

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1127

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1127

DE 19 DE JUNHO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA DA AGENERSA. APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. OCORRÊNCIA Nº. 525772.

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-12/020.611/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º. Conhecer o recurso contra a Deliberação AGENERSA nº. 1041, de 29/03/2012, por ser tempestivo, e, no mérito, negar-lhe provimento mantendo-se incólume a Deliberação.

Art. 2º. Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 19 de junho de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro - Presidente

Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira

Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro

Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro - Relator

Processo nº: E- 12/020.611/2011
Autuação: 09/12/2011
Concessionária: CEG
Assunto: Ocorrência na Ouvidoria da
AGENERSA. Apuração de Possível
descumprimento de Cláusula
contratual. Ocorrência nº 525772.
Sessão Regulatória: 19 junho de 2012

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto pela Concessionária CEG contra a Deliberação AGENERSA nº. 1041/12¹.

¹ "DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1041 DE 29 DE MARÇO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA DA AGENERSA. APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. OCORRÊNCIA Nº. 525772.

O CONSELHO-DIRETOR DA AGENCIA 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-12/020.611/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,0004 % (quatro décimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, devido ao descumprimento do disposto na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 16, I, 17, VI e 18, I, todos da Instrução Normativa nº. 01/2007, em razão dos fatos narrados no presente processo, relativos ao atendimento do usuário e a 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. 001/2007.

Art.3º - Determinar que a Concessionária, no prazo de 05 (cinco) dias, remeta o estudo por ela realizado ao cliente, convidando-o a participar do investimento, a teor do item 1, do §1º, da Cláusula Quarta do Contrato de Concessão, em razão da inviabilidade econômica para fornecimento de gás natural em seu imóvel, visando com isso atingir as condições de rentabilidade garantidas contratualmente e de tudo encaminhando cópia a esta AGENERSA no prazo de 10 (dez) dias.

Art.4º - Determinar que a Ouvidoria comunique ao cliente da decisão desta Agência Reguladora.

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

Rio de Janeiro, 29 de março de 2012.

Em sua peça recursal a Concessionária alega, em preliminar, a tempestividade do recurso, uma vez "(...) que a *Deliberação AGENERSA nº 1041/2012 foi publicada em 18 de abril de 2012, o prazo para interposição de Recurso venceria em 30 de abril de 2012. Sendo o dia 02/05/2012 (quarta-feira), o primeiro dia útil subsequente. (...) No entanto, como tal data não houve expediente ordinário na AGENERSA é a data de 01/05/2012 trata-se de feriado em todo o território nacional, por força do art. 67, §1º, da Lei nº. 5427, de 01 de abril de 2009, que estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, prorrogado foi o derradeiro dia de prazo até o primeiro dia útil subsequente, ou seja, 02/05/2012.*"

Requer, com o fundamento do risco de prejuízo de difícil e incerta reparação, a concessão do efeito suspensivo "(...) para sobrestar os efeitos da *Deliberação AGENERSA nº 1041/2012, no que tange à multa imposta em art. 1º, ante a necessidade de se conferir a 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.*"

Aduz, entre outros, "(...) que a concessão do efeito suspensivo deverá ser providência automática, na medida em que é inexequível a exigência do pagamento da multa aplicada pela AGENERSA antes da decisão final administrativa."²

No mérito, faz breve síntese dos fatos, informando que "O presente *Processo Regulatório foi iniciado através da REQ AGENERSA/ SECEX nº. 364, de 09/12/11, em razão da CI OUID Nº. 090/2011, de 08/12/11, por meio do qual apresenta listagem das ocorrências com mais de 30 dias e ainda sem resposta das Concessionárias.*"

Informa que, "A Concessionária se manifestou, às fls. 11-13, de modo a *informar que se mostrou inviável a instalação de gás canalizado, conforme solicitação do cliente, haja vista que para haver este abastecimento, seria necessária a construção de ramal em travessia.*"

Esclarece que na mesma oportunidade, quanto à possibilidade de co-participação prevista no Contrato de Concessão, a CEG informou que, por meio da carta DIJUR-E-1858/11, de 26/09/11, apresentou termo de compromisso para construção de rede e ramal, bem como, modelo de estudo de viabilidade econômica e proposta de investimentos por parte dos clientes, para que esta Agência possa homologar a adoção do referido procedimento e o

José Bismarck Vianna de Souza - Conselheiro-Presidente ; Darcilia Aparecida da Silva Leite - Conselheira; Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro- Relator; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro."

² Grifo como no original.

mesmo passe a ser adotado, em linha com o entendimento do Órgão Regulador.

Por fim, alicerça seu inconformismo em relação a multa aplicada no artigo 1º da Deliberação 1041/2012, com sua "tese" de que todas as propostas de co-participação de investimento por parte de clientes devem atender a padrões estabelecidos por esta Agência, tendo submetido tal procedimento ao crivo dessa, por meio da carta DIJUR-E-1858/11, de 26/09/11, restando sem manifestação definitiva até o momento.

Conclui requerendo ao Conselho Diretor o provimento do Recurso apresentado, concedendo o efeito suspensivo, e posteriormente, seja anulada a sanção de multa aplicada na Deliberação 1041/2012, em seu art. 1º, ou, caso assim não entenda possível, seja a mesma multa substituída pela sanção de advertência.

Às fls. 41 consta cópia da Resolução do Conselho - Diretor nº 298, indicando a redistribuição do Recurso para a minha relatoria e, encaminhados os autos à Procuradoria, o parecer de fls. 46/47, em síntese, não vislumbra os requisitos para a concessão do efeito suspensivo, opinando-se pela sua rejeição.

Às fls. 49, e-mail de minha Assessoria comunicando à Concessionária, despacho de fls. 48, no qual indeferi o pleito de atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Em parecer conclusivo, a Procuradoria preliminarmente, quanto ao pedido de efeito suspensivo, demonstra a clara ausência de probabilidade de ocorrência de perigo de dano irreparável à execução do contrato de concessão, não oferecendo risco de lesão ao direito da Recorrente, não vislumbrando ainda, suspeita de ilegalidade dos respectivos atos administrativos, sugerindo seu indeferimento.

Sobre o mérito, a Procuradoria dissertando sobre princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e sua aplicação aos presentes autos, demonstra detalhadamente a legalidade dos atos neles contidos.

Registra que 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 à impor a coerção da execução do contrato. É medida necessária também do ponto de vista legal, tanto é assim que a cláusula relativa à penalidade é reconhecida como essencial ao contrato de concessão, como dispõe o inciso VIII do art. 23 da Lei de Concessões, Lei 8987/95."

Observa que "(...)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 presente processo a

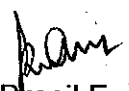
concessionária não diligenciou para cumprir o contrato, ao contrário pretende uma imposição unilateral, à revelia do poder concedente e da AGENERSA, a imposição da penalidade é necessária à restauração do contrato ao seu status quo em benefício da segurança dos serviços."

Reconhece 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 da Cláusula Dez do Contrato de Concessão.

Conclui que, "Com base no exposto, observa-se que a Deliberação guerreada atende aos requisitos legais, razão pela qual deve ser mantida, com a rejeição da Preliminar apresentada e, conseqüentemente no Mérito, improvida a Defesa apresentada pela Concessionária CEG. (Recorrente)."

Até o fechamento desse relatório a Concessionária não protocolou sua manifestação em Razões Finais.

É o relatório.


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro-Relator

Processo nº: E – 12/020.611/2011
Autuação: 09/12/2011
Concessionária: CEG
Assunto: Ocorrência na Ouvidoria da
AGENERSA. Apuração de possível
descumprimento de cláusula
contratual. Ocorrência nº 525772.
Sessão Regulatória: 19 de junho de 2012

VOTO

Trata-se de apreciar Recurso interposto pela CEG em face da Deliberação nº 1041/2012¹, no qual a Concessionária requer a concessão de

¹ "DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1041

DE 29 DE MARÇO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA DA AGENERSA. APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. OCORRÊNCIA Nº. 525772.

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-12/020.611/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,0004 % (quatro décimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, devido ao descumprimento do disposto na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com o art. 16, I, 17, VI e 18, I, todos da Instrução Normativa nº. 01/2007, em razão dos fatos narrados no presente processo, relativos ao atendimento do usuário e a 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. 001/2007.

Art.3º - Determinar que a Concessionária, no prazo de 05 (cinco) dias, remeta o estudo por ela realizado ao cliente, convidando-o a participar do investimento, a teor do item 1, do §1º, da Cláusula Quarta do Contrato de Concessão, em razão da inviabilidade econômica para fornecimento de gás natural em seu imóvel, visando com isso atingir as condições de rentabilidade garantidas contratualmente e de tudo encaminhando cópia a esta AGENERSA no prazo de 10 (dez) dias.

Art.4º - Determinar que a Ouvidoria comunique ao cliente da decisão desta Agência Reguladora.

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

efeito suspensivo, a anulação da multa imposta no art. 1º, ou sua substituição pela sanção de Advertência.

Em sua peça recursal, a Concessionária preliminarmente aduz a tempestividade do recurso e requer a concessão de efeito suspensivo ao mesmo.

No mérito, faz breve histórico processual, passando, em seguida, a apresentar sua discordância quanto a multa aplicada por meio do artigo 1º, da Deliberação nº. 1041/12.

Para tanto, apenas volta a defender o entendimento que, todas as propostas de co-participação de investimento por parte de clientes, devem atender a padrões estabelecidos por esta Agência, não incorrendo a Concessionária, em função disso, em deliberado descumprimento, mas sim em excesso de zelo pela ordem jurídica e administrativa das relações que detém com seus clientes.

Em razões finais, às fls. 77/78², reiterou seus argumentos e pedidos formulados em sua peça recursal.

Preliminarmente, registro a tempestividade do presente recurso, protocolado dentro do prazo Regimental.

No que tange ao efeito suspensivo, indeferi o pleito formulado pela Concessionária corroborando com os fundamentos da Procuradoria às fls. 46/47, mormente porque inexistente o prejuízo de difícil ou incerta reparação.

No mérito, os argumentos da Concessionária apresentam-se inconsistentes diante dos pareceres técnicos exarados ao longo dos autos.

Isso porque as provas carreadas ao feito são suficientes para concluir pelo descumprimento de cláusula contratual por parte da Concessionária, em razão dos fatos narrados, relativos ao atendimento do usuário e a Ouvidoria desta Agência.

Vislumbra-se, portanto, que a CEG apenas reitera os fundamentos alegados no curso do processo, cujos fatos e provas foram corretamente analisados e culminaram, entre outros, na aplicação da penalidade de multa.

Rio de Janeiro, 29 de março 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 Apresentadas após o fechamento do relatório.

Quanto a ausência de razoabilidade³ da pena aplicada, utilizo-me dos fundamentos esposados pela Procuradoria às fls. 52/57 para rechaçar o pedido de **anulação** da sanção pecuniária, bem como, sua substituição por sanção de Advertência.

Assim, opinou a Procuradoria, às fls. 55:

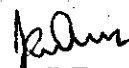
"Neste particular também é de reconhecer que a penalidade é proporcional posto que fixada dentro dos parâmetros contratuais e destinada a compelir ao adimplemento das obrigações a par da gravidade da conduta, imposta pelos patamares previstos na Cláusula Dez do Contrato de Concessão".

Por tais razões, entendo por não prosperar o recurso da Concessionária.

Do exposto, proponho ao Conselho Diretor:

- 1) Receber o recurso contra a Deliberação AGENERSA nº 1041, de 29/03/2012, por ser tempestivo, e, no mérito, negar-lhe provimento mantendo-se incólume a Deliberação.

Assim voto.


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro-Relator

³ "(...) a **razoabilidade** relaciona-se a viabilização do exercício concreto do direito de defesa o qual, já demonstrado acima, não foi violado, posto que toda a oportunidade de manifestação foi deferida à Recorrente (...)" (meu grifo).

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1127

**CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA
NA OUVIDORIA DA AGENERSA.
APURAÇÃO DE POSSÍVEL
DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA
CONTRATUAL. OCORRÊNCIA Nº 525772.**

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-12/020.611/2011, por unanimidade.

DELIBERA:

Art.1º. Conhecer o recurso contra a Deliberação AGENERSA nº 1041, de 29/03/2012, por ser tempestivo, e, no mérito, negar-lhe provimento mantendo-se incólume a Deliberação.

Art. 2º. Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 19 de junho de 2012.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro Presidente


Darcília Aparecida da Silva Leite
Conselheira


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator