

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1315

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

ATO DO CONSELHO DIRETOR
DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1315
DE 31 DE OUTUBRO DE 2012

CEG - Ocorrência na Ouvidoria da AGENERSA. Solicitação de ligação de gás em estabelecimento comercial. Apuração de possível descumprimento de cláusula contratual. Ocorrência n.º 524557.

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-12/020.590/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA n.º 1.076/12, de 19 de abril de 2012, por tempestivo, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a Deliberação recorrida.

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

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2012

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Conselheiro - Presidente - Relator

DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE

Conselheira

LUIGI EDUARDO TROISI

Conselheiro

MOACYR ALMEIDA FONSECA

Conselheiro

ROOSEVELT BRASIL FONSECA

Conselheiro

Processo n.º : E-12/020.590/2011
Data de autuação: 08/12/2011
Concessionária: CEG
Assunto: Ocorrência na Ouvidoria da AGENERSA. Solicitação de ligação de gás em estabelecimento comercial. Apuração de possível descumprimento de cláusula contratual. Ocorrência n.º 524557.
Sessão Regulatória: 31/10/2012

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso¹ interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.076/2012, de 19 de abril de 2012.²

Preliminarmente, a Concessionária sustentou pela tempestividade da peça recursal, tendo em vista que a Deliberação supracitada foi publicada pela Imprensa Oficial no dia 07 de maio de 2012.

Ainda em preliminar, pugnou pela concessão do seu efeito suspensivo, sob o argumento:

"A necessidade da Concessão do Efeito Suspensivo se fundamenta na relevância dos

¹Fls. 49/59.

²DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 1076 DE 19 DE ABRIL DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG – OCORRÊNCIA REGISTRADA NA OUVIDORIA DA AGENERSA. SOLICITAÇÃO DE LIGAÇÃO DE GÁS EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. OCORRÊNCIA N.º 524557.

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-12/020.590/2011, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,0005% (cinco 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 art. 17, inciso VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados na Ocorrência n.º 524557.

Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de advertência, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art.18, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001, de 04/09/2007, em razão da demora no atendimento às indagações feitas pela Ouvidoria desta AGENERSA.

Art. 4º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007.

Art. 5º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 19 de abril de 2012.

José Bismarck V. de Souza – Conselheiro-Presidente; Darcília Aparecida da Silva Leite – Conselheira Relatora; Moacyr Almeida Fonseca – Conselheiro; Roosevelt Brasil Fonseca – Conselheiro.



fundamentos que já foram e que serão expostos nos autos pela Concessionária - Fumus boni juris e na possível ineficácia da decisão final - periculum in mora."

No mérito, após breve apresentação dos fatos, salientou a pontualidade do caso em comento, bem como a inobservância dos princípios da insignificância, razoabilidade e proporcionalidade da pena aplicada, sob os seguintes fundamentos:

"(...)Explica-se, a Concessionária não pode ser penalizada da mesma forma nos casos em que atende o cliente, disponibilizando gás e nos caso em que o processo é julgado sem sequer o cliente ter sido atendido, deve haver uma dosimetria que aplique a sanção, de acordo com as particularidades de cada caso.

A Concessionária entende, inclusive, que no presente processo poderá ser aplicado o princípio da insignificância. Tal princípio é aplicado quando a conduta do agente, embora formalmente típica (subsunção do fato a norma), não atinge o bem jurídico tutelado suficientemente para que se possa concluir pela existência de irregularidade. (...)

Cumprе salientar, também, que o art. 17, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007, utilizado como fundamento legal para a aplicação de sanção no caso em questão, dispõe que sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, a Concessionária estará sujeita a aplicação de penalidade de multa, prevista no grupo II, determinando o inciso II, in verbis:





'Deixarem de atender pedido de fornecimento a consumidores.'

Tal fundamento legal para justificar a aplicação da sanção de multa, configura claro vício de motivação, uma vez que no processo em tela o cliente foi atendido. (...)

A Concessionária é certificada anualmente, o que demonstra o excelente índice de atendimento prestado a seus clientes, analisando-se o atendimento prestado de forma global e não pontualmente, como vem sendo feito por essa Agência, como no caso do procedimento em tela.

Assim, a CEG entende que essa Agência deverá considerar o cumprimento dessas metas, estabelecidas no próprio instrumento concessivo, quando do julgamento dos processo e, não tão somente, em caso pontuais, que não refletem a realidade dos atendimentos realizados pelas Concessionárias. (...)

Em princípio, cumpre ponderar que apesar da atribuição para fiscalizar o cumprimento do Contrato de Concessão, que envolve o atendimento aos usuários, a situação veiculada no presente processo, dentro do universo de clientes atendidos, não se mostra de tal magnitude a ensejar a avaliação pelo Órgão Regulador.

Ora, no universo de clientes atendidos pela CEG, que envolvem mais de 740 mil clientes, episódios isolados, como o aqui analisado, não

poderia ensejar tão pesada
penalidade. (...)” (Grifos no original)

Concluiu requerendo o provimento do Recurso, anulando-se a multa imposta no art. 1º da Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.076/12 por ausência de fundamentos que a justifique.

Através da Resolução do Conselho Diretor n.º 300³, o presente processo foi distribuído a minha relatoria.

Remetidos, os autos, à Procuradoria desta AGENERSA para manifestação quanto ao pedido de efeito suspensivo formulado, a mesma opinou⁴ pelo indeferimento, *in verbis*:

“(...)Analisando a peça de apelo, e fazendo o cotejo com o teor do voto do Relator e da deliberação recorrida, em que pesem os argumentos expendidos pela recorrente, não me parece possível o seu acolhimento, já que, além de desacompanhados das necessárias justificativas e comprovações, não se conformam às hipóteses previstas no citado § 2º, do art. 77 do Regimento Interno desta Autarquia, porquanto não vislumbro risco de perecimento de direito ou prejuízo para a prestação adequada do serviço público delegado. Opino, pois pelo **indeferimento do efeito suspensivo** e submeto, pois, a questão à apreciação e decisão de V. Sª, para posterior ciência à recorrente da decisão de deferimento ou não do requerido efeito ao recurso em tela. (...)” (Grifos no original)

³ Fls. 60.

⁴ Fls. 63.

Às fls. 64⁵, minha Assessoria comunicou o indeferimento do efeito suspensivo pleiteado pela Concessionária, conforme fundamentos da I. Procuradoria desta AGENERSA, presente no parecer de fls. 63.

Autos remetidos novamente ao corpo jurídico desta AGENERSA, para fins de manifestação quanto ao inteiro teor do Recurso, o mesmo, às fls. 65/70, exarou parecer:

"(...) Quanto às considerações feitas pela recorrente, reporto-me ao despacho da Câmara de Energia, de fls. 12, dos autos, pelo qual verifica-se o descumprimento do Anexo 2, Parte 2, Item 13 A do Contrato de Concessão. (...)

O devido processo legal foi rigorosamente observado, pois lhe foi assegurado prazo razoável para apresentar defesa e ter vista dos autos.

No uso de suas atribuições legais, procedendo à regulação e fiscalização dos serviços concedidos, A Agenersa editou a Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 01/2007 que 'Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pela Agência reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro - AGENERSA nas ações de fiscalização das obrigações legais e contratuais das Concessionárias CEG e CEG RIO e na aplicação de penalidade àquelas Concessionárias, quando for o caso', razão pela qual carecem de embasamento legal as alegações trazidas pela Concessionária. (...)

Cabe à Agenersa regular e fiscalizar a concessão dos serviços, e nesse diapasão

⁵ Ofício AGENERSA/CODIR/JB n.º 096/2012.



promover que a Concessionária cumpra os dispositivos contratuais, especialmente o item eficiência, conforme assinalado na Cláusula Primeira - Objeto do Contrato, § 3º, cuja fiel observância deve ser seguida, em sintonia com o princípio da obrigatoriedade dos contratos e da boa-fé contratual, sob pena de aplicação de sanções contratuais. fatos ocorridos dizem respeito à eficiência, que a concessionária deveria implementar quando da realização de suas obras. (...)

Quanto à alegação da aplicação do Princípio da insignificância entendo que este, além de não estar expresso em lei, é uma construção de Direito Penal, geralmente levado em consideração nos crimes contra o patrimônio, que tem como ponto de partida a concepção de que a privação de liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justifica quando indispensável para assegurar a incolumidade de todos os bens jurídicos essenciais à sociedade em face da agressão que contenha ao menos um mínimo de lesividade. (...)

Face ao exposto, opino pelo conhecimento do recurso, porque tempestivo, para no mérito lhe ser negado provimento, confirmando-se a Deliberação recorrida, pelos fundamentos do voto do Relator, bem como do parecer conclusivo desta Procuradoria, e o teor da manifestação técnica da CAENE, para que

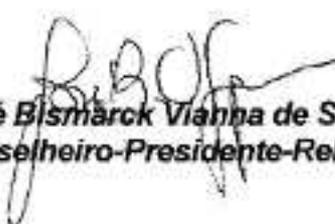


produza os devidos efeitos jurídicos. Pelo
prosseguimento do processo.

É o parecer."

Intimada⁶ a apresentar suas manifestações, a Concessionária CEG,
às fls. 77/78⁷, reiterou os termos do Recurso interposto.

É o relatório.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator

⁶ Fls. 71 e 76- Ofícios AGENERSA/CODIR/JB n.º 097 e 103/2012.

⁷ DIUR-E-1576/12, de 27 de agosto de 2012.

Processo n.º : E-12/020.590/2011
Data de autuação: 08/12/2011
Concessionária: CEG
Assunto: Ocorrência na Ouvidoria da AGENERSA. Solicitação de ligação de gás em estabelecimento comercial. Apuração de possível descumprimento de cláusula contratual. Ocorrência n.º 524557.

Sessão Regulatória: 31/10/2012

VOTO

Trata-se de Recurso interposto pela Concessionária CEG¹ em face da Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.076/2012, de 19 de abril de 2012².

Na presente Deliberação, este Conselho-Diretor aplicou a penalidade de multa no montante de 0,0005% (cinco décimos de milésimo por cento), em virtude do descumprimento contratual que originou a Ocorrência n.º 524557.

Às fls. 65/70, a Procuradoria desta Autarquia ofertou parecer pela manutenção da Deliberação recorrida, por entender que a mesma atende aos requisitos legais, e, por consequência, negando provimento ao Recurso.

¹Fls. 49/59.

²DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 1076 DE 19 DE ABRIL DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG – OCORRÊNCIA REGISTRADA NA OUVIDORIA DA AGENERSA. SOLICITAÇÃO DE LIGAÇÃO DE GÁS EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. OCORRÊNCIA N.º 524557.

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-12/020.590/2011, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,0005% (cinco 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 art. 17, inciso VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados na Ocorrência n.º 524557.

Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de advertência, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 18, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001, de 04/09/2007, em razão da demora no atendimento às indagações feitas pela Ouvidoria desta AGENERSA.

Art. 4º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007.

Art. 5º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 19 de abril de 2012.

José Bismarck V. de Souza – Conselheiro-Presidente; Darcila Aparecida da Silva Leite – Conselheira Relatora; Moacyr Almeida Fonseca – Conselheiro; Roosevelt Brasil Fonseca – Conselheiro.

[assinatura]

Instada a apresentar suas manifestações, a Recorrente reiterou os termos da peça Recursal pleiteando a anulação da multa imposta no art. 1º da Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.076/2012, de 19 de abril de 2012, tendo em vista a ausência de fundamento que a justifique.

Registro, em caráter preliminar, a tempestividade do presente Recurso, eis que o mesmo foi interposto dentro do prazo estatuído no Regimento Interno desta AGENERSA³.

Em relação ao efeito suspensivo pleiteado, indeferi⁴ o mesmo tomando como razão para decidir os fundamentos da Procuradoria no parecer de fls. 63.

Quanto ao mérito, manifesto meu desacordo com os argumentos apresentados pelas razões que passo a expor:

Como fundamento inicial, a Concessionária CEG entendeu que se trata de caso pontual que resta evidente face ao universo de clientes atendidos - "mais de 740 mil clientes".

Neste ponto, mostra-se relevante aduzir que a particularidade do caso em tela, como expõe a Concessionária CEG de forma equivocada, diga-se de passagem, não exclui a sua culpa, posto que tal fundamento não atua em consonância à supressão de responsabilidade.

Pugna ainda, a Concessionária, pela aplicação dos princípios da **insignificância**, **razoabilidade** e **proporcionalidade**, caso a Deliberação em apreço seja mantida, vez que entende pela não observação de tais princípios quando do julgamento do processo por este Conselho-Diretor.

Em relação, especificamente, ao princípio da **insignificância**, reporto-me ao parecer da Procuradoria desta Agência inserto às fls. 65/70 que, quando aborda o assunto, expõe que tal princípio:

"...além de não estar expresso em lei, é uma construção de Direito Penal, geralmente levado

³ Art. 61, Decreto n.º 38.618/2005. Independentemente do disposto no artigo 61 deste Decreto, caberá uma única vez, no prazo de 10 (dez) dias, recurso da parte inconformada ao próprio Conselho - Diretor.

⁴ Fls. 64 - Ofício AGENERSA/CDIRJUB N.º 098/2012.



em consideração nos crimes contra o patrimônio...Desta feita, o foco principal desse postulado de direito penal não é a pena pecuniária, mas sim as privativas de liberdade e restritivas de direito, o que não se coaduna com o fim almejado pela concessionária recorrente." (...)

No que se refere ao argumento da suposta ausência de **razoabilidade/proporcionalidade** na pena aplicada, utilizo-me, novamente, da orientação exarada pela Procuradoria (fls. 68), que se manifestou com clareza⁵ a respeito de ter sido observado aqueles princípios na decisão impugnada.

Nota-se, em análise dos autos, que o consumidor, após solicitação de fornecimento de gás em **janeiro de 2011** e abertura de ocorrência nesta AGENERSA em **31/08/2011**, somente teve seu **pedido atendido em 03/11/2011**, conforme resposta da Concessionária CEG encaminhada à Ouvidoria desta Agência em **07/12/2011**.

Ora, se acatamos os argumentos da Concessionária, a penalidade aplicada (0,0005% - cinco décimos de milésimo por cento), que julgo já estar no patamar mais reduzido possível, poderia ser revertida em valor irrisório ou advertência, o que, no meu entendimento, não seria razoável/proporcional.

A contar do pedido de fornecimento, conforme registro da ocorrência n.º 524557, **o usuário permaneceu sem a prestação do serviço por mais de 8 (oito) meses**, fato que faz cair por terra os argumentos apresentados pela Recorrente.

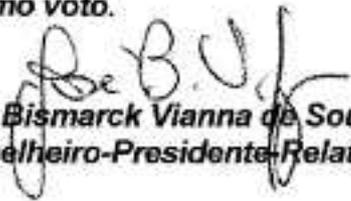
⁵“(…) Cabe à Agenersa regular e fiscalizar a concessão dos serviços, e nesse diapasão promover que a Concessionária cumpra os dispositivos contratuais, especialmente o item eficácia, conforme assinalado na Cláusula Primeira - Objeto do Contrato, § 3, cuja fiel observância deve ser seguida, em sintonia com o princípio da obrigatoriedade dos contratos e da boa-fé contratual, sob pena de aplicação de sanções contratuais. Os fatos ocorridos dizem respeito à eficiência, que a concessionária deveria implementar na prestação de serviço adequado aos usuários.(…) Razoável é, pois, a aplicação de penalidade pecuniária no valor estipulado pela Agenersa, para efeito pedagógico face ao patente descumprimento das obrigações previstas no contrato de concessão.(…)”



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

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA n.º 1.076/12, de 19 de abril de 2012, para no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a Deliberação recorrida.

É como voto.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator

DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 1245

DE 31 DE OUTUBRO DE 2012.

CEG - Ocorrência na Ouvidoria da AGENERSA. Solicitação de ligação de gás em estabelecimento comercial. Apuração de possível descumprimento de cláusula contratual. Ocorrência n.º 524557.

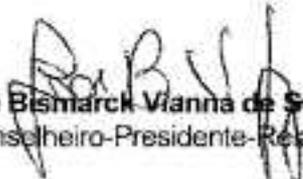
O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório n.º E-12/020.590/2011, por unanimidade,

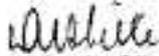
DELIBERA:

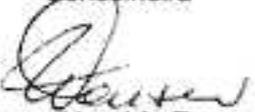
Art. 1º- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA n.º 1.076/12, de 19 de abril de 2012, por tempestivo, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a Deliberação recorrida.

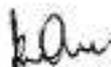
Art. 2º- A presente Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2012.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator


Darcília Aparecida da Silva Leite
Conselheira


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro