

Processo nº. : E-12/020.518/2011.
Data de autuação: 10/11/2011.
Concessionária: CEG.
Assunto: OUVIDORIA/AGENERSA com mais de 30 dias. Ocorrência nº 525055.
Sessão Regulatória: 29/01/2013.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA n.º 1.070¹, de 19/04/2012, integrada pela Deliberação AGENERSA n.º 1268², de 27/09/2012.

Preliminarmente, foi sustentado pela Concessionária a tempestividade da peça Recursal, tendo em vista que a Deliberação foi publicada, pela Imprensa Oficial, no dia 23/10/2012.

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1070 DE 19 DE ABRIL DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS. OCORRÊNCIA Nº 525055.

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 E-12/020.518/2011, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, devido ao descumprimento do disposto na Cláusula Quarta, caput, e §1º, Itens 4, 5, 9, 11 e 21 do Contrato de Concessão; com base na Cláusula Décima do instrumento concessivo, combinado com o art. 16, IV, e art. 18, I, ambos da Instrução Normativa nº. 01/2007, em razão dos fatos narrados no presente processo, relativos à reclamação da cliente e por não ter atendido o requerimento da Ouvidoria desta AGENERSA.

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. 01/2007.

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.
Rio de Janeiro, 19 de abril de 2012.

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA - Conselheiro-Presidente; DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE - Conselheira; MOACYR ALMEIDA FONSECA - Conselheiro-Relator; ROOSEVELT BRASIL FONSECA - Conselheiro.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1268 DE 27 DE SETEMBRO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS. EMBARGOS À DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1070/12.

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 E-12/020.518/2011, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária, porquanto tempestivos, para, no mérito, declará-los prejudicados, por perda do objeto, tendo em vista a republicação do dia 02/07/12, que corrigiu o erro material ocorrido na publicação da Deliberação AGENERSA nº 1070/12.

Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.
Rio de Janeiro, 27 de setembro de 2012.

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA - Conselheiro-Presidente; DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE - Conselheira; MOACYR ALMEIDA FONSECA - Conselheiro-Relator; ROOSEVELT BRASIL FONSECA - Conselheiro; LUIGI EDUARDO TROISI - Conselheiro.



No mérito, após apresentar breve síntese dos fatos, salientou, dentre outros argumentos, o descabimento a inobservância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade da sanção aplicada, utilizando como fundamento:

"(...)

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, por sua notável pequena 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 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.

Destarte, acreditando na 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 AGENERSA nº 1070/2012, integrada pela Deliberação Agenersa nº 1268/2012.

(...) "

Por fim, concluiu requerendo o provimento do Recurso para que determine a anulação da multa imposta no artigo 1º, da Deliberação AGENERSA n.º 1.070/12, integrada pela Deliberação AGENERSA n.º 1268/12.

Conforme Resolução do Conselho Diretor n.º 330³, o presente processo foi distribuído a minha relatoria.

Posteriormente, por intermédio de minha assessoria, remeti os autos à Procuradoria para manifestação quanto ao Recurso em apreço.

Ao se pronunciar, opinou a Procuradoria desta AGENERSA⁴:

"(...)

Da Violação aos Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade

Nessa linha de raciocínio, os parâmetros de aplicação de penalidades são de pleno conhecimento da Concessionária, o que torna inócua e desprovida de amparo legal a defesa apresentada.

A penalidade aplicada à Concessionária foi praticada de acordo com o instrumento concessivo, de forma criteriosa, observando o devido processo legal, cabendo tal prerrogativa ao Conselho Diretor da Agência Reguladora, segundo a Lei 4556/2005.

Ademais, houve sim comprovação da culpabilidade da Concessionária, de acordo com o estabelecido nos autos.

Ausência de Violação aos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade

³ Fls. 67.

⁴ Fls. 61/67.

(...)

A AGENERSA não tem a prerrogativa de eleger por si mesma a imposição ou não das sanções cabíveis. A violação da regra jurídica deve ser imposta uma sanção. Ora, se ao longo do presente processo a concessionária não diligenciou para cumprir o contrato, ao contrário pretende uma imposição unilateral, à revelia do poder concedente e da AGENERSA, a imposição da penalidade é necessária à restauração do contrato ao seu status quo em benefício da segurança dos serviços.

O exercício do juízo de proporcionalidade em sentido estrito, terceiro sub-princípio analisado, decorre da aferição e de valorações para a aplicação da própria medida em si. É a fixação dos parâmetros de imposição da medida restritiva. Logo, pode-se afirmar que a proporcionalidade é que permite um perfeito equilíbrio entre o fim e o meio empregado. É o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma.

Neste particular também é de reconhecer 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.

Em vista do exposto, entendemos que a Deliberação AGENERSA n.º 1070/2012, integrada pela Deliberação AGENERSA n.º 1268, deva ser mantida 'in totum', inclusive o seu artigo 1º."

Por intermédio de minha assessoria⁵, a Concessionária foi instada a apresentar manifestações quanto ao presente processo.

Através da DIJUR-E-021/2013, a Concessionária CEG teceu as seguintes considerações, *verbis*:

"(...)

No que tange ao mérito, a douta Procuradoria busca descaracterizar os apontamentos desta Concessionária que sustenta a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância no âmbito de atuação da administração pública.

Destarte, a CEG repisa seu entendimento trazendo à baila os doutos ensinamentos de Marcelo Harger, *in verbis*:

'O direito repudia a punição dos delitos de bagatela. Trata-se de noção que surgiu no Direito Penal, mas se propagou para os demais ramos do direito punitivo. (...) As lições extraídas do Direito Penal podem *mutatis mutandis* ser aplicadas também às demais penalidades. **Sérgio Ferraz e Adílson Abreu Dallari afirmam que o princípio é aplicável às penalidades administrativas** e ensinam que 'com esse rótulo se tem dito que é admissível infirmar a tipicidade de fatos que, por sua

⁵ Ofício AGENERSA/CODIR/JB 180/2012 e 002/2013.

inexpressividade, configuram ações de bagatela, despidas de relevância, traduzidas em valores lesivos ínfimos.'

Ora, resta clara a forma em que os doutos ensinamentos de tais correntes seguem no mesmo sentido do entendimento desta Concessionária, que reiteradamente aponta que os pontuais descumprimentos ao Contrato de Concessão não hão de ensejar a aplicação de penalidades, ainda sob a égide do princípio da legalidade administrativa.

Nesta inteligência, leciona Heraldo Garcia Vitta, como segue transcrito:

'Apesar da obrigatoriedade de ser imposta a penalidade pela Administração, conforme veremos, condutas que resultem danos ínfimos, irrisórios, podem ser desconsideradas como ilícitas. Trata-se de análise teológico-funcional da pena: se o Estado-Administração infligisse pena aos infratores dos denominados ilícitos de bagatela, traria somente desprestígio à potestade punitiva, em vez de fazer com que os súditos se ajustassem aos padrões do ordenamento, finalidade de toda sanção administrativa.'

Portanto, além de todo o exposto nos autos, a Concessionária CEG faz juntar os doutos ensinamentos aqui trazidos certa de que os mesmos hão de auxiliar o e. Conselho Diretor da AGENERSA a convergir neste entendimento,

culminando na revisão da Deliberação Recorrida
a fim de anular a penalidade de multa imposta.

Nestes termos em que aguarda deferimento, a
Concessionária CEG renova seus votos de elevada
estima e consideração por esta AGENERSA."

É o relatório.

[Assinatura]
José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator

Processo nº.: E-12/020.518/2011.
Data de autuação: 10/11/2011.
Concessionária: CEG.
Assunto: OUVIDORIA/AGENERSA com mais de 30 dias. Ocorrência n.º 525055.
Sessão Regulatória: 29/01/2013.

VOTO

Trata-se da análise de Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA n.º 1.070¹, de 19/04/2012, integrada pela Deliberação AGENERSA n.º 1.268², de 27/09/2012.

Na supracitada Deliberação AGENERSA n.º 1.070/12, este Conselho Diretor aplicou a penalidade de multa no montante de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) em virtude de descumprimento contratual que originou a Ocorrência n.º 525055.

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1070 DE 19 DE ABRIL DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS. OCORRÊNCIA Nº 525055.

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 E-12/020.518/2011, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, devido ao descumprimento do disposto na Cláusula Quarta, caput, e §1º, Itens 4, 5, 9, 11 e 21 do Contrato de Concessão; com base na Cláusula Décima do instrumento concessivo, combinado com o art. 16, IV, e art. 18, I, ambos da Instrução Normativa nº. 01/2007, em razão dos fatos narrados no presente processo, relativos à reclamação da cliente e por não ter atendido o requerimento da Ouvidoria desta AGENERSA.

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. 01/2007.

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

Rio de Janeiro, 19 de abril de 2012.

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA - Conselheiro-Presidente; DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE - Conselheira; MOACYR ALMEIDA FONSECA - Conselheiro-Relator; ROOSEVELT BRASIL FONSECA - Conselheiro.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1268 DE 27 DE SETEMBRO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS. EMBARGOS À DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1070/12.

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 E-12/020.518/2011, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária, porquanto tempestivos, para, no mérito, declará-los prejudicados, por perda do objeto, tendo em vista a republicação do dia 02/07/12, que corrigiu o erro material ocorrido na publicação da Deliberação AGENERSA nº 1070/12.

