

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1212

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1212

DE 28 DE AGOSTO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA DA AGENERSA. APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. OCORRÊNCIA Nº. 527145.

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-12/020.621/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer do recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 1078/12 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-12/020.621/2011

Data de autuação: 16/12/2011

Concessionária: CEG

Assunto: Ocorrência na Ouvidoria da AGENERSA. Apuração de possível descumprimento de cláusula contratual. Ocorrência nº 527145 - 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 1078/12¹ proferida no processo em questão instaurado para tratar de solicitação de ligação de gás feita em julho de 2011, tendo seu fornecimento sido liberado em janeiro de 2012.

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

1 DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1078 DE 19 DE ABRIL DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA DA AGENERSA. APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL - OCORRÊNCIA 527145.

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-12/020.621/2011, por unanimidade, DELIBERA:

Art.1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,0006% (seis 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. 001/2007, 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 - 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, Darcília Aparecida da Silva Leite - Conselheira, Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro - Relator, Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro.



eventual inscrição em dívida ativa o que compromete a situação legal da Concessionária."

No mérito, fez breve síntese dos fatos, informando que o processo em questão foi instaurado para analisar suposta demora no atendimento de solicitação de gás feita pela Sra. Paula Amadeu no bairro Barra da Tijuca. Quando do julgamento, o Conselho Diretor proferiu a Deliberação nº 1078/2012 citada anteriormente (equivocadamente numerada como 712/2011 no recurso), onde entendeu pela aplicação de multa, mesmo a Concessionária tendo esclarecido, nos autos, que o cliente teve seu fornecimento liberado em 13/01/2012. Ressaltou que pode-se concluir que a finalidade do processo foi exaurida e, ainda, que no universo de clientes existentes na base da Concessionária, apenas foi relatado um caso de suposta demora no fornecimento de gás ao cliente, sem qualquer tipo de reincidência. Acrescentou, ainda, seu entendimento pela 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, pois a aplicação da 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.

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 dos contratos 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*

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

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 a 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 010/2012 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 houve cerceamento de defesa já que a Concessionária teve ampla oportunidade de manifestação e de participação no 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.

Quanto ao princípio da insignificância, entende que *"este, 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 da 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."* Além de que os princípios aplicáveis aos processos administrativos encontram-se elencados no art. 2º da lei nº 9784/99.

Traz, em seguida, entendimento do Supremo Tribunal Federal, expresso em decisão proferida pelo Excelentíssimo Ministro Celso de Mello, no sentido de que tal

princípio deve ser analisado em conjunto com o da fragmentariedade e o da intervenção mínima do Estado, pois tem por fim excluir ou afastar a tipicidade penal, analisada em seu caráter material.

Em razões finais, a Concessionária discordou do parecer da procuradoria, pois "a penalidade aplicada não guarda razoabilidade/proporcionalidade com o mérito do fato narrado na ocorrência objeto do presente processo, especialmente se observadas as multas que vêm sendo aplicadas pela AGENERSA em casos semelhantes que, chegam, no máximo ao montante de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento do faturamento da CEG, dos doze meses anteriores a data da prática da infração. Outrossim, existem relevantes argumentos já expostos pela concessionária que devem ser considerados quando do julgamento do recurso interposto contra a Deliberação nº 1078/2012, são eles: i) observância da certificação ISO 9001 que prevê percentuais/margens de erro; ii) pontualidade do caso em comento frente a base de clientes da concessionária e; iii) o cliente encontra-se devidamente atendido." Ao final, reiterou os termos do recurso apresentado, requerendo a nulidade da multa imposta ou, alternativamente, seja convertida em advertência.

É o relatório.


Luigi Troisi
Conselheiro-Relator

Processo nº : E-12/020.621/2011

Data de autuação: 16/12/2011

Concessionária: CEG

Assunto: Ocorrência na Ouvidoria da AGENERSA. Apuração de possível descumprimento de cláusula contratual. Ocorrência nº 527145 - RECURSO

Sessão Regulatória: 28 de agosto de 2012

VOTO

Trata-se da análise de recurso tempestivo interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 1078, de 19 de abril de 2012, que formalizou o entendimento do Conselho Diretor em aplicar a penalidade de multa no montante de 0,0006% (seis décimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, em razão do descumprimento do prazo para atendimento de solicitação de religação de gás na residência do cliente.

Em preliminar, requereu a concessão do efeito suspensivo. No mérito, relatou, brevemente os fatos, e alegou que atendeu o cliente, por isso, no máximo, poderia lhe ser aplicada a penalidade de advertência, também trouxe o seu entendimento quanto à irrazoabilidade/desproporcionalidade da penalidade aplicada e pela aplicação do princípio da insignificância.

O Contrato de Concessão, em sua cláusula 1ª, § 3º¹, determina que o serviço deve ser prestado obedecendo, dentre outros princípios, o da eficiência, assim como determina a Lei 8987/95 em seu art. 6º, §1º².

Embora o cliente tenha sido atendido, houve um atraso de, aproximadamente, 6 meses, considerando que a solicitação inicial foi feita em julho de 2011 e o fornecimento

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.

§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.

somente aconteceu em janeiro de 2012. Tal fato nos permite concluir pelo descumprimento, tanto do contrato de concessão, quanto da legislação em vigor.

A Concessionária aborda, também, a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, fundamentado em acórdão proferido pela 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça proferido em julgamento de *habeas corpus*. Improcede esta alegação pois, além de não estar expresso em lei, refere-se aos crimes patrimoniais o que não é o caso aqui em debate. Os princípios a serem observados na prestação de serviço encontram-se enumerados no §3º da cláusula primeira do Contrato de Concessão já mencionado anteriormente.

Quanto à irrazoabilidade/desproporcionalidade da penalidade aplicada, ressalte-se que inúmeros casos de descumprimento contratual, principalmente quanto aos prazos para atendimento aos usuários, têm sido objeto de processos regulatórios com aplicação de penalidade. Assim, improcede o argumento de pontualidade do caso e, ainda, analisando o lapso temporal decorrido entre os dois fatos clara é a necessidade de aplicação de multa por não ser razoável que um cliente tenha que aguardar por tanto tempo para ter seu fornecimento de gás restabelecido. 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 pelo anexo II, parte 2, item 13 A do Contrato de Concessão é de 24 horas para a religação de instalações.

No que se refere à Certificação ISO 9001, destaque-se que este Conselho Diretor já firmou entendimento no sentido de que representa um reconhecimento da atuação da Concessionária, porém, não pode ser capaz de inibir a atuação desta Agência que decorre de previsão contratual.

Pelo exposto, sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer do recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 1078/12 de 19 de abril de 2012 para, no mérito, negar-lhe provimento.

É o voto.


Luigi Troisi
Conselheiro relator

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1212

DE 28 DE AGOSTO DE 2012

CONCESSIONÁRIA CEG - Ocorrência na Ouvidoria da AGENERSA. Apuração de possível descumprimento de cláusula contratual. Ocorrência nº 527145

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-12/020.621/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º - Conhecer do recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 1078/12 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