



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-12/003.419/2014
Autuação:	23/07/2014
Concessionária:	CEG
Assunto:	OCORRÊNCIA Nº 546633 CONCESSIONÁRIA CEG.
Sessão Regulatória:	22 de Setembro de 2016

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso interposto em 20/06/2016 pela Concessionária CEG, contra a Deliberação AGENERSA nº. 2908/2016¹, publicada no DOERJ de 09/06/2016.

Em sua peça recursal, a Concessionária afirma, preliminarmente, que o Recurso oferecido é tempestivo, "*considerando-se que a Deliberação AGENERSA nº 2908/2016 foi publicada em Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro no dia 09/06/2016, o prazo de 10 dias para interposição do Recurso iniciou-se em 10/06/2016, tendo como data para seu término o dia 20/06/2016*".

¹DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2908 DE 24 DE MAIO DE 2016 CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA 546633.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-12/003/419/2014, 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, Incisos II e IV do Contrato de Concessão e no Art. 19, inciso IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007, em razão dos fatos apurados no presente processo. Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com as Câmaras Técnicas CAENE e CAPET, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007. Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação. Rio de Janeiro, 24 de Maio de 2016. José Bismarck Vianna de Souza Conselheiro-Presidente Luigi Eduardo Troisi Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca Conselheiro Moacyr Almeida Fonseca Conselheiro Silvio Carlos Santos Ferreira Conselheiro-Relator.

h20



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

Quanto aos fatos, afirma que a reclamação se refere à demora no atendimento à solicitação de troca de titularidade, vez que, *"a Cliente solicitou em 01/07/2014 a troca de titularidade, no interregno entre o atendimento a solicitação de baixa do antigo morador do imóvel, a Concessionária envidou os esforços necessários para atender a cliente em prazo arrazoado, no entanto os percalços narrados ao longo da instrução processual protelam o atendimento, quais foram a solicitação de baixa feita pelo cliente anterior e o inadimplemento da conta.*

Quanto ao mérito, a Recorrente consigna que *"a demora do atendimento se deu pela solicitação de baixa feita pelo cliente anterior e o inadimplemento da conta, nessa linha, a satisfação do interesse público perseguido no presente processo revelasse materializado pelo atendimento da solicitação da cliente.*

Dessa forma, ao se observar que a mesma já se encontra atendida em sua solicitação, mostra-se exaurida a finalidade do feito, uma vez que o interesse público foi atendido. Tal entendimento encontra fundamento no fato de que a Concessionária não há de ser penalizada da mesma forma nos casos em que atende o cliente em seu pleito e nos casos em que o processo é julgado sem sequer o cliente ter sido atendido - deve haver uma dosimetria que aplique a sanção, de acordo com as particularidades de cada caso.

Assim, resistindo a promoção do sanccionamento à CEG, o estabelecimento do vínculo deveria ter sido disposto quando da aplicação da pena, em primazia ao princípio da motivação dos atos administrativos como elemento essencial de sua validade."

Ainda no mérito, sustenta que no presente processo houve excesso no uso do poder discricionário da AGENERSA, sendo necessária a intervenção do Judiciário para declarar a nulidade do ato, com base no Princípio do *Hard Look Review*, *"sistema esse que busca coibir abusos e arbitrariedades por parte do Estado para manter um equilíbrio, no sentido de que os três poderes são independentes, exercem diferentes funções, não existindo hierarquia entre eles, e, no entanto, como quando o Judiciário declara a inconstitucionalidade de uma lei criada pelo legislativo, há a previsão de que se um poder extrapolar os limites determinados ocorra um controle externo.*



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-12/003/419/2014

Data 23/04/2014 fls. 116

Rubrica ORB IO:44395604

Logo, pela aplicação do 'hard look review', há predominância do controle judicial com observância à qualidade da ponderação realizada no momento do julgamento no âmbito administrativo/regulatório, a fim de inferir se a motivação da decisão é aceitável."

Dessa forma, requer a Recorrente, que "o presente recurso seja conhecido, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade, com fulcro no art. 80 do Regimento interno da AGENERSA; e, no mérito lhe seja dado provimento, a fim de tornar insubsistente, ou seja, anulada a multa imposta no art. 1º da Deliberação AGENERSA n. 2908/2016, na forma requerida ao longo deste Recurso, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua imposição;

Subsidiariamente, com base no princípio da eventualidade, caso ultrapassado o pedido supra, seja a penalidade aplicada substituída por sanção de advertência, ou mesmo reduzida, posto que assim, a penalidade imposta representaria grau mais ponderado e justo diante da atuação diligente da Concessionária, constantemente em rumo à evolução da qualidade na prestação do serviço público concedido."

Às fls. 77 consta a cópia da Resolução do Conselho-Diretor nº 545² indicando a distribuição do Recurso para a minha Relatoria.

Em prosseguimento, o Parecer da Procuradoria³, após breve relatório, refuta as alegações recursais, sustentando que "a Hard Look Review foi criada, de acordo com o modelo regulatório americano. Assim, não se aplica integralmente no sistema brasileiro, devendo ser realizadas as devidas adaptações." (...)

Nesta doutrina, os juízes têm papel relevante no ritmo e na qualidade da produção regulatória, principalmente no que tange às consultas e audiências públicas, referentes aos atos normativos das Agências Reguladoras e as decisões de grande impacto, bem como na averiguação do atendimento ao devido processo legal. (...)

² De 22/06/2016.

³ Fls. 80/90.



Percebe-se que a Recorrente busca a utilização da doutrina do 'hard look review' como forma de afastar a sanção aplicada, com a justificativa da irrazoabilidade da abertura do processo para apuração de uma única ocorrência.

No entanto, embora referida doutrina permita a apreciação do Poder Judiciário do mérito das decisões das Agências Reguladoras, há limitação.

A alegação da necessidade da abertura de um único processo não tem o condão de afastar a sanção aplicada no caso em tela, ante a inexistência de nulidade. A abertura do presente processo não gera qualquer ilegalidade ou abuso de Direito que venha invalidar a decisão tomada, não cabendo ao Poder Judiciário a sua reforma."

No que tange à alegada ausência de motivação da decisão, ora recorrida, sustenta o Parecer da Procuradoria, que "entende-se por motivação a descrição das razões que determinam a prática do ato administrativo, devendo ser observado, principalmente, nos atos discricionários ante a necessidade de controle de legalidade e constitucionalidade. (...)

No caso em tela, o ilustre conselheiro relator Silvio Carlos Ferreira fundamentou seu voto ao sugerir ao Conselho Diretor a aplicação da multa, ante o descumprimento contratual, tendo como base o art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007. (...)

É nítido que não há qualquer vício no motivo do ato que venha gerar a nulidade da Deliberação, uma vez que a penalidade de multa está fundada no descumprimento contratual. (...)

É certo afirmar que ao adotar a teoria dos motivos determinantes, a administração pública fica vinculada aos motivos que geraram o ato administrativo, desde que válidos. (...)

Os motivos presentes no voto estão corretos, verídicos, dentro dos parâmetros da legalidade, haja vista que a decisão que cominou à multa foi proferida no âmbito do procedimento administrativo regular, com previsão contratual e na Instrução Normativa 01/2007, ambos presentes no voto. (...)



O entendimento apresentado pela Recorrente atinge a discricionariedade decisória desta Agência. Em que pese à possibilidade de revisão da 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.

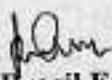
Em outras palavras, o Judiciário pode e deve pronunciar-se sobre a questão de fundo da decisão regulatória, respeitando, contudo, os juízos prospectivos técnicos dos agentes reguladores.

É certo afirmar que a decisão proferida no voto de fls.57/67 utilizou as análises técnicas para fundamentação de sua decisão, não cabendo ao Poder Judiciário alterá-la."

Instada⁴ a apresentar manifestação⁵, a Concessionária reitera suas razões recursais, argumentando que "de acordo com o observado, no trecho reproduzido acima, o princípio da razoabilidade deve ser observado e obedecido, o que não ocorreu no caso em tela, a Concessionária ressalta que apenas elencar os critérios supostamente utilizados para a definição do importe para a penalidade não fundamenta a aplicação do mesmo. Para aguardar a devida proporção com a gravidade da infração de acordo com o previsto na cláusula 10 do Contrato de Concessão e atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, as peculiaridades do caso deveriam ser consideradas e explicitado das mesmas nos critérios supramencionados."
(...)

"O valor de penalidade deve ser avaliado e compatibilizado com todas as atenuantes do caso, conforme já exposto em peça recursal, e ignorá-las acaba por extrapolar a finalidade da medida. Dessa forma, no balizamento da penalidade imposta para atender aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade deve sopesar às especificidades do caso."

É o relatório.


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro-Relator

⁴ OFÍCIO AGENERSA/CODIR/RB nº 92 - Fls. 91.

⁵ DJUR- E-887/16.



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-12/003/419 / 2014
Data 23 / 07 / 2014 fls 119
Rubrica RB ID: 44395604

Processo nº: E-12/003.419/2014
Autuação: 23/07/2014
Concessionária: CEG
Assunto: OCORRÊNCIA Nº 546633
CONCESSIONÁRIA CEG.
Sessão Regulatória: 22 de Setembro de 2016

VOTO

Trata-se de decidir Recurso tempestivamente interposto pela Concessionária CEG, contra a Deliberação AGENERSA nº. 2908/2016¹.

No que se refere aos fatos que ensejaram a aplicação da penalidade de multa no presente processo, trata-se de, extrapolando o prazo contratual para tanto.

Conforme se depreende da fundamentação constante do voto do ilustre Conselheiro-Relator, a violação ao instrumento concessivo ocorreu pela falha na prestação do serviço, tendo em vista a "demora no atendimento à solicitação de

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2908 DE 24 DE MAIO DE 2016 CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA 546633. O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERS, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/003/419/2014, 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, Incisos II e IV do Contrato de Concessão e no Art. 19, inciso IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, em razão dos fatos apurados no presente processo. Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com as Câmaras Técnicas CAENE e CAPET, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007. Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação. Rio de Janeiro, 24 de Maio de 2016. José Bismarck Vianna de Souza Conselheiro-Presidente Luigi Eduardo Troisi Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca Conselheiro Moacyr Almeida Fonseca Conselheiro Sílvia Carlos Santos Ferreira Conselheiro-Relator.



instalação de gás", inobservando o prazo contratual de 24 (vinte e quatro) horas para tanto, violando, dessa forma, o princípio da eficiência.

Assim, ao contrário do fundamento utilizado pela Recorrente para ensejar a anulação da penalidade aplicada, não há que se falar em "*satisfação do interesse público*", como quer fazer crer a Concessionária, justificando a falta de interesse de agir do presente processo regulatório, em razão do atendimento ao pedido do Usuário, ressalte-se, extemporâneo.

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, fundamentada, inclusive, nos princípios 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.

E a aplicação do princípio do *hard look review*, de acordo com Sergio Guerra², respeitável autor sobre o tema, 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

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



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, Luis 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.

Tal entendimento é corroborado pelo Parecer da Procuradoria⁴, que ressalta a motivação da decisão regulatória, ora recorrida, aduzindo que "o entendimento apresentado pela Recorrente atinge a discricionariedade decisória desta Agência. Em que pese à possibilidade de revisão da 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.

³ Grifo nosso.

⁴ Fl. 89.



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: E-12/003/419 / 2014
Data 23 / 07 / 2014 fls. 122
Rubrica RB nº: 44995604

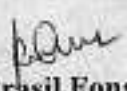
Em outras palavras, o Judiciário pode e deve pronunciar-se sobre a questão de fundo da decisão regulatória, respeitando, contudo, os juízos prospectivos técnicos dos agentes reguladores.

É certo afirmar que a decisão proferida no voto de fls.57/67 utilizou as análises técnicas para fundamentação de sua decisão, não cabendo ao Poder Judiciário alterá-la."

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. 2908/2016.

Assim voto.


Roosevelt Brasil Fonseca
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

Processo nº E-12/003/419/2014

Data 23/07/2014 - 123

Rubrica DRB - ID: 44395604

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2913

22 de Setembro de 2016

OCORRÊNCIA Nº 546633 -
CONCESSIONÁRIA CEG.

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-12/003/419/2014, 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. 2908/2016.

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


Rio de Janeiro, 22 de Setembro de 2016.


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