

Processo nº : E-12/020.482/2010

Data de autuação: 07/12/2010

Concessionária: CEG

Assunto: Instalação e Fornecimento de Gás Natural - Comercial.
Interessado: Café e Bar Londres do Méier Ltda. Ocorrência
517400 - RECURSO

Sessão Regulatória: 29 de janeiro de 2013

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso protocolizado nesta Agência em 05/11/2012 em face da Deliberação AGENERSA nº 1269/12¹ proferida nos autos do processo em questão, instaurado para tratar de ocorrência sobre demora no atendimento da CEG à instalação de gás, solicitada em agosto de 2010. O fornecimento do serviço ocorreu em 07/12/2010.

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1269

DE 27 DE SETEMBRO DE 2012

Concessionária CEG - Instalação e Fornecimento de Gás Natural - Comercial.

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-12/020.482/2010, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,0004% (quatro 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 nº 001/2007, devido aos fatos apurados no presente processo.

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

Art. 3º - A presente Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 27 de setembro 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



Preliminarmente, a Concessionária apontou a tempestividade uma vez que a Deliberação recorrida foi publicada em 23/10/2012, findando-se o prazo para interposição do recurso em 05/11/2012.

No mérito, após fez breve síntese dos fatos, mencionou que a finalidade do presente processo administrativo encontra-se exaurida uma vez que o interesse público foi atendido. Por esta razão, no máximo poderia ser aplicada a penalidade de advertência.

Ressaltou que a Concessionária não pode ser penalizada da mesma forma nos casos em que atende o cliente e nos casos em que o processo é julgado sem sequer o cliente ter sido atendido.

Trouxe, ainda, seu entendimento pela possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância "que é aplicado quando a conduta do agente, embora formalmente típica (subsunção do fato à norma), não atinge o bem jurídico tutelado suficientemente para que se possa concluir pela existência de irregularidade."

Ressalta a existência de vício de motivação uma vez que a aplicação de penalidade de multa se fundamenta no disposto no art. 17, I da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007² e, no caso em tela, o cliente foi atendido.

Menciona que, conforme exigência do Contrato de Concessão, é certificada anualmente pela ISO 9001, *"que estipula metas de qualidade e metodologias, com padrões internacionais, e, inclusive, tais metas de qualidade não correspondem a 100%, ou seja, admitem uma margem de erro, com base no princípio da razoabilidade e que a agência deverá considerar o cumprimento dessas metas, estabelecidas no próprio instrumento concessivo, quando do julgamento dos processos e, não tão somente, em casos pontuais, que não refletem a realidade dos atendimentos realizados pelas concessionárias."*

Aborda, ainda, a irrazoabilidade/desproporcionalidade da penalidade aplicada, pois, *"apesar da atribuição de fiscalizar o cumprimento do Contrato de Concessão que envolve o atendimento aos usuários, a situação veiculada no presente processo, pro sua notável pequenez dentro do universo de clientes atendidos, não se mostra de tal magnitude a ensejar a avaliação pelo Órgão Regulador. ora, no universo de clientes*

² 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:

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

atendidos pela CEG, que envolve mais de 800 mil clientes, episódios isolados como o aqui analisado, não poderia ensejar tão pesada penalidade. 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."

Ao final, requereu que seja dado provimento ao Recurso, para anular a multa imposta.

Na Reunião Interna realizada em 27 de novembro de 2012, o presente processo foi distribuído à minha relatoria e, por intermédio da minha assessoria, encaminhado à Procuradoria desta Agência para manifestação quanto ao recurso.

A Procuradoria desta AGENERSA, às fls. 73/76, relata que restou claro o descumprimento contratual por parte da Concessionária, por haver registros de que o cliente solicitou a instalação de gás em meados de 2010 e somente foi atendido em dezembro do mesmo ano. Ressaltou que a Concessionária juntou aos autos cópia do pedido de licenciamento, comprovando que apenas deu início às obras, aproximadamente, 4 meses após a solicitação. sendo assim, a alegação de atraso em razão das obras não merece prosperar.

Em atenção ao Princípio da Insignificância, descreve a impossibilidade de incidência no ramo do Direito Administrativo pois, além de não estar previsto em lei, é uma construção do Direito Penal, considerado nos crimes patrimoniais e *"tem como ponto de partida a concepção de que a privação da 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 de agressão que contenha ao menos um mínimo de lesividade."*

Aborda, ainda, *"que a penalidade é proporcional posto que fixada dentro dos parâmetros contratuais e destinada a compelir ao adimplemento das obrigações a par da gravidade da conduta, imposta pelos patamares previstos na Cláusula Dez do Contrato de Concessão e Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001 de 04/09/2007."*

Ao final, opinou pelo conhecimento e não provimento do Recurso.

Em razões finais, reiterou as respostas anteriores, bem como o Recurso interposto. Enfatizou que *"o medidor foi instalado e o fornecimento liberado em 07/12/2010. E que, apesar de existirem prazos fixados no Contrato de Concessão, tais prazos se aplicam para situações aonde não haja medidas adicionais ou prévias a serem adotadas. Já no caso em análise, que exigiu a realização de obra para a construção do ramal, o que se mostra imprescindível para o início do fornecimento, os prazos precisam ser alargados."* Acrescentou 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." Complementou os esclarecimentos, informando que não vislumbra qualquer possibilidade de aplicação de penalidade, pois as penalidades descritas na Cláusula Dez do Contrato somente são aplicáveis aos casos em que deixar de adotar, sem justa causa nos prazos fixados, as providências indicadas e requereu o julgamento do recurso com seu provimento.

É o relatório.


Luigi Troisi
Conselheiro-Relator

Processo nº : E-12/020.482/2010

Data de autuação: 07/12/2010

Concessionária: CEG

Assunto: Instalação e Fornecimento de gás natural - Comercial.
Interessado: Café e Bar Londres do Méier Ltda. Ocorrência
517400. - RECURSO

Sessão Regulatória: 29 de janeiro de 2013

VOTO

Trata-se de recurso tempestivo, protocolizado nesta Agência em 05/11/2012, em face da Deliberação AGENERSA nº 1269/12 que aplicou a penalidade de multa no valor de 0,0004% (quatro décimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração. A primeira solicitação de instalação de gás foi feita em junho de 2010 e o fornecimento liberado em 07/12/2010.

Em sua peça, a Concessionária abordou a possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância e a Certificação ISO 9001 que detém, além da pontualidade do caso.

Outro argumento apresentado foi a desproporcionalidade da multa, mencionando, novamente, a pontualidade do caso diante do universo de clientes atendidos e que a imposição da penalidade não está pautada na busca de um benefício em prol do interesse público.

O Anexo II, Parte 2, item 13 - A do Contrato de Concessão que dispõe acerca dos prazos de atendimento ao usuário, mais especificamente no que se refere ao prazo para execução de ramais, determina que este é de 30 (trinta) dias, estando incluído o prazo para licenciamento das municipalidades.

No caso em análise, a Concessionária apresentou cópia do licenciamento que comprova o início das obras, aproximadamente, quatro meses após a solicitação do cliente. Assim, a alegação de atraso em razão das obras não merece prosperar.

Saliento, ainda, que o Contrato de Concessão, em sua cláusula 1ª, § 3º¹, determina que o serviço deve ser prestado, obedecendo, dentre outros princípios, o da

¹ Cláusula 1ª - Objeto do contrato

O objeto do presente contrato é a exploração, pela CONCESSIONÁRIA, dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado no Estado do Rio de Janeiro, cujos termos da concessão foram aprovados pelo Decreto nº 23.227, de 12 de junho de 1997, publicado no Diário Oficial do Estado, parte I, pg. 1, edição de 13 de junho de 1997.

eficiência, assim como determina a Lei nº 8987/95 em seu art. 6º, §1º² que dispõe que o serviço adequado é o que satisfaz, dentre as condições elencadas, a da eficiência.

Quanto à aplicação do Princípio da Insignificância, este não incide no ramo do Direito Administrativo por não ter previsão legal, além de ser uma construção do direito Penal, levado em consideração nos crimes de natureza patrimonial. Os princípios a serem observados na prestação de serviço encontram-se enumerados no §3º da Cláusula Primeira do Contrato de Concessão e alinhados na lei nº 5427/09.

Ressalto que esta Agência Reguladora reconhece a importância da certificação de qualidade que detém a Concessionária, porém, este fato não pode ser capaz de inibir sua atuação e nem a aplicação de penalidade, pois, como bem relatado pela Procuradoria desta AGENERSA, em seu parecer, "o Contrato de Concessão prevê que a violação de suas cláusulas resultará na imposição de penalidades. Isto porque reconheceram as partes previamente, que esta seria uma medida necessária a impor a coerção da execução do Contrato. É medida necessária também no ponto de vista legal, tanto é assim que a cláusula relativa à penalidade é reconhecida como essencial ao Contrato de Concessão, como dispões o inciso VIII do art. 23 da lei de Concessões, lei 8987/95."

Quanto à irrazoabilidade/desproporcionalidade alegada pela Concessionária, esta improcede uma vez que, quando da sua aplicação, o Conselho Diretor o fez em observância ao lapso temporal decorrido entre a solicitação e a efetiva prestação, considerando-se que o prazo previsto é de 30 dias para a execução do ramal e, no caso em tela, a conclusão se deu quase cinco meses depois.

Pelo exposto, sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer do recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 1269/12 para, no mérito, negar-lhe provimento.

É o voto.


Luigi Troisi
Conselheiro relator

§3º Na prestação dos serviços a CONCESSIONÁRIA procurará sempre a satisfação de seus clientes, obedecendo os princípios da eficiência, regularidade, continuidade, segurança, qualidade, generalidade, atualidade, cortesia com os consumidores e modicidade das tarifas

² art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§1º serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

**AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ATO DO CONSELHO DIRETOR**

**DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº ¹⁴⁴⁸
DE 29 DE JANEIRO DE 2013**

**CONCESSIONÁRIA CEG - Instalação e Fornecimento de Gás
Natural - Comercial. Interessado: Café e Bar Londres do Méier
Ltda. Ocorrência 517400**

**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-12/020.482/2010, por unanimidade,**

DELIBERA:

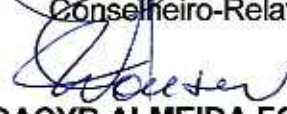
**Art.1º - Conhecer do Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da
Deliberação AGENERSA nº 1269/12 para, no mérito, negar-lhe provimento.**

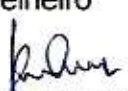
Art.2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 29 de janeiro de 2013


JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA
Conselheiro-Presidente


LUIGI TROISI
Conselheiro-Relator


MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro


ROOSEVELT BRASIL FONSECA
Conselheiro


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
Conselheiro