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

Rio de Janeiro, 27 de setembro de 2012.

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA - Conselheiro-Presidente; DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE - Conselheira; MOACYR ALMEIDA FONSECA - Conselheiro-Relator; ROOSEVELT BRASIL FONSECA - Conselheiro; LUIGI EDUARDO TROISI - Conselheiro.



Às fls. 61/67, a Procuradoria desta AGENERSA ofertou parecer opinando pelo conhecimento do Recurso, dada sua tempestividade, para, no mérito, negar-lhe provimento, confirmando-se a Deliberação recorrida.

Instada a apresentar suas manifestações, a Concessionária reiterou os argumentos da sua peça recursal, e pleiteou o provimento do Recurso interposto para que seja determinada a anulação da multa imposta no artigo 1º, da Deliberação recorrida.

Após breve histórico dos fatos, passo a análise do Recurso.

Preliminarmente, registro a tempestividade da peça Recursal, eis que a mesma foi interposta dentro do prazo estatuído no Regimento Interno desta AGENERSA³.

No mérito, não concordo com os argumentos apresentados pela Recorrente, senão vejamos.

A Concessionária alegou que a solicitação da cliente⁴ foi atendida de forma satisfatória, o que tornaria exaurida a finalidade do presente processo.

Nesse ponto, não há como prosperar o argumento da Concessionária, pois, em que pese a mesma ter prestado o serviço⁵, o mesmo fora realizado de forma extemporânea, o que resulta na violação do instrumento concessivo.

Ademais, o descumprimento contratual, por si só, já conduz um prejuízo, mesmo que mínimo, ao usuário.

Além disso, a prestação de um serviço fora do prazo estabelecido no Contrato de Concessão vai contra o conceito de serviço adequado⁶ que a Concessionária deve prestar aos usuários.

³ Art. 62, Decreto nº 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 Conselhor-Diretor.

⁴ Solução quanto ao vazamento de gás na residência da usuária.

⁵ Religação de fornecimento de gás.

⁶ Art. 6º, Lei nº 8.987/95. 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. (Grifei)

Outrossim, salientou a Concessionária pela incidência do princípio da insignificância, tendo em vista que, embora tenha havido a subsunção da conduta à norma, esta não atingiu o bem jurídico tutelado.

Torna-se evidente que, intimamente ligado ao Direito Penal, o referido princípio possui o condão de extinguir a tipicidade de uma conduta descrita como crime, e por isso não vejo sua aplicabilidade quando do descumprimento de uma cláusula contratual.

Registra-se, por necessário, que essa visão do tema já foi sedimentada por mim no voto do Processo E-12.020.450/2011.

Por fim, quanto ao argumento da suposta ausência de razoabilidade/proporcionalidade na penalidade aplicada, filio-me à orientação exarada pela Procuradoria de fls. 64/67, que denotou, com clareza, o respeito aos princípios na decisão impugnada.

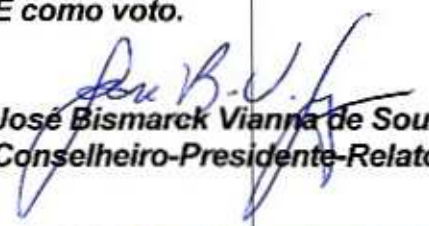
Ademais, se acatarmos os argumentos da Concessionária, a penalidade aplicada pela Deliberação recorrida - que entendo estar em consonância com os princípios supramencionados - poderia ser revertida em valor irrisório ou advertência, o que não é compatível com a ocorrência em apreço.

Sendo assim, presentes as razões expostas e examinando a Deliberação ora recorrida, constato que a mesma reflete, com absoluta fidelidade e consonância com os princípios aludidos.

Posto isto, sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA n.º 1.070, de 19/04/2012, integrada pela Deliberação AGENERSA n.º 1.268, de 27/09/2012, para no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a redação das deliberações recorridas.

É como voto.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1.040

DE 29 DE JANEIRO DE 2013.

**Concessionária CEG - OUVIDORIA/AGENERSA
com mais de 30 dias. Ocorrência nº 525055.**

**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 – 12/020.518/2011,
por unanimidade,**

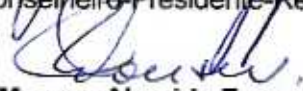
DELIBERA:

**Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação
AGENERSA nº 1.040, de 29 de março de 2012, para no mérito, negar-lhe provimento,
mantendo-se na íntegra a redação da Deliberação recorrida.**

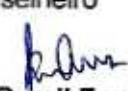
Art. 2º - A presente Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 29 de janeiro de 2013.

José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator



Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro



Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro



Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro



Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro