



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual
Processo nº E-121.003.701/2013
Data 27/11/2013 Pg: 91
Rubrica 088 44395604

Processo nº: E-12/003.701/2013
Autuação: 27/11/2013
Concessionária: CEG
Assunto: OCORRÊNCIA Nº 541878.
Sessão Regulatória: 30 de Outubro de 2014

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso interposto em 28/07/2014 pela Concessionária CEG contra a Deliberação AGENERSA nº. 2123/2014¹, publicada no DOERJ de 14/07/2014.

Em sua peça recursal, a Concessionária afirma, preliminarmente, que o Recurso oferecido é tempestivo, "*considerando-se que a Deliberação AGENERSA nº 2123/2014 foi publicada no Órgão Oficial no dia 14/07/2014, o prazo de 10 dias para interposição do Recurso iniciou-se em 15/07/2014 e terá seu término em 24/07/2014*".

Quanto aos fatos, afirma que "*o presente processo foi instaurado a fim de se melhor apurar a narrativa registrada na Ouvidoria da AGENERSA sob n.º de ocorrência 541878, cujo objetivo consiste em reclamação sobre dificuldades encontrada pela cliente para emissão de 2ª via de conta*".

Em apertada síntese, a cliente alega ter buscado emitir 2ª via de fatura, mas viu suas tentativas baldadas, tendo obtido êxito em sua empreitada apenas quando se dirigiu a uma lan house e conseguiu efetivamente imprimir."

¹ AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 2123 DE 26 DE JUNHO DE 2014 CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA Nº 541878. 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-12/003.701/2013, por unanimidade, **DELIBERA: Art. 1º** - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,00005 % (cinco centésimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Dez do Contrato de Concessão, no Anexo II, parte 2, item 13A, do Contrato de Concessão e no Art. 19, inciso IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão dos fatos apurados no presente processo. **Art. 2º** - Determinar à SECEX, em conjunto com as Câmaras Técnicas CAENE e CAPEI, 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, 26 de junho de 2014. **JOSE BISMARCK VIANNA DE SOUZA** Conselheiro-Presidente **LUIGI EDUARDO TROISI** Conselheiro **MOACYR ALMEIDA FONSECA** Conselheiro **ROOSEVELT BRASIL FONSECA** Conselheiro **SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA** Conselheiro-Relator



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio De Janeiro

Fundamentada no princípio da insignificância, *"a Concessionária entende, inclusive, que no presente processo poderá ser aplicado o princípio da insignificância. Tal princípio é aplicado quando a conduta do agente, embora formalmente típica (subsunção do fato a norma), não atinge o bem jurídico tutelado suficientemente para que se possa concluir pela existência de irregularidade. (...)"*

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."

Outrossim, sustenta ter ocorrido vício na motivação da decisão, ora recorrida, vez que *"entende pertinente consignar que o Voto do Ilmo. Conselheiro Relator limitou-se a dispor ordem cronológica dos fatos e, ao final, citar Cláusula do Contrato de Concessão sem realizar qualquer ponderação ou estabelecer uma conexão lógica entre o fato concreto à norma genérica."*

A ausência do liame para justificar a aplicação da sanção de multa configura claro vício de motivação, uma vez que não restou claro como a Concessionária teria incorrido em descumprimento, posto que apesar de não ter conseguido emitir 2ª via em sua residência, bastou ao cliente dirigir-se a outro aparelho diferente do seu para ver-se atendido. (...)"

Insta consignar que, uma vez demonstrado que no uso do poder discricionário a AGENERSA excedeu os limites legais, necessário se torna a intervenção do Judiciário para declarar a nulidade do ato, em harmonia com o princípio do Hard Look Review. (...)"

Logo, pela aplicação do hard look review, há predominância do controle judicial com observância à qualidade da ponderação realizada no momento do



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio De Janeiro

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003.701/2013
Data 27/11/2013 Cls: 93
6 - 1005 44395604

julgamento no âmbito administrativo/regulatório, a fim de inferir se a motivação da decisão é aceitável."

Outrossim, "a CEG entende que casos como este, registrados na Ouvidoria, deveriam ser objeto de procedimento prévio, sem cunho sancionatório, visando, primeiramente, o atendimento do interesse do cliente.

Somente no caso da questão não ser solucionada, deveriam ser reunidos casos de reclamações semelhantes, em um único processo, para analisar, de forma global, eventuais problemas existentes quanto ao cumprimento do Contrato de Concessão, que não podem ser avaliados com base em casos pontuais."

Com fundamento no princípio da razoabilidade, assinala que "não é suficiente, para a validade dos atos do Poder Público, a mera observância dos procedimentos constitucionais ou legais que condicionam a sua regular edição. A diferenciação jurídica carece de motivação idônea, obedecendo-se critérios aceitáveis do ponto de vista racional e deve, principalmente, estar de acordo com a finalidades constitucionalmente válidas. (...)

Ao atuar, a Administração deve agir de modo a não incorrer em desrespeito aos critérios da necessidade, adequação ou proporcionalidade que, em suma, quando da utilização do juízo de discricionariedade, o deve obedecer critérios racionais, sensatos e coerentes. (...)

Neste bojo, vislumbra-se que a imposição de penalidade de multa diante da solução de um caso prontamente atendido é medida que não está pautada na busca de um benefício em prol do interesse público, que por pressuposto uma real benesse para coletividade."



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio De Janeiro

Cartão Público Estadual
Processo nº E-12/003.701/2013
Data 27/11/2013 fls: 99
Rubrica DRB M 44395604

Conclui sua peça recursal, requerendo a anulação da multa, ora recorrida, e, com base no princípio da eventualidade, seja *"a penalidade aplicada substituída por sanção de advertência, ou mesmo reduzida."*

Às fls. 68 consta a cópia da Resolução do Conselho-Diretor nº 448² indicando a distribuição do Recurso para a minha Relatoria.

No Parecer da Procuradoria³, consta a certificação da tempestividade do Recurso, e, após breve relatório, a afirmação de que, pela documentação presente no administrativo, "(...) *"Em análise aos documentos que informam os autos em epígrafe, depreende-se que restou devidamente demonstrado o descumprimento pela Recorrente ao princípio da prestação do serviço público adequado, verificando-se também a inobservância aos prazos contratuais. (...)"*

Ademais, os princípios aplicáveis aos processos administrativos se encontram alinhados no art. 2º da Lei 9.784/99, dentre os quais não é figura o da insignificância, tornando temerária sua aplicação por parte da Administração Pública, pela manifesta ausência de parâmetros legais o que, além de insegurança jurídica, pode gerar expectativa de impunidade, fator que certamente seria nocivo para a prestação de serviço adequado."

Quanto ao princípio da insignificância, a Procuradoria expõe que *"dessa forma, sabendo-se que a prestação do serviço público de gás canalizado é um dos serviços públicos de natureza essencial, bem como, em atenção as lições de José dos Santos Carvalho Filho, de que o princípio da legalidade 'implica subordinação completa do administrador à lei', de forma que ' Todos os agentes públicos desde o que lhe ocupa a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas', fere também a lógica do razoável as alegações recursais finais trazidas pela Recorrente, notadamente porque pretende*

² De 05/08/2014.

³ Fls. 71/82.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio De Janeiro

PROCESSO Nº E-124.003.701/2013
Data 27/11/2013 às 9h
Rubrica ORB nº 44395604

ponderar o princípio da legalidade com os padrões estabelecidos na evolução da qualidade na prestação de serviço público concedido.

No tocante à incidência do vício da motivação, resta bem claro no voto do Conselheiro Relator todo liame necessário para aplicação da multa, assim como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade foram observados."

Assim, "a decisão administrativa resulta de uma série de atos que a antecederam e, assim, motivam e legitimam a apreciação final do Administrador. Desta forma, quando o Conselho Diretor desta Agência, for prolatar a Deliberação, o fará com base em todo o conteúdo do presente Processo Regulatório."

No que tange ao princípio da proporcionalidade, o doutro Parecer ressalta que, "em prosseguimento, através do §2º da aludida Cláusula depreende-se que a aplicação das penalidades disciplinadas fica condicionada à observância do princípio da proporcionalidade. Desse modo, serão aplicadas de acordo com a gravidade da infração.

Nessa linha de raciocínio, os parâmetros de aplicação de penalidade 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 formas criteriosas, 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.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio De Janeiro

SERVIÇO PÚBLICO
PROCESSO Nº E-12/003.701/2013
Data 27 / 11 / 2013
Rubrica ORB. Nº 44395604

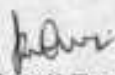
Alie-se a esses argumentos, o reconhecimento por parte da recorrente de que não se houve adequadamente com o Contrato de Concessão, pois ao solicitar a substituição da penalidade de multa por sanção de advertência, ou mesmo sua redução, tal fato implica no reconhecimento de que transgrediu o Diploma Contratual"

Em prosseguimento, "ressaltando, em atenção as razões recursais apresentadas pela Concessionária CEG (fls.57/66), que a penalidade pecuniária prevista no âmbito regulatório objetiva sancionar aquele que, encarregado de produzir utilidades necessárias aos interesses primárias, deixa de fazê-lo, inobservando assim o procedimento previsto no Instrumento Concessivo.

Nesta seara, seguindo os ensinamentos de Marçal Justen Filho, salta aos olhos que a multa punitiva aplicada por esta Autarquia, no exercício dos poderes fiscalizatórios e punitivos, perfaz um instrumento eficiente a desincentivar as condutas incompatíveis com os interesses da coletividade."

Por meio da DIJUR-E- 1759/14⁴ a CEG se manifesta para ratificar suas razões recursais, e, "por todo o aduzido nos autos, pugnar pela revisão da decisão que impôs a penalidade de multa, especialmente no quantum em que foi dimensionado, mostrando-se guardar mais coerência sua substituição por uma sanção de advertência."

É o relatório.


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro-Relator

⁴ Fls. 89/90.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio De Janeiro

Processo nº:	E-12/003.701/2013
Autuação:	27/11/2013
Concessionária:	CEG
Assunto:	OCORRÊNCIA Nº 541878.
Sessão Regulatória:	30 de Outubro de 2014

VOTO

Trata-se de Recurso tempestivamente interposto em 28/07/2014 pela Concessionária CEG contra a Deliberação AGENERSA nº. 2123/2014¹.

No que se refere aos fatos que ensejaram a aplicação da penalidade de multa no presente processo, trata-se de "*difficultades encontradas pela cliente para emissão de 2ª via de conta.*"

Inicialmente, ressalto que consta na pauta da presente Sessão Regulatória, outro processo regulatório, sob minha Relatoria, com o mesmo objeto, o que sugere que a emissão de segunda via da fatura pode estar apresentando dificuldades que exigem maior zelo por parte da Concessionária.

Quanto aos fundamentos de certificação ISO 9001, pontualidade de situações com erro na prestação de serviço e devido atendimento ao cliente, no sentido de afastar a aplicação da penalidade, restam pacificados por este Colegiado, que entende

¹ AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 2123 DE 26 DE JUNHO DE 2014 CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA Nº 541878. 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-12/003.701/2013, por unanimidade, DELIBERA: Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,00005 % (cinco centésimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Dez do Contrato de Concessão, no Anexo II, parte 2, item 13A, do Contrato de Concessão e no Art. 19, inciso IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão dos fatos apurados no presente processo. Art. 2º - Determinar à SECEX, em conjunto com as Câmaras Técnicas CAENÉ e CAPET, 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, 26 de junho de 2014 JOSE BISMARCK VIANNA DE SOUZA Conselheiro-Presidente LUIGI EDUARDO TROISI Conselheiro MOACYR ALMEIDA FONSECA Conselheiro ROOSEVELT BRASIL FONSECA Conselheiro SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA Conselheiro-Relator.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio De Janeiro

Serviço Público Estável
Processo nº E-121.003.701/2013
Data 27 / 11 / 2013
Rubrica RB 4439560-4

que tais argumentos não inibem o exercício desta Agência Reguladora, legalmente definido e contratualmente pactuado.

Ademais, a afirmação de que a AGENERSA, para a avaliação do serviço, deveria considerar o cumprimento das metas estabelecidas no instrumento concessivo é argumento que não merece prosperar, porquanto a penalização individualizada das ocorrências é fundamentada na atual forma de apuração das metas previstas no Contrato de Concessão, ou seja, avalia-se, caso a caso, as falhas na prestação do serviço público relatadas nesta Autarquia, de forma a, com base no Poder de Polícia Regulatório, desestimular a impunidade.

Importante registrar, nesse aspecto, que a penalização de casos individuais efetuada pela AGENERSA demonstra consonância com o princípio da eficiência, pois é de conhecimento da Delegatária que as reclamações registradas na Ouvidoria desta Agência diminuíram consideravelmente, demonstrando que a punição das infrações contratuais vem cumprindo o seu fim de adequar a prestação do serviço público.

Outrossim, o argumento do suposto vício na motivação da decisão sancionatória não merece acolhida, vez que o voto proferido pelo Ilustre Conselheiro-Relator fez a subsunção do histórico de ocorrência à previsão contratual específica, consubstanciado, tanto no Parecer da Câmara Técnica, quanto no da Procuradoria, fundamentando, inclusive, nos princípios constitucionais e legais aplicáveis à matéria.

Ademais, quanto à suposta ilegalidade do poder discricionário exercido quando do julgamento do presente processo, vale resaltar que o controle judicial dos atos regulatórios é inerente ao sistema constitucional de freios e contrapesos adotado pela Carta Magna, haja vista os princípios constitucionais da jurisdição una e inafastabilidade do controle jurisdicional.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio De Janeiro

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003.701/2013
Data 27/11/2013
Rubrica RB 4439560-4

E a aplicação do princípio do *hard look review*, de acordo com respeitável doutrina sobre o tema², enseja a *"predominância do controle judicial do ponto de vista adjetivo, de modo a respeitar a decisão adotada pela Agência Reguladora, sempre que a motivação seja aceitável, evitando-se que juízos políticos de competência do Legislativo e Executivo venham a ser substituídos pelo Judiciário. (...)"*

Resta claro que o Judiciário pode e deve pronunciar-se sobre a questão de fundo da decisão regulatória, respeitando, contudo, os juízos prospectivos técnicos dos agentes reguladores. Por óbvio, não se aplicam às Agências Reguladoras brasileiras a integralidade das considerações sobre o controle judicial das decisões das Agências Reguladoras norte-americanas."

Prossegue o renomado autor no sentido de que *"o controle judicial dos atos regulatórios deve estar presente sempre que houver dúvida acerca da observância do devido processo legal, notadamente na apreciação da vinculação da decisão regulatória com os fatos do caso real."*

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso conclui que em matéria de agências, 'é decisivo que o Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas. Ou seja, o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma agência reguladora quando evidentemente³ ela não puder resistir ao teste de razoabilidade, moralidade e eficiência.' "

Sendo assim, constata-se a motivação da decisão regulatória, apta a produzir seus efeitos, vez que foram observados o princípio do devido processo legal, bem como a subsunção dos fatos apurados ao instrumento concessivo, não tendo a Concessionária demonstrado, no caso concreto, a exclusão de sua responsabilidade, configurando-se, dessa forma, seu descumprimento contratual e, conseqüentemente, a aplicação da penalidade de multa.

² Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - número 21 - Instituto Brasileiro de Direito Público - Artigo: "Atualidades sobre o Controle Judicial dos Atos Regulatórios" - Sérgio Guerra - Revista
³ Grifo nosso.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio De Janeiro

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003.701 / 2013
Data 27 / 11 / 2013
Rubrica ORB 4437560-4

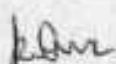
Tal entendimento é corroborado pelo Parecer da Procuradoria⁴, que ressalta a proporcionalidade da penalidade aplicada, aduzindo que *"fere a lógica do razoável as alegações recursais finais trazidas pela Recorrente, notadamente porque pretende ponderar o princípio da legalidade com os padrões estabelecidos na evolução da qualidade na prestação de serviço público concedido."*

No tocante à incidência do vício da motivação, resta bem claro no voto do Conselheiro Relator todo liame necessário para aplicação da multa."

Diante do exposto, entendo deva ser confirmada a decisão recorrida, razão pela qual proponho ao Conselho – Diretor:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG, porque tempestivo, e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se íntegra a Deliberação nº. 2123/2014.

Assim voto.


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro-Relator

⁴ Fls. 71/82.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Processo nº E-121.003.701 / 2013
Data 27 / 11 / 2013
Pub. 1101
An. 4429560-7

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2033 DE 30 DE OUTUBRO DE 2014

CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA Nº 541878.

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-12/003.701/2013, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG, porque tempestivo, e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se íntegra a Deliberação nº. 2123/2014.

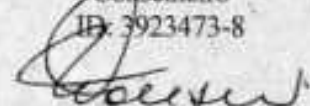
Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

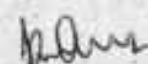
Rio de Janeiro, 30 de Outubro de 2014


JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA
Conselheiro – Presidente
ID: 4408976-7


LUIGI EDUARDO TROISI
Conselheiro
ID: 4429960-5


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
Conselheiro
ID: 3923473-8


MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro
ID: 4356807-6


ROOSEVELT BRASIL FONSECA
Conselheiro – Relator
ID: 4408294-0