da cliente.

(...)

III.B – DA IRRAZOABILIDADE/DESPROPORCIONALIDADE DA PENALIDADE APLICADA

Entende a CEG que não poderia coadunar com a aplicação de sanção de multa, uma vez adotou todas as medidas cabíveis, conforme restou comprovado nos autos.

Assim, considera a CEG, que não caberia ao Conselho Diretor da AGENERSA aplicar a penalidade de multa, mas no máximo, poderia ter aplicado a penalidade de advertência.

Nesse sentido, o Contrato de Concessão, em sua cláusula décima, ao tratar das penalidades, traz a seguinte previsão:

CLÁUSULA DEZ - PENALIDADES

(...) As penalidade serão aplicáveis conforme previsto nas normas legais e regulamentares do serviço e neste Contrato sempre que:



II - deixar de adotar sem justa causa, nos prazos fixados pela ASEP/RJ, as providências indicadas para estabelecer a regularidade ou garantir a qualidade e eficiência dos serviços. (grifos nossos)

Ora, de acordo com a cláusula acima transcrita, a aplicação de penalidade somente teria lugar quando a Concessionária deixasse de adotar a conduta determinada pela Agência, dentro do prazo estabelecido, se omitindo em dever de atuar, o que não se aplica no caso em análise.

Dessa forma, é incabível a aplicação de qualquer penalidade por este fato, pois não houver qualquer descumprimento do Contrato de Concessão ou de normas legais pela Concessionária.

Assim, deverá a Administração Pública observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como o esforço da Concessionária para atender o cliente, adotando uma postura diligente, ficando evidenciado, que não houve por parte da Concessionária, cometimento de qualquer desconformidade

(...)

Nesse sentido, vislumbra-se que a imposição de penalidade de multa é medida que não está pautada na busca de um benefício em prol do interesse público.

Destarte, acreditando no avaliação criteriosa do Conselho Diretor, após todas as ponderações feitas e rogando pela efetiva aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso, requer a Concessionária que seja provido o presente Recurso, anulando-se a multa imposta na Deliberação n.º 2880/2016.

IV - CONCLUSÃO

Ante o exposto, requer a Recorrente a esse E. Conselho Diretor que seja dado provimento ao presente Recurso, anulando-se a multa imposta na Deliberação n.º 2880/2016, na forma requerida ao longo deste Recurso, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua imposição, por se medida de extremo bom senso e Justiça.

V - PEDIDOS

Por todo o exposto, (...)



(...) o presente Recurso seja conhecido, (...) lhe seja dado provimento, a fim de tornar insubsistentes ou declarar a nulidade da multa imposta no art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 2880/2016, na forma requerida ao longo deste Recurso, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua imposição; (...) seja substituída pela sanção de advertência, tendo em vista representar grau mais ponderado e justo diante da atuação diligente da Concessionária, constantemente em rumo à evolução da qualidade na prestação do serviço público concedido."

Através da Resolução AGENERSA do Conselho Diretor nº 541⁴, o presente processo foi distribuído à minha relatoria.

Às fls.92 à 98, consta o parecer nº 37/2016 da Procuradoria, que faz breve síntese das razões do recurso constantes nos autos:

"Trata-se de recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 2880 de 28 de abril de 2016, publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 09 de maio de 2016.

Por fim, como breve síntese das razões do recurso, a Recorrente impugna a Deliberação, alegando a falta de interesse de agir e ausência de motivação."

1 – Tempestividade

"Inicialmente, cumpre-nos certificar se a Concessionária CEG, ora Recorrente, interpôs seu recurso no prazo de 10 dias estipulado no art. 79 do Regimento Interno desta Agência.

No caso em tela, a Deliberação AGENERSA nº 2880/2016 foi publicada em 09 de maio de 2016. Dessa forma, o início da contagem do prazo para a interposição do Recurso é no dia 10 de maio de 2016, seu término é em 19 de maio de 2016.

No entanto, a Concessionária enviou à cópia do Recurso, por meios eletrônicos, em 20 de maio de 2016, ou seja, após término do prazo. Considerando que no período de 10 dias para a interposição do recurso não houve ponto facultativo

⁴ Fls. 89, de 09/06/2016.



SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
Processo:	E-12/003/233/2015
Data:	12/02/2015
Fis.:	105
Métrica:	1000

ou qualquer outro fato que acarretasse a suspensão do prazo, está caracterizado a sua intempestividade (grifos nossos)

Ademais, a interposição do Recurso foi por meio eletrônico. Consequentemente, de acordo com o art. 14 da Portaria 093 de 15 de junho de 2009, é dever da Concessionária protocolizar no prazo de 05 dias a cópia original do Recurso; porém, o instrumento recursal original não consta nos presentes autos. Tal fato corrobora com a intempestividade do Recurso. (grifos nossos)

Neste diapasão, esta Procuradoria opina pelo não conhecimento do Recurso, em razão de sua intempestividade.

"Art. 80 – O recurso não será conhecido quando ausentes os pressupostos de admissibilidade com conseqüente encerramento da instância administrativa, quando interposto:

I – fora do prazo;"

2 – Das Alegações Recursais

Caso esta ilustre relatoria entenda pela tempestividade, passo a análise das alegações recursais.

Em alegações, a Recorrente sustenta a culpa exclusiva do cliente e a desproporcionalidade da penalidade, o que acarretaria na nulidade da multa imposta na Deliberação nº 2880/2016.

a) Culpa exclusiva da vítima

Num primeiro momento, a Recorrente alega de culpa exclusiva da vítima, objetivando afastar o nexo de causalidade de sua conduta, porém não merece prosperar.

Em que pese à necessidade de adequação da instalação interna na residência do cliente, este fato não afasta o descumprimento do contrato de concessão.

Isto porque, a Concessionária somente verificou a inexistência de ramal externo após várias vistorias para verificação do cumprimento das pendências pelo usuário; ocasionando numa espera desnecessária pelo usuário.



SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL			
Processo:	E-12/003/233/2015		
Data:	16/03/2015	Fis.:	106
Rubrica:	[assinatura]		

Cumprе ressaltar que o anexo II, parte I, do Contrato de Concessão estabelece, no item 1, o cadastro do sistema de gás que deverá abranger as instalações existentes.

(...)

Caso a Concessionária tivesse verificado desde o primeiro momento a necessidade de criação do novo ramal, as obras poderiam ter sido realizadas enquanto o usuário adequava a sua instalação interna. Assim, o tempo de espera seria muito inferior, e a atuação da Delegatária eficiente.

É importante trazer a baila a cláusula quarta do contrato de concessão que determina a prestação do serviço público adequado, sendo que, para tanto, deverão ser adotados métodos operativos que garantam os melhores níveis de segurança, qualidade, continuidade e confiabilidade.

Esta mesma cláusula em seu parágrafo primeiro, item 1, obriga a concessionária a atender novos pedidos de fornecimento a consumidores. Este dentro do prazo estabelecido no anexo II, o que não ocorreu no caso em tela.

b) Obediência aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade na aplicação da penalidade do Art. 5º da Deliberação AGENERSA 2829/2016:

Na aplicação da multa prevista no art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 2880/2016, foram aplicados os Princípios da razoabilidade e proporcionalidade, obedecendo à adequação ou proporcionalidade entre o motivo e a finalidade, sob pena do ato administrativo ser objeto de invalidação pela própria administração ou pelo Judiciário.(...)

Assim, é possível concluir que a falta de razoabilidade, nada mais é que um reflexo da inobservância de requisitos exigidos para a validade da conduta. É nítida, portanto, a relação do referido Princípio com os Princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade.

Já a proporcionalidade, embora ainda em evolução, tem como fundamento o excesso de poder, cujo fim é conter atos, decisões e outras condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados.



De acordo com a Doutrina alemã, para a aplicação deste Princípio é imprescindível a adoção dos seguintes critérios: o primeiro, adequação que pode ser definida como meio utilizado deve ser compatível com o fim almejado; o segundo, exigibilidade que é a necessidade do ato para atingir ao fim público; e terceiro, a proporcionalidade em sentido estrito, que são as vantagens a ser conquistadas superarem as desvantagens.

A multa questionada foi calculada levando-se em conta critérios como: a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica da penalizada.

Portanto, está dentro dos critérios supramencionados, bem como em conformidade com a razoabilidade.

É importante frisar que o contrato de concessão, em sua cláusula 10, prevê a aplicação de penalidades, entre elas a aplicação de multa, guardando a devida proporção com a gravidade da infração.

"CLAUSULA DEZ – PENALIDADES

(...)

§ 2º As penalidades, que guardarão proporção com gravidade da infração, serão aplicadas mediante procedimento administrativo e que se assegurem à CONCESSIONÁRIA, o amplo direito de defesa".

Ademais, o inciso primeiro do art. 10 da Lei 7783/89, que define o direito de greve, considera o serviço de distribuição de gás essencial, conseqüentemente, o dano sofrido pelo usuário ultrapassa a esfera da advertência, validando a multa questionada.

Diante do exposto, inexistindo, portanto, vício de legalidade na deliberação recorrida e, em homenagem aos princípios e normas que regem a legislação em vigor, esta Procuradoria recomenda rejeição das alegações recursais.

3. Conclusão

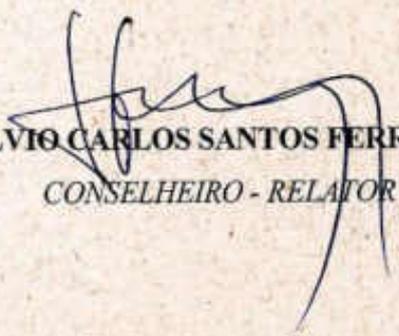
[assinatura]



Por todo o exposto, esta Procuradoria opina pelo não conhecimento do Recurso, porque intempestivo. No que tange ao mérito, pela negativa de provimento em razão de inexistir vícios de legalidade na deliberação recorrida, que prima pela observância dos Princípios e normas contratuais."

Em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, foi expedido Ofício AGENERSA/CODIR/SS nº 52/2016⁵, para a Concessionária CEG, apresentar suas razões finais, a qual não o fez, abrindo mão desse direito.

É o relatório,


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
CONSELHEIRO - RELATOR

⁵ fls. 98, de 30/06/2016.



Processo nº.: E-12/003/233/2015
Data de Autuação: 12/05/2015
Concessionária: CEG
Assunto: Ocorrência nº 2015001899 - Demora no Fornecimento de Gás
Sessão Regulatória: 29 de Agosto de 2017

VOTO

Trata-se de apreciar o Recurso¹ protocolizado nesta Agência em 20/05/2016, em face da Deliberação AGENERSA nº 2880/2016², publicada no Diário Oficial em 09/05/2016³, na qual aplicou penalidade de multa à Concessionária, em razão da reclamação disposta na ocorrência registrada sob o nº. 2015001899.

Preliminarmente, cumpre-nos certificar a intempestividade do presente recurso, uma vez que protocolizado em 20/05/2016, por meio eletrônico, após o prazo de 10 dias estabelecido pelo artigo 79 do Regimento Interno desta casa, uma vez que a Deliberação AGENERSA nº 2880/2016, foi publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro no dia 09/05/2016, portanto, o prazo para interposição do Recurso findou-se em 19/05/2016.

¹ Fls. 82 à 88.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 2882

DE 28 DE ABRIL DE 2016

CONCESSIONÁRIA CEG – OCORRÊNCIA Nº 2015001899.

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-12/003/233/2015, por unanimidade;

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, considerando aqui o mês de março/2015, com base no disposto da Cláusula Décima; Anexo II, Parte 2, Item 13-A, ambos do Contrato de Concessão, combinado com o artigo 17, VI, da Instrução Normativa nº. 001/2007, em razão dos fatos narrados no presente processo, quanto ao atendimento ao cliente.

Art. 2º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e tarifária e a Câmara Técnica de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007.

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 28 de abril de 2016.

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA, Conselheiro-Presidente; LUIGI EDUARDO TROISI, Conselheiro; MOACYR ALMEIDA FONSECA, Conselheiro-Relator; ROOSEVELT BRASIL FONSECA, Conselheiro; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA, Conselheiro.

³ Fls. 80.



Nota-se que no período de 10 dias para interposição do Recurso, não houve se quer ponto facultativo ou qualquer outro fato que acarretasse a suspensão do prazo, ficando assim caracterizado a sua intempestividade.

Ademais, a interposição do Recurso foi por meio eletrônico, e, conseqüentemente, de acordo com o art. 14 da Portaria 093 de 15 de junho de 2009, é dever da Concessionária, protocolizar no prazo de 05 dias a cópia original do Recurso; porém, a peça Recursal "original" não consta nos presentes autos. Corroborando com a intempestividade do Recurso.

Por fim, ficou claro o descumprimento do art. 80, inciso I, do Regimento Interno desta Agência, que diz que: "o recurso não será conhecido quando ausentes os pressupostos de admissibilidade com conseqüente encerramento da instância administrativa, quando interposto: inciso I - fora do prazo."

Diante desses fatos, está mais que clara a intempestividade do referido instrumento Recursal, apresentado pela Recorrente.

A título de esclarecimento, a referida ocorrência trata a respeito do descumprimento de prazos contratuais relacionados aos serviços de atendimento ao usuário, constantes do instrumento concessivo.

No mérito, a Delegatária requer provimento do Recurso, a fim de anular a multa imposta na referida Deliberação, apresentando argumentos que, entendo, não devem prosperar.

Da instrução processual, concluiu-se pelo descumprimento contratual em razão da prestação inadequada do serviço público, pois restou comprovado que a conduta da Concessionária violou o princípio da adequação do serviço público, previsto na cláusula quarta do contrato de concessão, pois deveriam ser adotados métodos operativos que garantam os melhores níveis de segurança, qualidade, continuidade e confiabilidade.

Ademais, esta mesma cláusula em seu parágrafo primeiro, item 1, obriga a Concessionária a atender novos pedidos de fornecimento a consumidores, dentro do prazo estabelecido no anexo II, o que não ocorreu no caso em tela.

Em razão dessa atuação ineficiente, foi aplicada a penalidade de multa, em concordância com os órgãos técnicos desta Autarquia e com o entendimento reiterado deste CODIR, observados os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, obedecendo à adequação ou proporcionalidade entre o motivo e a finalidade sob pena do ato administrativo ser objeto de invalidação pela própria administração ou pelo Judiciário.



A multa questionada pela Recorrente foi calculada levando-se em conta critérios como: a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica da penalizada. Portanto, está dentro dos critérios supramencionados, bem como em conformidade com a razoabilidade. Deixando claro que o Contrato de Concessão, em sua cláusula 10, prevê a aplicação de penalidade, entre elas a aplicação de multa, guardando-se a devida proporção com a gravidade da infração.

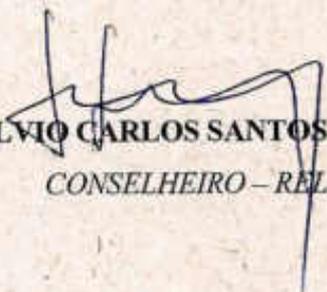
Nesse sentido, corroboro com o dóuto Parecer da Procuradoria, que rechaçou fundamentalmente as alegações recursais, ponderando que *"o inciso primeiro do art. 10 da Lei 7738/89, que define o direito de greve, considera o serviço de distribuição de gás essencial, conseqüentemente, o dano sofrido pelo usuário ultrapassa a esfera da advertência, validando a multa questionada."*

Que, *"em homenagem aos princípios e normas que regem a legislação em vigor" (...) "rejeita as alegações recursais" (...) "em razão de inexistir vício de legalidade na Deliberação recorrida, que prima pela observância aos Princípios e às normas contratuais."*

Presentes as razões expostas e examinando a Deliberação ora recorrida, rejeito, em sua integralidade, as alegações da Concessionária CEG no Recurso interposto, sugerindo ao Conselho Diretor:

I – Não conhecer o Recurso Interposto pela Recorrente em face da Deliberação AGENERSA nº 2880/2016 de 09/05/2016, porque intempestivo, e no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a Deliberação ora recorrida.

É o voto,


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
CONSELHEIRO – RELATOR.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

SEF	ED/003/233/2015
Processo	
Data	09/05/2016
Folha	192
Matrícula	43265700

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3209

, DE 29 DE AGOSTO DE 2017.

CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA Nº.
2015001899 - DEMORA NA RELIGAÇÃO DE GÁS.

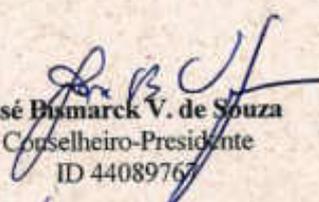
O CONSELHO - DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/003/233/2015, por unanimidade,

DELIBERA:

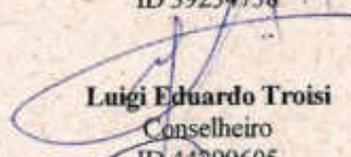
Art. 1º - Não conhecer o Recurso Interposto pela Recorrente em face da Deliberação AGENERSA nº 2880/2016 de 09/05/2016, porque intempestivo, e no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a Deliberação ora recorrida.

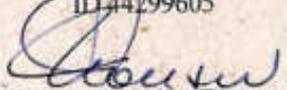
Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

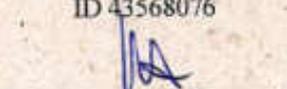
Rio de Janeiro, 29 de Agosto de 2017.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente
ID 44089767


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro-Relator
ID 39234738


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro
ID 44299605


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro
ID 43568076


Tiago Mohamed Monteiro
Conselheiro
ID 50894617