



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-12/020.121/2012
Autuação: 16/02/2012
Concessionária: CEG
Assunto: Ocorrência na Ouvidoria da AGENERSA - Solicitação de ligação de gás. Apuração de possível descumprimento de cláusula contratual.
Sessão Regulatória: 29 de Novembro de 2016

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso interposto em 20/07/2016 pela Concessionária CEG, contra a Deliberação AGENERSA nº. 2932/2016¹, publicada no DOERJ de 06/07/2016.

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2932 DE 28 DE JUNHO DE 2016 CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA DA AGENERSA - SOLICITAÇÃO DE LIGAÇÃO DE GÁS. APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. 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-12/020.121/2012, por unanimidade, **DELIBERA:** **Art. 1º** - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,00005% (cinco centésimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, considerando aqui o mês de dezembro/2011, com base no disposto na Cláusula Décima; Anexo II, Parte 2, Item 13-A, ambos do Contrato de Concessão, combinado com o artigo 17, VI, da Instrução Normativa nº. 001/2007, em razão dos fatos narrados no presente processo, quanto ao atendimento do cliente. **Art. 2º** - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária e a Câmara Técnica de Energia, que proceda a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007. **Art. 3º** - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de advertência, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com art. 19, VI, da Instrução Normativa nº. 001/2007, devido à resposta tardia à Ouvidoria desta Agência. **Art. 4º** - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Energia (CAENE), que proceda a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007. **Art. 5º** - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação. Rio de Janeiro, 28 de Junho de 2016. **José Bismarck Vianna de Souza** Conselheiro-Presidente **Luigi Eduardo Troisi** Conselheiro **Roosevelt Brasil Fonseca** Conselheiro **Moacyr Almeida Fonseca** Conselheiro-Relator **Silvio Carlos Santos Ferreira** Conselheiro.



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-12/020.121/2012

Data 16/02/2012 Fls: 169

Rubrica ORB. ID:44395604

Em sua peça recursal, a Concessionária afirma, preliminarmente, que o Recurso oferecido é tempestivo, "*considerando-se que a Deliberação AGENERSA nº 2932/2016 foi publicada em Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro no dia 06/07/2016, o prazo de 10 dias para interposição do Recurso iniciou-se em 07/07/2016, tendo como data para seu término o dia 18/07/2016*".

Quanto aos fatos, afirma que, "*o cliente solicitou em 03/11/2011 a viabilidade da ligação de gás, a Concessionária emvidou os esforços necessários para atender a solicitação do cliente e não pode deixar de apontar que o estudo de rentabilidade e a oferta de coparticipação ao cliente não se consolidaram anteriormente em função da tramitação do processo regulatório E-12/020.439/2011, que visava aprovar modelo de estudo de rentabilidade e ferramenta de cálculo de coparticipação, o que só se consolidou no primeiro semestre de 2015.*"

Quando do julgamento, o Conselho Diretor proferiu a Deliberação nº 2932, de 28 de junho de 2016, onde entendeu ser cabível imputar a CEG penalidade de multa, no montante de 0,00005% (cinco centésimos de milésimo por cento) do seu faturamento acumulado dos 12 meses anteriores à prática da infração."

Quanto ao mérito, a Recorrente consigna que "*o posicionamento de que a Concessionária deveria ter encaminhado a proposta de coparticipação ao cliente não se sustenta, pois o processo que visava aprovar modelo de estudo de rentabilidade e ferramenta de cálculo de coparticipação, só se consolidou no primeiro semestre de 2015.*"

Dessa forma, mostra-se exaurida a finalidade do feito, uma vez que houve desistência do cliente na instalação, não havendo culpabilidade da Concessionária observado que a mesma aguardava pela solução do processo regulatório supramencionado, no sentido de atender aos clientes de forma regular e aprovada por esta agência reguladora.

Assim, a Concessionária não há de ser penalizada da mesma forma nos casos em que se vê impedida de realizar o devido atendimento por não existir



procedimento aprovado por esta AGENERSA, conforme ocorreu no processo em espeque - deve haver uma dosimetria que aplique a sanção, de acordo com as particularidades do caso.

Assim, resistindo a promoção do sancionamento 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.

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

Note-se que uma necessária intervenção ao Judiciário, em casos como esse, não fere a independência dos poderes, pois como sabido, o exame judicial deve cingir-se no aspecto da legalidade do ato administrativo. (...)

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.

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."

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



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

tornar insubsistente, ou seja, anulada a multa imposta no art. 1º da Deliberação AGENERSA n. 2932/2016, 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."

As fls. 131 consta a cópia da Resolução do Conselho-Diretor nº 551² indicando a distribuição do Recurso para a minha Relatoria.

Em prosseguimento, o Parecer da Procuradoria³, após breve relatório, certifica sua tempestividade e 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. (...)

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.

² De 20/07/2016.

³ Fls. 142/151.



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

REPUBLICO PUBLICO ESTADUAL
EMILINDA CARMIM

Processo nº E-12/020.121/2012
Data: 16/02/2012
Data da Realização: 11/2016
44.395604

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 referido Parecer, 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 Moacyr Almeida Fonseca fundamentou seu voto ao sugerir ao Conselho Diretor a aplicação da multa, ante o descumprimento contratual, tendo como base o art. 17, inciso VI 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.

DRB



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

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.117/120 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, acrescentando, após ciência do Parecer da Procuradoria, que "de acordo com o observado 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 108 - Fls. 152.

⁵ DIJUR- E-1117/2016.



Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/020.121/2012
Data 16/02/2012 = 174
Rubrica 128 ID: 44395604

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-12/020.121/2012
Autuação: 16/02/2012
Concessionária: CEG
Assunto: Ocorrência na Ouvidoria da AGENERSA - Solicitação de ligação de gás. Apuração de possível descumprimento de cláusula contratual.
Sessão Regulatória: 29 de Novembro de 2016

VOTO

Trata-se de decidir Recurso tempestivamente interposto pela Concessionária CEG, contra a Deliberação AGENERSA nº. 2932/2016¹.

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2932 DE 28 DE JUNHO DE 2016 CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA DA AGENERSA - SOLICITAÇÃO DE LIGAÇÃO DE GÁS. APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. 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-12/020.121/2012, por unanimidade, **DELIBERA:** **Art. 1º** - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,00005% (cinco centésimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, considerando aqui o mês de dezembro/2011, com base no disposto na Cláusula Décima; Anexo II, Parte 2, Item 13-A, ambos do Contrato de Concessão, combinado com o artigo 17, VI, da Instrução Normativa nº. 001/2007, em razão dos fatos narrados no presente processo, quanto ao atendimento do cliente. **Art. 2º** - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária e a Câmara Técnica de Energia, que proceda a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007. **Art. 3º** - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de advertência, com base na Cláusula 10ª do Contrato de Concessão, combinado com art. 19, VI, da Instrução Normativa nº. 001/2007, devido à resposta tardia à Ouvidoria desta Agência. **Art. 4º** - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Energia (CAENE), que proceda a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007. **Art. 5º** - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação. Rio de Janeiro, 28 de Junho de 2016. **José Bismarck Vianna de Souza** Conselheiro-Presidente **Luigi Eduardo Troisi** Conselheiro **Roosevelt Brasil Fonseca** Conselheiro **Moacyr Almeida Fonseca** Conselheiro-Relator **Silvio Carlos Santos Ferreira** Conselheiro.



No que se refere aos fatos que ensejaram a aplicação da penalidade de multa no presente processo, trata-se de não atendimento da solicitação de instalação de gás do Usuário.

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 o *"descumprimento contratual pela Concessionária, em relação ao atendimento do cliente, merecendo, em razão desta prática, a aplicação de penalidade"*, violando, dessa forma, o princípio da adequada prestação do serviço público.

Sendo assim, 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. (...)"*

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



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-12/020.121/2012

Data 16/02/2012 - 176

Rubrica ORB ID: 44395604

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 **evidentemente**³ ela não puder resistir ao teste de razoabilidade, moralidade e eficiência.' "

Dessa forma, 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

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. 117/120 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. 2932/2016.

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

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/020.121/2012
Data 16/02/2012 Fls 178
Rubrica ORB. ID: 44395604

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3022

29 de Novembro de 2016

**OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA
DA AGENERSA - SOLICITAÇÃO
DE LIGAÇÃO DE GÁS.
APURAÇÃO DE POSSÍVEL
DESCUMPRIMENTO DE
CLÁUSULA CONTRATUAL. -
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-12/020.121/2012, por unanimidade,


DELIBERA:

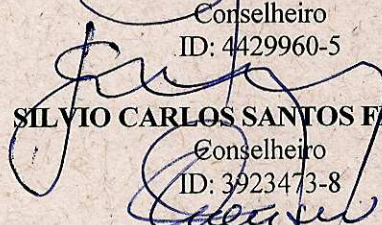
Art.1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG, porque tempestivo, e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se íntegra a Deliberação nº. 2932/2016;

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

Rio de Janeiro, 29 de Novembro 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: 4336807-6


ROOSEVELT BRASIL FONSECA
Conselheiro – Relator
ID: 4408294-0