

Processo nº.: E-12/020.337/2012.
Data de autuação: 19/06/2012.
Concessionária: CEG.
Assunto: Ocorrências CEG com mais de 30 dias sem resposta.
Sessão Regulatória: 29/01/2013.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação n.º 1288¹, de 27/09/2012.

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

No mérito, após apresentar breve síntese dos fatos, salientou, dentre outros argumentos:

" (...)

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1288 DE 29 DE SETEMBRO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIAS CEG COM MAIS DE 30 DIAS SEM RESPOSTA.

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-12/020.337/2012, 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 nº. 001, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados na Ocorrência nº. 529.423.

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,0008% (oito 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, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados na Ocorrência nº. 529.611.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,00015% (quinze 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, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados nas Ocorrências nº. 529.605, 529.606 e 529.607.

Art. 4º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE, a lavratura dos correspondentes Autos de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 5º - 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 nº. 001, de 04/09/2007, em razão da demora no atendimento às indagações feitas pela Ouvidoria desta AGENERSA.

Art. 6º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 7º - A presente Deliberação entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 29 de setembro de 2012.

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

II.2 - Do Descabimento das Penalidades Aplicadas - Caso Fortuito

Insta consignar que, ao longo da instrução processual, dentre outros motivos para demora na construção dos ramais, a Concessionária apontou a explosão ocorrida no restaurante Filé Carioca, em função da utilização insegura de cilindros de GLP.

Tal acidente provocou um pânico geral e, por via de consequência um incremento muito grande e inesperado na quantidade de solicitações de gás natural.

(...)

Assim, evidente que a explosão no restaurante filé carioca tratou-se inequivocamente de caso fortuito, excluindo a responsabilidade da Concessionária quando do aumento totalmente imprevisível da demanda e, por via de consequência, excluindo eventual responsabilidade de atraso na construção dos ramais, pelo que devem as penalidades aplicadas serem revistas.

II.3 - Do Pronto Atendimento aos Clientes

Conforme já esclarecido nos autos, todos os ramais foram devidamente construídos pela Concessionária, configurando o pronto atendimento aos clientes, excluída eventual responsabilidade da CEG por caso fortuito, conforme acima explanado.

Não obstante isso, importante observar, ainda, que dentro do universo de clientes existentes na base dessa Concessionária, apenas foi relatado por essa Agência, no presente processo, um caso de 5 (cinco) clientes para os quais a CEG teria demorado a construir o ramal, mas, em que pese isso, os mesmos já se encontram devidamente atendidos.

Assim, a conduta diligente da Concessionária deveria ter sido observada quando da aplicação da pena, em primazia ao princípio da razoabilidade.

(...)

Assim, a CEG entende que essa 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.

Não obstante o exposto, como passaremos a ver, a penalidade de multa imposta não merece prevalecer, por se afigurar irrazoável e desproporcional.

II.2 - Da Irrazoabilidade/Desproporcionalidade das penalidades aplicadas

Ora, mesmo que não estivesse a Concessionária envidado todos os esforços necessários para realizar o atendimento aos clientes, o que, frise-se não está ocorrendo in casu, não se

mostraria razoável a imposição de penalidade de multa regulatória.

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 insignificância 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, episódios isolados, como o aqui analisado, não poderiam 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.

Destante, 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 1288/2012.

(...) (Grifos no Original)

Por fim, concluiu a Concessionária requerendo o provimento do Recurso para que determine a anulação das multas impostas nos artigos 1º, 2º e 3º da Deliberação AGENERSA N°. 1.288/12.

Conforme Resolução do Conselho Diretor n.º 330², 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 AGENERSA:

"(...)

II - Fundamentação Jurídica

Portanto, comprovado nos autos, que a RECORRENTE descumpriu os prazos previstos no contrato de concessão, o que gera aplicação de penalidade, nos termos da Cláusula Décima do Contrato de Concessão e da IN nº 001/2007.

Quanto ao alegado aumento da demanda em virtude da explosão no restaurante Filé Carioca em 13/10/2011, esta deve ser rechaçada, a uma, a concessionária não trouxe aos autos prova do suposto aumento da demanda, a duas, a explosão ocorreu dois meses antes das solicitações noticiadas nos autos, tempo suficiente para adequação dos procedimentos da concessionária.

(...)

Em razão disso, cumpre observarmos que a Concessionária tem pleno conhecimento da legislação pertinente à regulação/fiscalização, materializada principalmente no instrumento concessivo.

(...)

² Fls. 67.

Quanto à alegação da aplicação do Princípio da Insignificância, a Procuradoria tem se manifestado no sentido da não aplicação do referido princípio no âmbito do direito regulatório, uma vez que, 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 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. 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.

(...)

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.

(...)

E concluiu opinando pelo conhecimento do recurso, dada sua tempestividade, para, no mérito, negar-lhe provimento, confirmando-se a Deliberação recorrida.

Por intermédio de minha assessoria³, a Concessionária foi instada a apresentar razões finais quanto ao processo em análise.

Através da DIJUR-E-070/2013, 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 Adilson 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 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

³ Ofício AGENERSA/CODIR/JB 001/2013.

sentido do entendimento desta Concessionária, que reiteradamente aponta que os pontuais descumprimentos ao Contrato de Concessão não dão ensejo à 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.'

Além de claras, as lições doutrinárias dos mestres citados engrossam o entendimento desta CEG no sentido de que além de insignificantes perante o vasto número de atendimentos prestados ao universo de clientes desta Delegatária, do mesmo modo mostra-se desarrazoável a manutenção da multa atacada.

Portanto, além de todo o exposto nos autos, a Concessionária CEG faz juntar os doutos ensinamentos aqui trazidos certa de que os mesmos não 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.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator

Processo nº. : E-12/020.337/2012.
Data de autuação: 19/06/2012.
Concessionária: CEG.
Assunto: Ocorrências CEG com mais de 30 dias sem resposta.
Sessão Regulatória: 29/01/2013.

VOTO

Trata-se de Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA n.º 1.288¹, de 27/09/2012.

Na referida Deliberação, este Conselho Diretor aplicou as seguintes penalidades:

- i) multa no montante de 0,0005% (cinco décimos de milésimo por cento) em virtude de descumprimento contratual que originou a Ocorrência n.º 529.423;

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1288 DE 29 DE SETEMBRO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIAS CEG COM MAIS DE 30 DIAS SEM RESPOSTA.

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-12/020.337/2012, 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 nº. 001, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados na Ocorrência nº. 529.423.

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,0008% (oito 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, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados na Ocorrência nº. 529.611.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,00015% (quinze 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, de 04/09/2007, devido aos fatos apurados nas Ocorrências nº. 529.605, 529.606 e 529.607.

Art. 4º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE, a lavratura dos correspondentes Autos de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 5º - 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 nº. 001, de 04/09/2007, em razão da demora no atendimento às indagações feitas pela Ouvidoria desta AGENERSA.

Art. 6º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 7º - A presente Deliberação entra em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 29 de setembro de 2012.

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



ii) multa no montante de 0,0008% (oito décimos de milésimo por cento) em virtude de descumprimento contratual que originou a Ocorrência n.º 529.611;

iii) multa no montante de 0,0015% (quinze décimos de milésimo por cento) em virtude de descumprimento contratual que originou as Ocorrências n.ºs 529.605, 529.606 e 529.607;

iv) advertência, em razão da demora no atendimento às indagações feitas pela Ouvidoria desta AGENERSA.

Às fls. 69/76, a Procuradoria desta AGENERSA ofertou parecer opinando pelo conhecimento do Recurso interposto, 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 AGENERSA².

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

A Concessionária alegou que o não atendimento aos clientes teve como uma das justificativas o aumento imprevisível da demanda dos seus serviços, em decorrência do acidente que ocasionou a explosão do restaurante Filé Carioca.

Contrargumentando o posicionamento da Concessionária, a Procuradoria desta AGENERSA salientou que o referido fundamento deveria ser desconsiderado, eis que não foi demonstrado nos autos prova do suposto aumento

² 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.



da demanda, bem como o fato de a explosão ter ocorrido dois meses antes das solicitações noticiadas, o que seria tempo suficiente para adequação dos procedimentos da Concessionária.

Ainda no mérito, a Concessionária destacou que o atendimento aos clientes teria o condão de, por si só, excluir a responsabilidade imputada.

Nesse ponto, não há como prosperar o referido argumento, pois, em que pese a realização das construções dos ramais, as mesmas foram realizadas de forma extemporânea, o que resultaria na violação do instrumento concessivo.

Além disso, a prestação de um serviço fora do prazo estabelecido no Contrato de Concessão vai contra o conceito de serviço adequado³ que a Concessionária deve prestar aos seus usuários.

Outrossim, sustentou 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.

Registro, 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 pena aplicada, filio-me, novamente, à orientação exarada pela Procuradoria de fls. 65/67, que denotou, com clareza, o respeito aos princípios da decisão impugnada.

Ademais, se acatarmos os argumentos da Concessionária, as penalidades aplicadas pela Deliberação recorrida - que entendo estarem em

³ 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)

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 1.288, de 27/09/2012, para no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a redação da Deliberação.

É como voto.

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1452

DE 29 DE JANEIRO DE 2013.

**Concessionária CEG - Ocorrência CEG com mais
de 30 dias sem resposta.**

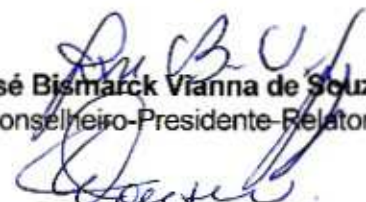
**O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA**, no uso de suas atribuições legais
e regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E – 12/020.337/2012,
por unanimidade,

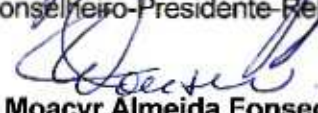
DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação
AGENERSA n.º 1.288, de 27/09/2012, 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


Sílvia Carlos Santos Ferreira
Conselheiro

*sub a mundo
a quem
H 301-5*

Serviços Público Estadual
Processo nº E-12/020.337/2012
Data 19 de 12/12 Fls.: 99 100
Rubrica 