

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1210

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1210

DE 28 DE AGOSTO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - FORNECIMENTO DE GÁS. APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA DA AGENERSA Nº. 518732.

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-12/020.569/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º - Conhecer do recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 1075/12 de 19 de abril de 2012 para, no mérito, negar-lhe provimento;

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

Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza

Conselheiro - Presidente

Darcilia Aparecida da Silva Leite

Conselheira

Luigi Eduardo Troisi

Conselheiro - Relator

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro

Processo nº : E-12/020.569/2011

Data de autuação: 02/12/2011

Concessionária: CEG

Assunto: Fornecimento de gás. apuração de possível descumprimento de cláusula contratual. ocorrência na Ouvidoria da AGENERSA nº 518732 - RECURSO

Sessão Regulatória: 28 de agosto de 2012

RELATÓRIO

Trata-se de recurso protocolizado nesta Agência em 17/05/2012 em face da Deliberação AGENERSA nº 1075/12¹ proferida nos autos do processo em questão, instaurado para tratar de reclamação sobre demora no atendimento da CEG à solicitação de gás que foi aberta em 14 de dezembro de 2010, tendo o fornecimento sido liberado em 12/09/2011.

Preliminarmente, a Concessionária apontou a tempestividade uma vez que a deliberação recorrida foi publicada em 07/05/2012, findando-se o prazo para interposição

1DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1075 DE 19 DE ABRIL DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - FORNECIMENTO DE GÁS. APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA DA AGENERSA Nº. 518732.

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-12/020.569/2011, por unanimidade, DELIBERA:

Art.1º - 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 I da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, devido ao descumprimento do prazo de 30 (trinta) dias para execução de ramal, conforme previsto no Contrato de Concessão, em seu Anexo II - Requisitos de Qualidade e Segurança dos Serviços, Parte 2 - Serviços aos Usuários/Prazos de Atendimento, item 13 - Prazo de Atendimento aos Usuários, Letra "A" - Serviços Obrigatórios.

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

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

Art. 4º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007.

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

Rio de Janeiro, 19 de abril de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza -Conselheiro -Presidente, Darcilia Aparecida da Silva Leite - Conselheira - Relatora, Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro, Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro

do recurso em 17/05/2012. Requereu, ainda, a concessão do efeito suspensivo *"ante a necessidade de se conferir à Concessionária o direito ao exercício das garantias ao contraditório e à 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."*

No mérito, fez breve resumo dos fatos, relatando que a instauração do presente se deu para analisar a ocorrência nº 518.732, onde a Ouvidoria da AGENERSA questiona suposta demora no atendimento de solicitação de gás feita pelo Sr. Edmilson no bairro de Bonsucesso. A Ouvidoria questiona, ainda, que, em 29/09/2011, enviou à CEG "sns" (solução não satisfatória), que somente teria sido respondida quase dois meses depois. Em decorrência disso, o Conselho Diretor, quando do julgamento, proferiu a Deliberação nº 1075/12, citada anteriormente (equivocadamente numerada como 712/2011 no recurso). *"A Concessionária esclareceu nos autos que o cliente teve seu fornecimento de gás liberado, em 12/09/2011 e que eventual demora na disponibilização do serviço ocorreu em função da necessidade de realização de estudo de viabilidade econômica, bem como, da realização de obras para a construção do ramal externo que, por vezes, podem demorar mais do que o normal. Desta forma, cabível entender que a finalidade do presente processo administrativo encontra-se exaurida uma vez que o interesse público foi atendido quando do fornecimento de gás ao cliente."* Ressalta que dentro do universo de clientes existentes na base da concessionária apenas foi relatado por essa agência um caso de suposta demora no fornecimento de gás ao cliente, sem qualquer tipo de reincidência e que concluiu a obra para construção do ramal externo com a disponibilização de gás ao cliente. Sendo assim, no máximo, poderia lhe ser aplicada penalidade de advertência porque a aplicação de multa seria demasiado excessiva e desproporcional, além de não poder ser penalizada da mesma forma nos casos em que atende o cliente e nos casos em que não atende. Traz ainda seu entendimento de ser possível a aplicação do princípio da insignificância, pois este 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"* e traz decisão proferida pela 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em julgamento de *habeas corpus*.

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.

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

Aborda, ainda, a irrazoabilidade/desproporcionalidade da penalidade aplicada, pois, ainda que *"houvesse a concessionária demorado demasiadamente no atendimento, o que, frise-se, não ocorreu in casu, considerando que o que atrasou o fornecimento de gás foi a necessidade de realização de obra para construção do ramal externo, não se mostraria razoável a imposição de penalidade de multa regulatória. (...) Neste 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."*

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."*

Ao final, requereu a concessão do efeito suspensivo e que seja dado provimento ao recurso para anular a multa imposta no art. 1º da deliberação AGENERSA nº 1075/12 ou, alternativamente, convertê-la em advertência.

Na reunião interna realizada em 21 de maio 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 opinou pelo indeferimento do efeito suspensivo uma vez que o requerimento encontra-se desacompanhado das necessárias justificativas e comprovações, não estando em conformidade com as hipóteses previstas no art. 77, §2º do regimento interno desta autarquia, além de não ter sido vislumbrado risco de perecimento de direito ou prejuízo para a prestação adequada do serviço público delegado.

A Concessionária foi informada, por meio do Ofício AGENERSA/LT nº 009/2012 acerca do indeferimento do efeito suspensivo.

Autos encaminhados à Procuradoria desta agência para novo pronunciamento, em que se reportou ao parecer proferido pela CAENE em que se verifica o descumprimento do Anexo 2, Parte 2, Item 13 A do contrato de concessão e reiterou que não há que se falar em cerceamento de defesa pois a Concessionária teve ampla oportunidade de manifestação e de participar efetivamente do processo. Ressaltou a existência da Instrução normativa AGENERSA/CD nº 001/2007 editada no uso das atribuições legais desta autarquia, procedendo à regulação e fiscalização dos serviços concedidos e que a Concessionária tem pleno conhecimento da legislação pertinente.

Mencionou que o serviço público deve ser prestado adequadamente e com eficiência em razão do que determina a lei nº 8987/95, em seu art. 6º, §1º, bem como a cláusula 1ª, §3º do contrato de concessão, *"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."*

Em razões finais, reiterou as respostas anteriormente encaminhadas a AGENERSA, bem como o recurso interposto e requereu o julgamento com o devido provimento.

É o relatório.


Luigi Troisi
Conselheiro-Relator

Processo nº : E-12/020.569/2011

Data de autuação: 02/12/2011

Concessionária: CEG

Assunto: Fornecimento de gás. Apuração de possível descumprimento de cláusula contratual. Ocorrência na Ouvidoria da AGENERSA nº 518732 - RECURSO

Sessão Regulatória: 28 de agosto de 2012

VOTO

Trata-se da análise de recurso tempestivo interposto pelo Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 1075, de 19 de abril de 2012, que formalizou o entendimento do Conselho Diretor em aplicar a penalidade de multa no montante de 0,0008% (oito décimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração em razão do descumprimento do prazo de 30 (trinta) dias para execução de ramal.

Preliminarmente, requereu a concessão do efeito suspensivo e adentrou no mérito, fazendo breve síntese dos fatos. Alegou que o interesse público foi atendido quando do fornecimento de gás ao cliente, além de ser o caso pontual. Manifesta-se, ainda, no sentido de não poder ser penalizada da mesma forma que nos casos em que não atende o cliente, cabendo, no máximo, a aplicação da penalidade de advertência.

Ressalta a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, fundamentado em acórdão proferido pela 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça.

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

No caso em tela, a solicitação de gás originária se deu em 14/12/2010 e seu atendimento, em 12/09/2011, quase nove meses depois.

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.

Notório é que, por questões procedimentais, pode vir a existir a necessidade de extensão do prazo por questões alheias à Concessionária e tal deve ser observado por demonstrar que não se manteve inerte. No presente processo, a defesa creditou o atraso à necessidade da realização de estudo de viabilidade econômica e da realização de obra para a execução de ramal externo, sendo esta dependente de diversos licenciamentos junto a órgãos públicos. Entretanto, ao ser solicitada cópia dos protocolos dos pedidos de licenciamento, relatou que não foram necessários por se tratar de vila e não de logradouro público.

Então, a demora em cumprir o prazo estipulado no Instrumento Concessivo não apresenta qualquer justificativa, devendo à Concessionária ser aplicada penalidade face ao descumprimento do que fora pactuado com o Poder Concedente.

Quanto ao princípio da insignificância, deve-se considerar que este possui aplicabilidade na esfera penal para crimes de natureza patrimonial o que não é o caso. Os princípios a serem observados na prestação de serviço encontram-se enumerados no §3º da cláusula primeira do contrato de concessão¹, logo, carece de respaldo legal tal argumento.

No que se refere ao valor da multa, este encontra-se perfeitamente de acordo com o tempo transcorrido entre a solicitação originária e o efetivo atendimento, 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 que nove meses depois.

Assim, inconcebível que a Concessionária solicite o recebimento do mesmo tratamento que, quando em situações semelhantes - execução de ramal -, a solicitação foi atendida dentro do prazo ou com atrasos inferiores ao em questão, pois seria nítida violação ao princípio da proporcionalidade.

Insta salientar 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 já que sua competência encontra-se regulada pela Lei Estadual nº 4556/2005, mais especificamente, em seu art. 2º, *caput*².

Já no que se refere ao argumento de pontualidade, deve-se considerar que situações como esta têm sido, freqüentemente, objeto de processos regulatórios nesta Agência o que por si só demonstra a improcedência da alegação.

¹ Cláusula primeira - Objeto do contrato

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

²Art. 2º. A AGENERSA tem por finalidade exercer o poder regulatório, acompanhando, controlando e fiscalizando as concessões e permissões de serviços públicos concedidos.

Pelo exposto, sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer do recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 1075/12 de 19 de abril de 2012 para, no mérito, negar-lhe provimento.

É o voto.


Luigi Troisi
Conselheiro relator

[Faint, diagonal stamp, likely "RECEBIDO" or similar]

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1240

DE 28 DE AGOSTO DE 2012

**CONCESSIONÁRIA CEG - Fornecimento de gás.
Apuração de possível descumprimento de cláusula
contratual. Ocorrência na Ouvidoria da AGENERSA
nº 518732.**

**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-12/020.569/2011, por unanimidade,**

DELIBERA:

Art.1º - Conhecer do recurso interposto pela Concessionária CEG em face da
Deliberação AGENERSA nº 1075/12 de 19 de abril de 2012 para, no mérito, negar-lhe
provimento;

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

Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2012

[assinatura]
José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente

[assinatura]
Luigi Troisi
Conselheiro-Relator

[assinatura]
Darcília Aparecida da Silva Leite
Conselheira

[assinatura]
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro

[assinatura]
Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro