

# DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1308

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

ATO DO CONSELHO DIRETOR  
DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1308  
DE 31 DE OUTUBRO DE 2012

CONCESSIONÁRIA CEG - REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS. OCORRÊNCIA Nº. 516691.

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-12/020.508/2011, por unanimidade,

**DELIBERA:**

**Art. 1º** - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD nº. 1.010, de 29/02/2012, vez que tempestivo, para, no mérito negar-lhe provimento.

**Art. 2º** - Por auto tutela, reformar a penalidade aplicada por meio da Deliberação AGENERSA nº. 1.010, de 29/02/2012, para o valor de 0,0009% (nove décimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no arts. 17, inciso VI e 18, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, devido aos fatos narrados na Ocorrência nº. 516.691 e em razão da demora no atendimento às indagações feitas pela Ouvidoria desta AGENERSA.

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

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2012

**JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA**

Conselheiro - Presidente

**DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE**

Conselheira - Revisora

**LUIGI EDUARDO TROISI**

Conselheiro

**MOACYR ALMEIDA FONSECA**

Conselheiro

**ROOSEVELT BRASIL FONSECA**

Conselheiro - Relator



Processo nº: E-12/020.508/2011  
 Autuação: 10/11/2011  
 Concessionária: CEG  
 Assunto: Registro de Ocorrência na  
 OUVIDORIA/AGENERSA com mais de  
 30 dias. Ocorrência nº 516691.  
 Sessão Regulatória: 27 Setembro de 2012

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso interposto pela Concessionária CEG contra a Deliberação AGENERSA nº. 1010/2012.

Na peça recursal, a Concessionária registra, preliminarmente, sua tempestividade, uma vez "(...) que a Deliberação AGENERSA nº 1010/2012 foi publicada no Órgão Oficial no dia 15 de março de 2012 (Quinta-feira), o prazo de 10 dias para interposição de Recurso iniciou-se em 16 de março de 2012 (Domingo), de modo que o prazo final findou no primeiro dia útil subsequente, 26/03/2012 (segunda-feira)."

Requer, ainda em preliminar, a concessão do efeito suspensivo "(...) para sobrestar os efeitos da Deliberação AGENERSA nº. 1010/2012, no que tange à multa imposta em art. 1º, ante a necessidade de se conferir à

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1010 DE 29 DE FEVEREIRO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS. OCORRÊNCIA Nº 516.691.

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-12/020.508/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, combinado com o Art. 16, I e Art. 17, I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, devido ao descumprimento do disposto no anexo II, parte 2, item 13, alínea "A", como também no capítulo II da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 019/2011.

Art. 2º - Determinar à SPEEX, em conjunto com a CAPET — Câmara de Política Econômica e Tarifária e CAENE — Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 014/2010.

Art. 3º - 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; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro; Sérgio Burrowes Raposo - Conselheiro - Relator.

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*.

Aduz, dentre outros, "(...) que a concessão do efeito suspensivo deverá ser providência automática, na medida em que é inexecúvel a exigência do pagamento da multa aplicada pela AGENERSA antes da decisão final administrativa" e ressalta a necessidade da concessão de tal efeito "(...) 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 (...)", pode prejudicar as atividades da Concessionária.

Acrescenta, também, 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 afirmar, em síntese:

1) Que o fornecimento de gás referente à ocorrência 516691 foi liberado em maio/2011, de acordo com as normas exigidas pelo RIP<sup>3</sup>, ficando comprovado que a concessionária atendeu a solicitação do cliente "(...) de forma satisfatória, e dentro do prazo razoável para a análise das áreas competentes", não se justificando a aplicação de penalidade "(...) diante da pontualidade do evento em questão, frente ao universo total de clientes atendidos pela Concessionária";

2) Que a CEG tem certificação ISO 9001, sendo admitida margem de erro em função do universo de clientes atendidos;

3) Que eventual descumprimento contratual não deve ser ignorado, entretanto "(...) não cabe à Agência julgar eventuais transtornos sofridos pelo usuário, que poderá buscar a tutela de seus direitos junto ao Poder Judiciário, mas sim, verificar o descumprimento de cláusulas contratuais, que não são demonstrados por meio de casos pontuais";

<sup>2</sup> Grifo como no original.

<sup>3</sup> Regulamento de Instalações Prediais.

4) Que deve existir dosimetria na aplicação de sanção, de acordo com as particularidades de cada caso, entendendo que na hipótese dos autos deveria ter sido aplicada, no máximo, a penalidade de advertência, uma vez que "(...) a Concessionária não pode ser penalizada da mesma forma nos casos em que atende o cliente (...)", tendo disponibilizado gás, "(...) e nos casos em que o processo é julgado sem sequer o cliente ter sido atendido (...)", finalizando que a pena de multa "(...) se configura demasiado excessiva e desproporcional."

A Concessionária entende, outrossim, trazendo decisão da 6ª Turma do STJ em Habeas Corpus, que no presente caso pode ser aplicado o princípio da insignificância.

Salienta que ocorreu vício de motivação na indicação do art. 17, inciso I, da IN AGENERSA/CD nº 001/2007, utilizado como fundamento legal para a aplicação da sanção, "(...) uma vez que no processo em tela o cliente foi atendido (...)", enfatiza que a conduta diligente da CEG deveria ter sido observada quando da aplicação da penalidade e, estando satisfeito o interesse público, a finalidade do processo foi exaurida.

Registrando que seu entendimento está baseado no Decreto Estadual nº 40.486, a Concessionária argumenta sobre a ausência de competência da Ouvidoria da AGENERSA para apuração de descumprimento de prazo contratual, defende 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 1010/12.

A fl. 59 consta a cópia da Resolução do Conselho - Diretor nº 292, que redistribuiu o Recurso para a minha relatoria, e, encaminhados os autos à Procuradoria, o parecer de fl. 62/63, em síntese, não vislumbra os requisitos para a concessão do efeito suspensivo, opinando-se pelo seu indeferimento.

Por despacho, indeferi o pleito de atribuição de efeito suspensivo ao Recurso (fl. 64), o que foi devidamente comunicado à Concessionária, que demonstrou seu inconformismo com referida decisão através da DIJUR - E - 794/2012 (fls. 69/71).

Em parecer conclusivo, a Procuradoria certifica a tempestividade da peça recursal, se reporta às fls. 14/15 dos autos, nas quais há o registro da CAENE, "(...) pelo qual verifica-se o descumprimento do Anexo 2, Parte 2, Item 13 A do contrato de concessão", observa que não houve cerceamento de defesa, porque a Concessionária participou efetivamente do processo com diversas manifestações e juntada de documentos, e, afirmando que a CEG tem pleno conhecimento da legislação relacionada à fiscalização/regulação, expõe que é inadmissível que um pedido de gás tenha se prorrogado por 09 meses, "(...) quando o prazo contratual é de trinta dias", destacando, também, que a

demora no atendimento à Ouvidoria é fato que, por si só, caracteriza o descumprimento do contrato de concessão.

Entende o Órgão jurídico, que, por falta de amparo legal, mormente porque não encontra previsão no art. 2º da lei 9784/99, dispositivo esse que traz o rol dos princípios administrativos, não se pode aplicar o princípio da insignificância com relação à Administração Pública, sendo ele uma construção do direito penal.

Finalizando que "(...) há nos autos provas irrefutáveis de descumprimento aviltante de prazo contratual para atendimento ao cliente (...)" e que houve descaso da Concessionária com o usuário e a Ouvidoria da AGENERSA, "(...) no que diz respeito à demora e detalhamento da resposta às indagações feitas, no deslinde da ocorrência", a Procuradoria assevera que é razoável a aplicação de penalidade pecuniária no valor estipulado pela AGENERSA.

Opina, ao final, pelo conhecimento do Recurso e negativa de provimento, confirmando-se a Deliberação recorrida.

Em manifestação final<sup>4</sup>, a CEG reitera os argumentos lançados em sua peça recursal e as respostas anteriormente encaminhadas à AGENERSA.

É o relatório.

*[assinatura]*  
Roosevelt Brasil Fonseca  
Conselheiro-Relator

<sup>4</sup> DIUR - E - 1655/12, fls. 90/91

Processo nº: E-12/020.508/2011  
Autuação: 10/11/2011  
Concessionária: CEG  
Assunto: Registro de Ocorrência na  
OUVIDORIA/AGENERSA com mais de  
30 dias. Ocorrência nº 516691.  
Sessão Regulatória: 27 Setembro de 2012

**VOTO**

Trata-se de analisar Recurso interposto<sup>1</sup> pela Concessionária CEG contra a Deliberação AGENERSA nº. 1010/2012<sup>2</sup>, publicada em 15/03/2012.

Préliminarmente, registro a tempestividade do Recurso, porquanto protocolado dentro do prazo regimental.

Registro, ainda, que com os argumentos apresentados pela Procuradoria e, fundamentado no art. 62, § 2º, do Decreto Estadual nº 38.618/2005, indeferi o pleito de atribuição de efeito suspensivo formulado na peça recursal, despacho devidamente comunicado à Concessionária (fls. 64 e 65).

<sup>1</sup> Protocolado em 26/03/2012 (segunda-feira).

<sup>2</sup> DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1010 DE 29 DE FEVEREIRO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS. OCORRÊNCIA Nº 516.691.

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-12/020.508/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, combinado com o Art. 16, I e Art. 17, I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, devida ao descumprimento do disposto no anexo II, parte 2, item 13, alínea "A", como também no capítulo II da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 019/2011.

Art. 2º - Determinar à SECEX, em conjunto com a CAPET — Câmara de Política Econômica e Tarifária e CAENE — Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 014/2010.

Art. 3º - 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; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro; Sérgio Burrows Raposo - Conselheiro - Relator.

Impende salientar, também, que por meio da DIJUR - E - 794/2012, a Concessionária demonstra seu inconformismo com referido indeferimento e requer a revisão da decisão que denegou esse pedido preliminar. Tal pleito, no entanto, diante da inexistência de previsão regimental e sobretudo porque esta Autarquia está impedida de lavrar Auto de Infração enquanto existir pendência de análise recursal, não foi objeto de exame, até porque isso não acarretaria prejuízo à Concessionária.

No mérito, requer a prestadora de serviços a anulação da multa imposta no art. 1º da decisão combatida, que aplicou a penalidade de 0,001% (um milésimo por cento) do faturamento da Concessionária em razão do descumprimento de prazo contratual e da violação ao disposto no capítulo II da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 019/2011.

Em análise às razões recursais, entendo que os fundamentos apresentados pela Concessionária devem ser afastados.

Isso porque ficou constatada, ao longo da instrução, a violação do Anexo II, parte 2, item 13 A, do Contrato de Concessão.

Com efeito, considerada pelo i. Conselheiro - Relator como de solicitação do fornecimento de gás a data de 30/08/2010, ocorreu o descumprimento do prazo previsto no Contrato de Concessão, especificamente no que tange à religação, conforme se verifica do relato de fls.04/05, uma vez que constatou-se, e a Concessionária confirmou, que o fornecimento do serviço ocorreu em maio de 2011.

Dessa forma, na hipótese dos autos pôde-se verificar que o pedido de fornecimento de gás se arrastou por 09 (nove) meses, não havendo que se cogitar, diante do grande lapso temporal, na substituição da penalidade pecuniária pela sanção de advertência, sendo certo que, ainda que o consumidor tenha sido atendido, isso não exclui a Concessionária da sujeição à penalidade imposta por descumprimento de prazo contratual, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Contudo, mais adequada, razoável e consentânea com os recentes posicionamentos adotados por este CODIR é a imposição da pena de multa no percentual de 0,0009 (nove décimos de milésimo), ressaltando-se, inclusive, que foi considerada, para a aplicação dessa punição, a violação à norma que diz respeito à Ouvidoria da AGENERSA, porquanto inseriu-se, no mesmo dispositivo, o descumprimento à IN AGENERSA/CD nº. 019/2011, até porque ficou evidente o atraso de 373 (trezentos e setenta e três) dias para o atendimento à Ouvidoria.

Quanto ao Órgão Ouvidor, aliás, deve-se frisar, em razão dos argumentos de incompetência alegados pela Concessionária, que essa Serventia, de fato, não apura descumprimento contratual.



Entretanto, consoante os ditames do art. 26 do Regimento Interno da AGENERSA, isso não significa a inexistência de atribuição para relatar e certificar fatos, além de contribuir para o seu esclarecimento, circunstâncias que ocorreram no presente feito e foram observadas para a decisão final, em homenagem à fiscalização dos serviços públicos.

No que tange à incidência da Insignificância no presente caso concreto, princípio entendido com o intuito de anular a multa imposta, este Conselho já decidiu, inúmeras vezes, acerca de sua inaplicabilidade ao Direito Administrativo, valendo salientar que o também denominado princípio da bagatela é construção do Direito Penal, sendo lá de importante utilização, tendo em vista os bens tutelados por esse ramo do Direito.

Ademais, conforme colocado pela Procuradoria da AGENERSA, tal postulado não encontra previsão no art. 2º da Lei 9784/99, dispositivo que traz o rol dos princípios administrativos.

Por fim, como argumento para anular a multa imposta no art. 1º da Deliberação guerreada, a Concessionária alega vício de motivação no fundamento legal utilizado para fixar a pena pecuniária, exclusivamente no que se refere ao art. 17, I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

É que o CODIR, acatando sugestão do Conselheiro - Relator, indicou, como base para o descumprimento do Anexo II, parte 2, item 13 A do Contrato de Concessão e a transgressão do capítulo II da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 019/2011, o art. 17, I, da IN AGENERSA/CD nº. 001/2007, além de apontar, também, o art. 16, I, da mesma norma.

<sup>3</sup> Art. 17. Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do GRUPO II sempre que, sem justo motivo:

(nova redação dada pela INSTRUÇÃO NORMATIVA CODIR Nº 002\* DE 21 DE FEVEREIRO DE 2008, publicada no Diário Oficial de 28/02/2008)

\*Retificação Publicada no D.O. de 21.1.2010

I. deixarem de atender pedidos de fornecimento a consumidores, desde que satisfeitas as condições de rentabilidade, de acordo com as taxas previstas no §9º da Cláusula Sétima dos Contratos de Concessão, de modo a garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos Contratos, podendo as Concessionárias deixar de atender aos novos pedidos de fornecimento nas hipóteses de insuficiência de matéria-prima ou ameaça à segurança e naquelas em que sejam obrigadas a realizar investimentos por elas não previstos, no sistema de distribuição; ficando ajustado que, caso se faça necessária a participação direta do consumidor no investimento necessário para atender ao próprio pedido de fornecimento, tal participação ficará limitada a 90% (noventa por cento) do total do investimento, visando sempre a atingir as condições de rentabilidade acima referidas;

<sup>4</sup> Art. 16. Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do GRUPO I sempre que, sem justo motivo:

Nesse aspecto, vê-se que, de fato, ocorreu a errônea indicação não só do dispositivo elencado pela Concessionária, mas também do art. 16, I, da IN AGENERSA/CD nº 001/2007.

No entanto, tais equivocadas indicações não alteram a substância do *decisum* e toda a fundamentação já exposta nos autos, consistindo em mero erro material, passível de retificação por autotutela.

Diante do exposto, proponho ao Conselho - Diretor:

Art. 1º) Conhecer o Recurso contra a Deliberação AGENERSA nº 1010/2012, por ser tempestivo, e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, para reduzir a multa imposta no art. 1º dessa decisão colegiada ao patamar de 0,0009 % (nove décimos de milésimo por cento).

Art. 2º) Retificar, por autotutela, o art. 1º da Deliberação nº 1010/2012, para constar a seguinte redação:

"Art. 1º: Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,0009% (nove décimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, combinado com o Art. 17, VIº e Art. 18, Iº, da Instrução Normativa

(nova redação dada pela INSTRUÇÃO NORMATIVA CODIR Nº 002\* DE 21 DE FEVEREIRO DE 2008, publicada no Diário Oficial de 28/02/2008)

\*Retificação Publicada no D.O. de 21.1.2010

I. deixarem de prestar contas à AGENERSA da gestão dos serviços concedidos;"

3º Art. 17. Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do GRUPO II sempre que, sem justo motivo:

(nova redação dada pela INSTRUÇÃO NORMATIVA CODIR Nº 002\* DE 21 DE FEVEREIRO DE 2008, publicada no Diário Oficial de 28/02/2008)

\*Retificação Publicada no D.O. de 21.1.2010

(...)

VI: deixarem de atingir qualquer uma das Metas de Qualidade e Segurança referidas no ANEXO II dos Contratos de Concessão, nos prazos e condições lá fixados ou em novos prazos fixados pela AGENERSA, aplicando-se, nesses casos, uma penalidade de multa para cada item desatendido;"

4º Art. 18. Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do GRUPO III sempre que, sem justo motivo:

(nova redação dada pela INSTRUÇÃO NORMATIVA CODIR Nº 002\* DE 21 DE FEVEREIRO DE 2008, publicada no Diário Oficial de 28/02/2008)

\*Retificação Publicada no D.O. de 21.1.2010

AGENERSA/CD nº. 001/2007, devido ao descumprimento do disposto no anexo II, parte 2, item 13, alínea "A", como também no capítulo II da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 019/2011."

Assim voto.

*RBF*  
Roosevelt Brasil Fonseca  
Conselheiro-Relator

L. deixarem de adotar, nos prazos estabelecidos pela AGENERSA, as providências indicadas para restabelecer a regularidade ou garantir a qualidade e eficiência dos serviços concedidos;"

Rúbricas  
Processo n.º E-12/020.508/2011  
Data de Autuação 10/11/2011  
Concessionária CEG  
Assunto Registro de Ocorrência na OUVIDORIA/AGENERSA com mais de 30 dias. Ocorrência n.º. 516691.  
Sessão Regulatória 31/10/2012

### Voto de Vista

Requeri vista deste feito na Sessão Regulatória de 27/09/2012, valendo-me da prerrogativa disposta no art. 73 do Regimento Interno desta Agência.

No intuito de rememorar o conteúdo dos autos e, assim, contribuir para a votação que ora se reinicia, faço, primeiramente, um resumo dos fatos.

Trata-se de processo instaurado por solicitação da Ouvidoria da AGENERSA, que informa listagem das ocorrências registradas naquele órgão há mais de 30 (trinta) dias sem solução ou resposta por parte da Concessionária, notadamente a Ocorrência n.º. 516.691, que versa sobre reclamação da usuária Tônia Muraro, a qual relata demora no atendimento de solicitação de ligação de gás realizada desde 30/08/2010, somente atendida em maio de 2011.

Instadas a se manifestarem, CAENE e Procuradoria são uníssonas em apontar o descumprimento dos prazos previstos no Anexo II, Parte 2, Item 13-A do Contrato de Concessão, bem como da Cláusula Quarta, § 1º, item 11 do mesmo diploma e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 019/2011.

Em sua defesa, a CEG alega tratar-se de caso pontual, afirma ser detentora da certificação ISO 9001 e defende a inexistência de qualquer descumprimento contratual.

Apreciando a matéria, o i. Conselheiro-Relator proferiu o voto de fls. 39/42, que culminou na edição da Deliberação AGENERSA/CD n.º. 1.010, de 29/02/2012, pela qual o Conselho-Diretor aplicou à CEG a penalidade de multa, no importe de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, conjugado com os artigos 16, inciso I e 17, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007, devido ao descumprimento do disposto no Anexo II, Parte 2, Item 13-A do Instrumento Concessivo, bem como do capítulo II da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 019/2011. *u*

Rúbrica: *f*

Inconformada, a CEG interpôs Recurso à citada Deliberação repisando os argumentos anteriormente tecidos; defendendo a aplicação do Princípio da Insignificância na presente hipótese; apontando equívoco quanto ao dispositivo da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007 - utilizado como fundamento para a imposição da penalidade; alegando a ausência de competência da Ouvidoria desta Autarquia para a apuração de descumprimento contratual; e sustentando a irrazoabilidade/desproporcionalidade da penalidade aplicada.

Na Sessão Regulatória ocorrida em 27/09/2012, o i. Conselheiro-Relator, em seu voto de fls. 96/100, deu parcial provimento ao recurso interposto, tendo por base o entendimento firmado pelo Conselho-Diretor em processos de mesma natureza, para reduzir a penalidade aplicada para 0,0009% (nove décimos de milésimo por cento) e reconheceu o equívoco quanto aos fundamentos legais utilizados para a aplicação da penalidade recorrida, reformando, por auto tutela, o artigo 1º da Deliberação AGENERSA/CD n.º. 1.010/2012, sugerindo que o mesmo passasse a ter a seguinte redação:

"Art. 1º: Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,0009% (nove décimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, combinado com o Art. 17, VI e Art. 18, I, da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001/2007, devido ao descumprimento do disposto no anexo II, parte 2, item 13, alínea "A", como também no capítulo II da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 019/2011".

Refeita a memória dos autos, apresento a seguir minha análise sobre a matéria.

Da simples leitura dos autos, verifica-se inegável falha na prestação do serviço por parte da CEG, eis que, sem maiores justificativas, somente atendeu o pedido de ligação de gás feito pela usuária cerca de 09 (nove) meses após a primeira solicitação.

Assim, sobre esse ponto, alinho-me ao entendimento firmado através do Voto de fls. 39/42, conformado pelo Voto de fls. 96/100.

Entretanto, quanto ~~cinde~~<sup>u</sup> se à fundamentação apresentada para a nova penalidade sugerida, apresento a seguir meu posicionamento. *e*

Da análise da peça recursal, observa-se que a CEG mais uma vez aponta ser detentora de certificação internacional, que demonstraria a qualidade de seus serviços, fato que impediria a aplicação de eventual penalidade, especialmente considerando-se a "pontualidade do evento em questão".

Sobre a questão, relembro que o Conselho-Diretor desta AGENERSA já pacificou entendimento no sentido de tal certificação representa um reconhecimento importante da atuação da Delegatária, mas não inibe o exercício das atividades desta AGENERSA, legalmente definido e contratualmente pactuado<sup>1</sup>.

Além disso, a competência legal de atuação da AGENERSA fundamenta a improcedência da alegação de que "(...) não cabe a Agência julgar eventuais transtornos sofridos pelo usuário (...) mas sim, verificar o descumprimento de cláusulas contratuais, que não são demonstrados por meio de casos pontuais".

Isso porque fiscalizar se a Concessionária atua de acordo com os termos pactuados no Contrato de Concessão e exigir o cumprimento deste, caracteriza notório exercício de poder regulatório - *sensu vinculado ao direito administrativo* -, o que é atribuição desta AGENERSA, nos termos do art. 2º, caput<sup>2</sup> c/c art. 4º, inciso I<sup>3</sup>, ambos da Lei de Criação desta Agência Reguladora, qual seja, Lei Estadual nº. 4.556/05.

Ademais, uma demora de cerca de 09 (nove) meses para atendimento de uma solicitação de ligação de gás, considerando-se ainda que tal pleito seria destinado ao abastecimento de um Instituto Cultural, não pode ser entendido como um simples transtorno, mas como manifesto desrespeito ao usuário<sup>4</sup> e evidente descumprimento do Contrato de Concessão, que é expresso ao determinar os princípios afetos à prestação do serviço, tais como eficiência, qualidade e cortesia com os consumidores<sup>5</sup>.

Assim, a alegada "margem de erro" supostamente admitida pela certificação ISO 9001 não socorre à Concessionária na vertente hipótese, especialmente porque não

<sup>1</sup> Não seria demais afirmar, também como já feito por ocasião de outros votos, que a boa conceitualização revelada pela Concessionária no que tange à certificação ISO 9001, em parte se deve à atuação eficiente desta Agência Reguladora que, diligentemente, cobra e fiscaliza, perseguindo incansavelmente o cumprimento das metas e observância aos princípios dispostos no Contrato de Concessão, mesmo que, para isso, necessite, por vezes, aplicar penalidade à sua Regulada.

<sup>2</sup> Art. 2º - A AGENERSA tem por finalidade exercer o poder regulatório, acompanhando, controlando e fiscalizando as concessões e permissões de serviços públicos concedidos;

<sup>3</sup> Art. 4º - Compete à AGENERSA, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observar 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 atuações;

<sup>4</sup> Que, tal como alegado, poderá buscar eventuais reparações junto ao Poder Judiciário.

<sup>5</sup> Cláusula Primeira, § 3º do Contrato de Concessão.

Rúbrica: ↓  
consta nos autos qualquer justificativa para o lapso temporal utilizado pela Recorrente para atendimento da solicitação.

O mesmo entendimento deve ser aplicado ao pleito da Delegatária pela redução da penalidade para advertência, por entender que "(...) a Concessionária não pode ser penalizada da mesma forma nos casos em que atende o cliente, disponibilizando gás e nos casos em que o processo é julgado sem sequer o cliente ser atendido (...)".

Isso porque, conforme anteriormente salientado, a CEG, no presente caso, levou cerca de 09 (nove) meses para atender à solicitação do usuário, sem maiores justificativas - repise-se.

Portanto, a citada tese não pode ser acatada, tendo em vista que o Contrato de Concessão assina prazos específicos para a prestação de serviços obrigatórios, sendo descabido defender que a simples solução da questão - sem a observância dos citados prazos - implicaria em entender que "(...) a finalidade do presente processo administrativo encontra-se esaurida uma vez que o interesse público foi atendido".

Peço vênia para lembrar, uma vez mais, o entendimento por mim firmado - e acolhido pela unanimidade do Conselho-Diretor - no sentido de que solucionar a reclamação apresentada pelo usuário é obrigação da Concessionária, vez que se comprometeu a prestar o serviço de forma adequada, "(...) obedecendo aos princípios da eficiência, regularidade, continuidade, segurança, qualidade, generalidade, atualidade, cortesia com os consumidores e modicidade das tarifas".

No que se refere à aplicação do Princípio da Insignificância aos processos regulatórios em curso nesta Agência, é válido lembrar que o Conselho-Diretor já se manifestou diversas vezes sobre a matéria, refutando a sua aplicação, tendo em vista tratar-se de princípio não aplicável ao Direito Administrativo, razão pela qual a citada tese não merece maiores considerações.

Quanto a alegação de vício de motivação na Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.010/2012, assiste razão à Concessionária.

Aqui, divirjo do entendimento esposado pelo i. Conselheiro-Relator do Recurso, por entender que não se trata de mero erro material, mas de equívoco que deve

<sup>4</sup> Cláusula Primeira, § 3º do Contrato de Concessão.

**AGENERSA**

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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.508/2011

Data 10/11/2011 Fís.: 106

Rúbrica: f



ser sanado pelo Órgão Colegiado, face à impossibilidade de imposição de penalidade embasada em dispositivo legal não aplicável à hipótese.

É certo que o mencionado erro <sup>equívoco</sup> material deveria ter sido suscitado através de Embargos. Contudo, a sua indicação pela via recursal inadequada não impede a apreciação da matéria pelo Conselho-Diretor, que pode rever seus atos tendo por base o Princípio da Autotutela.

Nesse sentido, é a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

"A autotutela se caracteriza pela iniciativa de ação atribuída aos próprios órgãos administrativos. Em outras palavras, significa que, se for necessário rever determinado ato ou conduta, a Administração poderá fazê-lo *ex officio*, usando a sua auto-executoriedade, sem que dependa necessariamente de que alguém o solicite".

O próximo ponto a ser analisado, consiste no inconformismo da CEG com relação aos atos praticados pela Ouvidoria da AGENERSA, consubstanciado na alegação de incompetência daquele órgão para a apuração de descumprimento de prazo contratual;

Trata-se de argumentação já analisada por esta Agência Reguladora, de modo que seus fundamentos já foram enfrentados por este Conselho-Diretor, como, por exemplo, nos autos dos regulatórios E-12/020.560/2011, cuja apreciação ocorreu na Sessão Regulatória de 19/04/2012.

Antes de expor as razões pelas quais entendo improcedente tal alegação, vale destacar, a exemplo do que restou consignado nos autos do processo acima apontado, que o texto atribuído pela Concessionária ao referido Decreto Estadual não consta de seu bojo, mas de trabalho de conclusão de curso intensivo de Pós-Graduação em Administração Pública - CIPAD, da Fundação Getúlio Vargas/RJ, apresentado no ano de 2007, pelas alunas Sandra Maria Meilo Gabra e Denise de Bona Rossi<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Destaque no original.

<sup>8</sup> Assim constou no voto prolatado nos autos do regulatório E-12/020.560/2011. *In verbis*: "Contudo, da simples leitura do referido Decreto Estadual, que ESTABELECE A ESTRUTURA DO PODER EXECUTIVO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS<sup>8</sup>, percebe-se que o trecho acima transcrito inexistia em seu texto, inexistindo igualmente o citado Anexo C. Também mediante uma rápida pesquisa, observa-se que a passagem acima disposta, ressaltada pela CEG em sua carta, foi extraída de um trabalho de conclusão de curso intensivo de Pós-Graduação em Administração Pública - CIPAD, da Fundação Getúlio Vargas/RJ, apresentado no ano de 2007, pelas alunas Sandra Maria Meilo Gabra e Denise de Bona Rossi. Desnecessário dizer que tal procedimento pode configurar má-fé da Concessionária, situação que não se pode admitir, cabendo, neste momento, alertá-la quanto as penalidades previstas no artigo 18 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente à legislação administrativa."



Ainda conforme disposto no voto que proferi naquele regulatório, essa conduta pode sugerir má-fé da Concessionária, mas, em que pese isso, não há como considerar recorrência da CEG, haja vista que tal entendimento é posterior à data de confecção do Recurso ora analisado, no qual traz tal alegação.

Retomando o enfrentamento sobre a suposta incompetência da Ouvidoria, passo à transcrição - *por tratar-se de caso similar e, portanto, de conveniente aplicação nestes autos* - dos fundamentos acompanhados à unanimidade por este Conselho-Diretor quando da apreciação do voto prolatado nos autos do processo E-12/020.560/2011. *In verbis*:

"(...) o papel daquele órgão encontra-se delimitado no Regimento Interno desta Casa, que por entender conveniente, passo à transcrição:

**"DA OUVIDORIA**

**Art. 25 - Compete à Ouvidoria:**

- I - ..... *omissis*.....
- II - atuar junto aos usuários, prestadores de serviços públicos outorgados e Poder Outorgante, com o propósito de dirimir dúvidas, prestar esclarecimentos, mitigar conflitos e sugerir soluções nas divergências entre prestadores de serviços públicos outorgados e usuários, nas etapas iniciais, quando não houver sido instaurado processo regulatório;
- III - ..... *omissis*.....
- IV - ..... *omissis*.....
- V - encaminhar as reclamações dos usuários dos serviços outorgados especialmente em relação à qualidade e à tarifa, aos respectivos órgãos competentes, acompanhando a solução do problema e informando a conclusão aos interessados;
- VI - ..... *omissis*.....
- VII - ..... *omissis*.....
- VIII - encaminhar ao Conselho Diretor, através da Secretaria Executiva, as denúncias e/ou reclamações que não tenham sido resolvidas pela intermediação da Ouvidoria, visando à abertura de processo regulatório se o Conselho Diretor assim o entender;
- IX - ..... *omissis*.....
- X - ..... *omissis*.....
- XI - ..... *omissis*.....

Além disso, a Instrução Normativa AGENERSA CODIR Nº 19, de 16/05/2011, especifica os procedimentos a serem adotados em relação às reclamações dos usuários.

Portanto, resta claro que o objetivo da Ouvidoria da AGENERSA foi o de mediar os fatos narrados nos presentes autos, buscando informações e a solução do problema narrado pelo usuário, sendo sua a obrigação de encaminhar ao Conselho-Diretor as ocorrências não solucionadas. Caso não labore nesse sentido, estará, evidentemente, deixando de cumprir determinação disposta no Regimento Interno desta Agência Reguladora.

Outrossim, não é demais ressaltar que, quando a Ouvidoria da AGENERSA encaminha questionamentos à Concessionária, o faz com o intuito de buscar esclarecimentos sobre a reclamação apresentada, de forma a permitir, inclusive, a sua solução, não merecendo prosperar as alegações da Concessionária, que após as devidas análises, merecem ser refutadas."

A toda evidência, tais fundamentos se prestam também à análise dos fatos narrados nestes autos, uma vez que pedidos de esclarecimentos "(...) de por que o gás desse imóvel só foi ligado 9 meses após a sua solicitação, descumprindo os prazos contratuais", se coadunam à competência regimentalmente atribuída à Ouvidoria, conforme demonstrado no texto copiado.

Por fim, a Recorrente aponta a irrazoabilidade/desproporcionalidade da penalidade aplicada, argumentando que "(...) a situação veiculada no presente processo, por sua notável pequena dentro do universo de clientes atendidos, não se mostra de tal magnitude a ensejar a avaliação pelo Órgão Regulador"; e que "(...) a imposição de penalidade de multa é medida que não está pautada na busca de um benefício em prol do interesse público".

Já restou demonstrado nos autos que a hipótese ora analisada não pode ser entendida como fato isolado ou mesmo como insignificante, tendo em vista o extenso lapso temporal transcorrido para a Concessionária solucionar a questão, sem maiores justificativas; além dos vários processos autuados nesta Agência Reguladora tratando de situações da mesma natureza.

E, considerando-se que o então Conselheiro-Relator Sérgio B. Raposo elegeu o montante de 0,001% (um milésimo por cento) para penalizar não só o descumprimento dos prazos previstos no Anexo II, Parte 2, Item 13-A do Contrato de Concessão, mas também da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 019/2011 - eis que a primeira resposta apresentada pela CEG à Ouvidoria da AGENERSA somente se deu após 08 (dias) após a primeira solicitação -,

não se pode entender que a multa aplicada viola os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, pois abrange duas violações a dispositivos legais por parte da Concessionária, o que poderia resultar, inclusive, na aplicação de duas penalidades distintas.

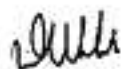
Contudo, objetivando adequar a vertente hipótese às recentes penalidades aplicadas por este Conselho-Diretor em face de situações da mesma natureza, o i. Conselheiro-Relator do Recurso sugeriu, por auto tutela, a sua redução para o importe de 0,0009% (nove décimos de milésimo por cento), sugestão com a qual concordo, objetivando sua compatibilização com casos similares.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD n.º. 1.010, de 29/02/2012, vez que tempestivo, para, no mérito negar-lhe provimento;

- Por auto tutela, reformar a penalidade aplicada por meio da Deliberação AGENERSA n.º. 1.010, de 29/02/2012, para o valor de 0,0009% (nove décimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no arts. 17, inciso VI e 18, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º. 001, de 04/09/2007, devido aos fatos narrados na Ocorrência n.º. 516.691 e em razão da demora no atendimento às indagações feitas pela Ouvidoria desta AGENERSA.

É o Voto.



**Darcilia Leite**

Conselheira-Revisora

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12.1020.508/2011

Data 10/11/2011 nº: 111

AGENERSA

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1308



DE 31 DE OUTUBRO DE 2012

CONCESSIONÁRIA CEG - REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA  
OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS.  
OCORRÊNCIA Nº. 516691.

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-12/020.508/2011, por unanimidade,

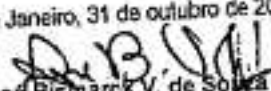
DELIBERA:


Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD nº. 1.010, de 29/02/2012, vez que tempestivo, para, no mérito negar-lhe provimento;

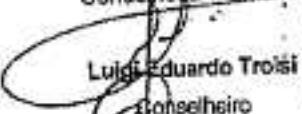
Art. 2º - Por auto tutela, reformar a penalidade aplicada por meio da Deliberação AGENERSA nº. 1.010, de 29/02/2012, para o valor de 0,0009% (nove décimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no arts. 17, inciso VI e 18, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, devido aos fatos narrados na Ocorrência nº. 516.691 e em razão da demora no atendimento às indagações feitas pela Ouvidoria desta AGENERSA.

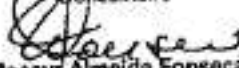
Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

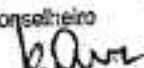
Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2012.

  
José Bismarck V. de Souza  
Conselheiro-Presidente

  
Darcília Aparecida da Silva Leite  
Conselheira-Revisora

  
Luiz Eduardo Troisi  
Conselheiro

  
Moacyr Almeida Fonseca  
Conselheiro

  
Roosevelt Brasil Fonseca  
Conselheiro - Relator