

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 945

Publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro

Parte I - 30 de dezembro de 2011

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 945 DE 20 DE DEZEMBRO DE
2011.

CONCESSIONÁRIA CEG RIO - OCORRÊNCIAS ERGISTRADAS NA
OPUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30(TRINTA) DIAS SEM
SOLUÇÃO.

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-
12/020.174/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º. Conhecer o Recurso interposto pela concessionária CEG
RIO em face da Deliberação AGENERSA nº 855, de 30/09/2011,
para no mérito negar-lhe provimento.

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

Rio de Janeiro, 20 de dezembro de 2011.

José Bismarck Vianna de Souza

Conselheiro-Presidente

Darcilia Aparecida da Silva Leite

Conselheira-Relatora

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro

Sérgio Burrowes Raposo

Conselheiro

Processo nº: E-12/020.174/2011.
 Data de autuação: 14 de abril de 2011.
 Concessionária: CEG RIO.
 Assunto: Ocorrências registradas na ouvidoria/AGENERSA com mais de 30 (trinta) dias sem solução.
 Sessão Regulatória: 20 de dezembro de 2011.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.174/2011Data 14/04/2011 Fls.: 94**Voto**Rúbrica: 

Trata-se de apreciar o Recurso interposto tempestivamente¹ pela Concessionária CEG RIO em face da Deliberação AGENERSA nº. 855², de 30/09/2011, através da qual este Conselho-Diretor aplicou-lhe penalidade de multa "(...) tendo em vista a demora na instalação do aquecedor pago pela usuária passados 760 dias depois da primeira reclamação".

Em sede preliminar, a Concessionária requereu a concessão de efeito suspensivo ao Recurso, para "(...) sobrestar os efeitos da Deliberação AGENERSA nº. 855/11 no que tange à multa imposta em art. 1º, ante a necessidade de se conferir (...) o direito ao exercício das garantias ao contraditório e ampla defesa, antes de se impor o encargo da multa, que poderá levar à eventual inscrição em dívida ativa (...), o que foi indeferido, conforme decisão de fls. 71.

u

¹ Protocolizado nesta AGENERSA em 24/10/2011, observou o prazo de 10 (dez) dias estabelecido no art. 77 do respectivo Regimento Interno, considerando, para tanto, a prorrogação ao primeiro dia útil subsequente à efetiva data de expiração (conforme consta às fls. 58, a Deliberação AGENERSA nº. 855/11 foi publicada na Imprensa Oficial em 11/10/2011, de maneira que o prazo para protocolização do Recurso ora apreciado encerrou em 22/10/2011, sábado, considerando, para tanto, que dia 12/10/2011 foi feriado nacional.).

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 855 DE 30 DE SETEMBRO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG RIO- OCORRÊNCIA REGISTRADA NA
OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 (TRINTA) DIAS SEM
SOLUÇÃO.

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-12/020.174/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º. – Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de multa, no montante de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, aqui considerada a data da primeira reclamação da usuária feita em 18/06/2009 perante a Concessionária, em razão do descumprimento ao disposto na Cláusula Primeira, §3º, e Quarta, caput e §1º, itens 4, 6, 11 e 21 do Contrato de Concessão, com base na Cláusula Dez do instrumento concessivo, bem como no art. 16, III e VIII, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007, tendo em vista a demora na instalação do aquecedor pago pela usuária passados os 760 dias depois da primeira reclamação.

Art.2º - Determinar à Secretaria Executiva em conjunto com as Câmaras Técnicas CAENE e CAPET, a lavratura do Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 01/2007.

Art.3º - Determinar que a SECEX encaminhe cópia desta Deliberação à Sra. Nelma Ferreira dos Santos.

Art.4º. – Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de setembro de 2011.

José Bismarck Vianna de Souza - Conselheiro-Presidente; Darcília Aparecida da Silva Leite – Conselheira; Moacyr Almeida Fonseca – Conselheiro; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro-Relator; Sérgio Burrowes Raposo – Conselheiro.

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.174/2011

Data: 14/10/2011 Fila: 915

Rúbrica: f

Ainda fundamentando seu pedido de concessão de efeito suspensivo, a Recorrente sustenta a já conhecida - e absurda, registre-se - tese de possível desequilíbrio econômico-financeiro da Concessão em razão das aplicações de multas, o que notadamente não se sustenta diante da natureza de sanção que possui tal penalidade.

Tal alegação já foi apreciada por este Conselho-Diretor em outras oportunidades, sendo a primeira na Sessão Regulatória de 30/08/2011, ocasião em que, por unanimidade, foi acatado o entendimento³ desta Conselheira, exposto no Voto que analisou o Recurso interposto pela Concessionária CEG nos autos do Processo E-12/020.253/2010, condutor da Deliberação AGENERSA nº 831/2011.

Com a certeza de que os fundamentos lá esposados foram e são suficientes para demonstrar a improcedência do argumento da Concessionária e apenas por amor ao debate, vale ressaltar que, mesmo que o pagamento de multa contratual fosse considerado como despesa por ocasião do estudo que estabelece o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo, melhor sorte não assistiria à CEG RIO.

Isso porque, naquele caso a explosão de bueiro e neste a demora para "instalação de aquecedor" era evitável, de maneira que sua ocorrência retrata inafastável negligência da Concessionária quanto à observância aos requisitos necessários à prestação do serviço adequado estabelecido no Contrato de Concessão.

Como no Voto antes citado, a fim de corroborar os fundamentos aqui delineados, trago à baila a lição de Marçal Justen Filho⁴. *In verbis*:

u

³ "Como veremos, a hipótese levantada pela Concessionária de desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato acarretado por pagamento de multas não se sustenta, notadamente porque tal penalidade possui natureza de sanção. Longe de querer esmiuçar o instituto, trago a baila entendimento de José dos Santos Carvalho Filho sobre "Equação Econômico-Financeira". *In verbis*:

'Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação.'

Utilizando-se de uma explicação extremamente simplista, pode-se dizer que a equação econômico-financeira de um contrato administrativo é alcançada após estudos nos quais são sopesadas as receitas e despesas inerentes à execução de seu objeto, pretendendo, assim, preservar suas condições originárias. Beira o absurdo, portanto, imaginar que o pagamento de multa por descumprimento às tratativas de um Contrato de Concessão possa ser considerado como despesa inerente à prestação do serviço público delegado, quando, a bem da verdade, revela-se justamente como instrumento sancionatório a uma falha na sua execução.

A tese da Recorrente conduz à inaceitável hipótese de se repassar ao usuário o ônus de suportar multa aplicada por descumprimento seu ao Contrato de Concessão, não sendo demais afirmar que, se assim fosse, o consumidor seria prejudicado duas vezes, eis que, não obstante ter usufruído de um serviço inadequadamente prestado - e que serviu de fundamento para imposição de penalidade -, ainda teria que fazer as vezes da Delegatária e arcar com o custo de sua ineficiência."

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. 1ª Ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 400.

“Se a quebra da equação econômico-financeira derivou de conduta culposa do sujeito, não se admitirá a recomposição. Essa idéia pode ser expressada pela concepção de que a parte tem o dever de diligência de acautelar-se contra os riscos do negócio. Obviamente, esse dever refere-se aos riscos *ordinários*, inerentes à atividade e que se entranham com o seu desenvolvimento usual.”

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.174/2011

Data 14/04/2011 Fls.: 96

Rúbrica: 

Assim, considerando que a as multas impostas por este Ente Regulador se fundamentam sempre em violações às disposições contratuais, não haveria como essa obrigação personalíssima da Concessionária ser objeto de reequilíbrio, com consequente repasse ao usuário.

Ademais, a alegação da Recorrente de que a demora punida ocorreu por culpa da usuária - *já que, ainda que sem sucesso, tentou contato com a mesma por duas vezes* -, não é suficiente para afastar sua responsabilidade, notadamente porque a primeira notícia de reclamação que se tem nos autos data de 18/06/2009⁵, e segundo sua tese de reforma⁶, a primeira tentativa de contato com a consumidora ocorreu em 09/11/2010, portanto quando já havia passado mais de 01 (um) ano, prazo que não se conforma com o estipulado no disposto 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 B – Serviços Opcionais (condicionados a aceitação do consumidor), alínea “*serviço de assistência técnica em aparelhos residenciais e comerciais, 48 horas*”.

Já em tópico intitulado como “*Breve Síntese dos Fatos*”, nomenclatura que sugere simples resumo do ocorrido, a Recorrente argumenta que “(...) dentro do universo de clientes existentes na base dessa Concessionária, apenas foi relatado por essa Agência (...) um caso de cliente que a CEG RIO teria demorado a instalar o aquecedor (...)”⁷ e que, diante disso, “*poderá ser aplicado o princípio da insignificância (...)*”, justificado “(...) quando a conduta do agente, embora formalmente típica (subsunção do fato a norma), não atinge o bem jurídico tutelado suficientemente para que possa concluir pela existência de irregularidade (tipicidade material).”.

u

⁵ Fls. 12.

⁶ Fls. 62.

⁷ Neste mesmo sentido, alega a Recorrente no tópico “*Da Irrazoabilidade/Desproporcionalidade da Penalidade Aplicada*”: “Ora, no universo de clientes atendidos pela CEG RIO, episódios isolados, como o aqui analisado, não poderiam ensejar tão pesada penalidade.”

Não obstante a irresignação da Recorrente, sua alegação não merece ser provida por este Conselho-Diretor, especialmente porque a falha punida retrata um dever assumido pela Concessionária, e certamente o Princípio invocado não é suficiente à alteração dos termos do Contrato de Concessão.

Demais disso, soa de todo desarrazoado deixar de penalizar comprovada falha na prestação de serviço, seja sob qual fundamento for, quando o princípio fundamental da Concessão é a prestação adequada do serviço concedido.

Em outras palavras, a aplicação do Princípio da Insignificância reclamado pela Recorrente colide com outros Princípios de aplicação específica à seara administrativa e à Concessão de Serviços Públicos em si.

A título de corroboração dos fundamentos até aqui esposados, trago à colação, por se tratar situação análoga, julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em especial da Apelação Cível nº. 0010798-60.2007.8.19.0037, apreciada em 18/08/2010, por sua Vigésima Câmara Cível. *In verbis*:

0010798-60.2007.8.19.0037- APELACAO

DES. LETICIA SARDAS - Julgamento: 18/08/2010 -
VIGESIMA CAMARA CIVEL

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDÉBITO. ENFITEUSE. PAGAMENTO DE FORO ANUAL. ÍNFIMO VALOR. DESCUMPRIMENTO. PENALIDADE DE COMISSO. ALEGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUE NÃO PODE SER ACOLHIDA. APLICAÇÃO DA NORMA MUNICIPAL. COBRANÇA ATUALIZADA DO FORO 1. O autor/apelante está inconformado com a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados.2. Alega que em nenhum momento o Município apelado comprovou que teria sido celebrado um novo contrato com a Administração Pública.3. A existência ou não de um novo contrato não é capaz de afastar a obrigação do autor/apelante, que por iniciativa própria deixou de cumprir seu dever de pagar o u

foro.4. No presente caso, o autor descumpriu unilateralmente o seu dever contratual básico que era de pagar o foro anual, não sendo possível se admitir que o foreiro ao seu bel prazer e baseado em seu próprio entendimento simplesmente deixe de cumprir suas obrigações, alterando a essência do contrato celebrado e mais, impondo sua vontade sobre a Administração.5. **O princípio da insignificância não tem o condão de alterar o contrato celebrado e nem de excluir o dever assumido**, podendo, quando muito, ser invocado em sede de execução fiscal, se for o caso. 6. **Destarte, não é possível que o alegado princípio possa se sobrepor a outros de mesma ou de maior importância, criando tratamento diferenciado entre contribuintes, ferindo os Princípios da Isonomia, Impessoalidade e mesmo da Supremacia do Interesse Público**.7. Quanto à impossibilidade de o Município apelado fazer sua reavaliação com base na valorização imobiliária da propriedade do apelante, trata-se de aplicação da legislação municipal, descabendo qualquer análise neste sentido.8. Desprovidimento do recurso." (grifos nosso)

Portanto, é possível afirmar que não penalizar sua regulada na presente situação, em que há uma comprovada má prestação do serviço público concedido, tornaria esta AGENERSA conivente com a não prestação do serviço adequado, já que, de maneira imotivada, a Recorrente retardou a instalação do aquecedor.

A aplicação de penalidade face uma comprovada falha na prestação do serviço de suas reguladas, revela-se como dever legal desta Agência Reguladora, que, como Autarquia Especial que é, portanto integrante da Administração Pública Indireta, não pode ignorar o disposto no Contrato de Concessão para se furtar à aplicação de penalidade, sob pena de, assim, violar o Princípio da "Indisponibilidade", a respeito do qual ensina José dos Santos Carvalho Filho⁸ que "Os bens e interesses não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos." u

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.174/2011

Data 14/04/2011 Fls.: 98

Assinatura: _____

⁸ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 28.

Diante de tudo isso, infligir sanção à Concessionária na hipótese vertente, não configura mera discricionariedade desta Autarquia, mas sim observância aos deveres legais impostos por sua Lei de Criação, notadamente no seu art. 4º, I e IVº.

Se não fosse por isso, a alegação de insignificância, a qual a Recorrente pretende que seja reconhecida por este Conselho-Diretor, revela-se incabível para o presente caso, na esteira, inclusive, de seu próprio entendimento, já que em sede de razões finais, ressalta que *"(...) deve ser compartilhado por esta Agência o entendimento de que a sanção disciplinar de advertência traduz medida disciplinar sancionatória satisfativa ao presente caso."*

No mais, alega a Recorrente que *"(...) casos como este, registrado na Ouvidoria, deveriam ser objeto de procedimento prévio, sem cunho sancionatório, visando, primeiramente, o atendimento do interesse do cliente."*, o que causa estranheza, notadamente se considerado o descaso às indagações da Ouvidoria desta Agência Reguladora relatado às fls. 25¹⁰, fato que, inclusive, é passível de aplicação de penalidade.

Prosseguindo, a certificação ISO 9001 realmente representa um reconhecimento importante da atuação da Concessionária, mas não inibe o exercício das atividades desta AGENERSA, legalmente definido e contratualmente pactuado.

Não seria demais afirmar, inclusive, que a boa conceituação revelada pela Concessionária no que tange à certificação ISO 9001, em parte se deve à atuação eficiente desta Agência Reguladora que, diligentemente, cobra e fiscaliza, perseguindo incansavelmente o cumprimento das metas e observância aos princípios dispostos no Contrato de Concessão, mesmo que, para isso, necessite, por vezes, aplicar penalidade de multa à sua Regulada. u

⁹Lei Estadual nº. 4.556/2005 - "Art. 4º - Compete à AGENERSA, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:

I – zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições;

(...)

IV – fiscalizar, diretamente ou mediante delegação, os aspectos técnicos, econômicos, contábil e financeiro, sempre nos limites estabelecidos em normas legais, regulamentares ou pactuais, os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, aplicando diretamente as sanções cabíveis".

¹⁰ Assim consta do pronunciamento da Ouvidoria da AGENERSA: "Lembro ainda que, após cinco cobranças de providências da Concessionária, tendo a última sido efetuada em janeiro de 2010, recebemos a primeira resposta da CEG-Rio somente em maio/2011, um ano e quatro meses depois. (...)"

Como derradeira razão de recorrer, a CEG RIO lança a tese de *“Irrazoabilidade/ Desproporcionalidade da Penalidade Aplicada”*, sob o argumento de 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 finalidades constitucionalmente válidas”*.

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.174/2011

Data: 14/04/2011 Fls.: 100

Rúbrica: 

Por oportuno, faço uma abordagem, ainda que sucinta, dos Princípios supostamente violados quando da aplicação da penalidade de multa por meio da Deliberação AGENERSA nº. 855/11.

A começar pelo Princípio da Razoabilidade, da definição do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho¹¹ é possível concluir que o ato administrativo só será dotado de falta de razoabilidade quando for ilícito, ou seja, quando não embasado em norma legal, ou mesmo quando distanciar-se de sua finalidade.

A toda evidência não é o caso dos presentes autos, uma vez que as condutas sujeitas à aplicação de penalidade estão delineadas tanto no Contrato de Concessão como na Instrução Normativa nº. 001/2007, que, por sua vez, são de pleno conhecimento da CEG RIO.

Portanto, verifica-se a impertinência das alegações da Concessionária no que se refere à alegação de violação do princípio da razoabilidade. Passo, então, a analisar a mesma arguição, agora com relação ao princípio da proporcionalidade, trazendo à colação palavras do doutrinador já citado¹², a respeito do referido princípio.

“Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se 

¹¹ “Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis (...). Significa dizer (...) que não pode existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude. Acertada, pois, a noção de que o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade (...) quando se pretende imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a idéia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal” (grifos no original). FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 31/32.

¹² Obra já citada, p. 33

com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido.”

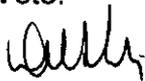
Conforme já esclarecido, restou amplamente comprovado que a Concessionária não observou seus deveres e obrigações quando violou disposições do Contrato de Concessão, notadamente aquelas que dizem respeito ao serviço adequado, justificando, pois, a atuação desta Agência Reguladora.

Observa-se que a aplicação de multa contra a qual se insurge a Recorrente atende a todos os requisitos que fundamentam o princípio em voga, ou seja: é ato *adequado*, vez que a multa foi aplicada com espeque no Contrato de Concessão e na Instrução Normativa, corroborando, portanto, a compatibilidade da conduta administrativa com o fim pretendido; é *exigível* na medida em que a imposição de multa é meio destinado a impor à Concessionária a observância do Contrato de Concessão, e, se assim não fosse, a Concessionária não teria anuído com sua previsão no Contrato de Concessão; e, por fim, a aplicação de penalidade de multa é em si proporcional às faltas identificadas, já que a vantagem a ser auferida se consubstancia no atendimento aos preceitos dispostos no respectivo Contrato de Concessão.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG RIO em face da Deliberação AGENERSA nº. 855, de 30/09/2011, para no mérito negar-lhe provimento.

É o Voto.



Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.174/2011

Data 14/04/2011 Fls.: 101

Rúbrica: X