

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 533

DE 26 DE FEVEREIRO DE 2010.

CONCESSIONÁRIA CEG. ATUALIZAÇÃO DE TARIFAS DE GÁS – VIGÊNCIA A PARTIR DE
01/08/2007.

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-12/020.219/2007, por maioria,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer do recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 143/2007, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 171/2007, e, no mérito, negar-lhe provimento.

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

Rio de Janeiro, 26 de fevereiro de 2010.

JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO

Conselheiro-Presidente Relator Revisor

DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE

Conselheira

(Voto vencido quanto à alteração do art. 5º)

MOACYR ALMEIDA FONSECA

Conselheiro

SÉRGIO BURROWES RAPOSO

Conselheiro

Processo nº. E-12/020.219/2007 – Apensos E-12/020.267/2007 e E-12/020.275/2007
Data de autuação: 03 de julho de 2007
Concessionária: CEG
Assunto: Recurso às Deliberações AGENERSA Nº 143/07 e 171/07 - Atualização Tarifas de Gás Natural a partir de 01/08/2007
Relator: Conselheiro José Cláudio Murat Ibrahim
Data: 28 de novembro de 2007

VOTO

O presente processo é instaurado considerando o comunicado¹ da Concessionária CEG de "(...) *atualização das tarifas de gás, com vigência a partir de 01/08/2007, a todos os clientes, visando cobrir o impacto do aumento de 3,12% do custo de aquisição total do gás natural de produção nacional (...)*".

O Conselho Diretor, com base nos pareceres técnicos, emite, por unanimidade, a Deliberação AGENERSA Nº 143/07, de 28 de agosto de 2007, contra a qual a Concessionária interpõe embargos de declaração, cujo provimento foi negado pela unanimidade do Conselho Diretor, gerando a Deliberação AGENERSA Nº 171/07 de 25 de setembro de 2007, tendo sido esta última publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 02 de outubro de 2007.

A Delegatária apresenta, em 15 de outubro de 2007, recurso² contra as Deliberações AGENERSA nºs 143/07 e 171/07, sorteado³ para esta Relatoria em 16 de outubro de 2007.

As Deliberações, em síntese, homologam valores das tarifas de distribuição de gás, aplicam a penalidade de advertência à Concessionária e determinam a apuração do devido aos consumidores, com a indicação, pela equipe técnica, de um modo de devolução deste valor aos usuários.

¹ Por meio da Carta DJRI-E. 187/07, às fls. 03-04;

² As fls. 128 a 142;

³ Sorteio realizado na Reunião Interna de 16/10/07, às fls. 143;

Recurso

Preliminarmente, indeferi⁴ a concessão de efeito suspensivo pedido pela CEG para sobrestar os efeitos das Deliberações AGENERSA nºs 143/07 e 171/07, pautado no parecer⁵ da Procuradoria da AGENERSA, que entende que as determinações contidas nas citadas Deliberações não oferecem risco de lesão ao direito da Recorrente, nem se vislumbrou suspeita de ilegalidade dos respectivos atos administrativos.

Da alegação de ofensa ao direito de defesa

A Concessionária, ainda nas preliminares do recurso, alega que a AGENERSA haveria prejudicado seu direito de defesa, considerando que "somente" teve acesso em 05 de outubro de 2007, ao voto proferido pela Relatora na Sessão Regulatória de 25 de setembro de 2007. Entende ter sido afetada, considerando que o prazo para interposição de recurso expirou no dia 15 de outubro de 2007.

Acompanho a manifestação⁶ da Procuradoria da AGENERSA que afirma não merecer prosperar o acolhimento à preliminar de cerceamento de defesa, pois a fundamentação trazida pela Recorrente não se coaduna com os princípios e normas que regem a Teoria Geral do Direito Processual, observando que a Recorrente confunde as terminologias Publicação e Intimação.

Explica que é inaceitável a alegação de ofensa a garantia do devido processo legal na medida em que a Recorrente teve ciência do inteiro teor do proferido pela então Conselheira na Sessão regulatória do dia 25 de setembro de 2007, data em que se deu a publicação do ato administrativo de cunho decisório, com a intimação da decisão proferida ocorrida com a formalização através do Diário Oficial de 05/10/2007.

Ademais, os argumentos da Concessionária de alegação de prejuízo de defesa são contraditórios com o próprio ato, tempestivo, de interposição de recurso. A Delegatária

⁴ Por meio do Ofício AGENERSA-PreSI 294/07, de 12 de novembro de 2007, às fls. 152;

⁵ As fls. 149/150.

⁶ Parecer nº 50/2007 FMM, às fls. 155 a 170.

cumpra rigorosamente o prazo para interposição de recurso, tendo tido, no mínimo, vinte e um dias para preparar sua peça recursal, uma vez que esteve presente na Sessão Regulatória de 25 de setembro de 2007, quando ouviu o voto da Relatora e a decisão unânime do Colegiado pela negativa de provimento aos embargos à Deliberação AGENERSA 143/07.

Da alegação de falta de fundamentação

A CEG sustenta que as deliberações recorridas deixaram de consignar seus próprios fundamentos, tendo a AGENERSA infringido, na opinião da Delegatária, o princípio da motivação dos atos administrativos, prejudicando, em tese, o direito de defesa da Recorrente, o que ensejaria a nulidade da decisão.

Acompanho a explicação⁷ da Procuradoria de que as Deliberações AGENERSA nº 143/07 e 171/07 encontram-se revestidas de legalidade e de validade, uma vez que as legislações vigentes autorizam expressamente a utilização de fundamentos anteriores como motivação do ato administrativo, a chamada motivação aliunde.

A equipe técnica da Câmara de Política Econômica e Tarifária emitiu Nota Técnica, acompanhada de planilha, onde demonstra os cálculos realizados para as novas tarifas de gás. Tanto a equipe econômico-financeira, quanto a equipe jurídica, lembraram ao Colegiado que a Concessionária, apesar de ter praticado descontos em relação às tarifas limites vigentes de gás liquefeito de petróleo, essa prática não lhe exime de cumprir as obrigações legais, notadamente a regulada no artigo 5º da Lei Estadual nº 2752 de 1997.

Sugiro ao Colegiado, portanto, não aceitar a alegação da CEG de falta de fundamentação das nossas decisões, uma vez que não houve qualquer determinação do Conselho Diretor desta AGENERSA que estivesse desprovida de fundamentação, seja feita por meio da citação direta das cláusulas do Contrato de Concessão, apresentada

⁷ Parecer nº 50.2007.FMM, as fls. 155 a 170.

no voto, seja através da concordância com os pareceres técnicos que dão suporte às ações regulatórias do Colegiado.

Do Mérito do Recurso

Da diferença nos cálculos da variação tarifária

A Delegatária requer a reforma dos artigos 1º e 3º da Deliberação atacada para que sejam homologados os valores por ela calculados, alegando que a Agência Reguladora, ao aceitar "*os cálculos apresentados pela CAPET, agiu desconsiderando solenemente a norma técnica editada pela ABNT*", NBR 5891, afirmando que realiza seus cálculos de variação tarifária conforme preconizado por essa norma técnica, ao contrário dos critérios utilizados pela Câmara de Política Econômica e Tarifária.

As diferenças entre os valores de tarifas calculados pela CEG e pela Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, estes adotados pelo Conselho Diretor da AGENERSA já ocorrem desde várias revisões tarifárias que vêm sendo realizadas pela Agência Reguladora. Há que se compreender que os valores de tarifa a serem tomados como base para a revisão tarifária que estiver em curso são aqueles que foram homologados pelo Ente Regulador.

A tabela 1, mostrada no Anexo 1, ilustra as diferenças entre os valores de tarifa calculados pela Delegatária e os dispostos na Deliberação AGENERSA nº 143/07 conforme os cálculos realizados pela equipe técnica da Agência, válidos a partir de agosto e setembro de 2007.

Percebe-se que em algumas faixas tarifárias ocorre um aumento da diferença, devido ao uso da base de cálculo equivocada por parte da CEG, enquanto a Câmara de Política Econômica e Tarifária "*utiliza os critérios fixados no Contrato de concessão para cálculo das tarifas nos casos de reajustes anuais, revisões imediatas e revisões extraordinárias.*



Para arredondamento das mesmas é utilizada (sic) normas tradicionalmente reconhecidas fixadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).⁸

Acompanho a equipe jurídica da AGENERSA que depreende que as alegações da Recorrente são desprovidas de amparo legal, pois a Agência Reguladora se utiliza das normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas, como critério de elaboração dos cálculos tarifários, lembrando⁹ a declaração¹⁰ consignada pela Câmara de Política Econômica e Tarifária, acima transcrita.

Da penalidade de advertência e publicidade dos novos valores tarifários

A Concessionária requer a revogação da penalidade de advertência aplicada no artigo 2º da Deliberação AGENERSA 143/07, argumentando que não houve descumprimento do contrato de concessão e, sugerindo que o tema "atualização de tarifas de GLP" carece de regulamentação específica, conforme consta na Deliberação AGENERSA Nº 136/07.

É contraditório o argumento da Concessionária de não haver descumprido o contrato de concessão e, simultaneamente, explicar que, devido a grande volatilidade dos custos de aquisição do GLP, torna-se **inviável** para a Recorrente, proceder à atualização das tarifas **com base no disposto no parágrafo 20º da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão**, adotando o procedimento de repasse dos custos através da prática de descontos, que variam mensalmente, em relação às tarifas limites vigentes. (grifos meus)

A determinação contratual é pela publicação das tarifas limites, para que o cliente da CEG conheça qual o valor máximo tarifário a que está sujeito, conforme transcrevo a seguir:

⁸ Conforme despacho exarado às fls. 90;

⁹ Parecer nº 50/2007/TMM, às fls. 155 a 170;

¹⁰ "Esclareço que esta C.A.P.E.T utiliza os critérios fixados no contrato de concessão para cálculo das tarifas nos casos de reajustes anuais, revisões imediatas e revisões extraordinárias. Para arredondamento das mesmas é utilizada normas tradicionalmente reconhecidas fixadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT)".



Cláusula Sétima

(...)

§ 20 - Alterações tarifárias, seja da tarifa limite, seja das tarifas efetivamente praticadas, deverão ser previamente comunicadas aos consumidores no prazo mínimo de 30 (trinta) dias.

Ao mudar a sistemática disposta no contrato de concessão no que diz respeito às tarifas de GLP, a Delegatária não só o infringiu, como afrontou um direito do consumidor, de conhecer o preço máximo a ser pago pelo serviço público do qual usufrui.

A Deliberação AGENERSA nº136/07 determina que a equipe técnica estabeleça um procedimento de atualização com periodicidade anual, especificamente para os casos de variação no preço do insumo, demanda surgida no âmbito do processo E-12/020.117/2007. Tal estudo visa reavaliar as variações mensais da tarifa de GLP devido à freqüente alteração no preço do insumo.

Equivoca-se a Concessionária na sua alegação de que a atualização de tarifa de GLP ainda carece de regulamentação, uma vez que enquanto o estudo de novo procedimento não for realizado e o Conselho Diretor não decidir por nova metodologia, que exigirá, ainda, o aceite do Poder Concedente e da própria Delegatária, a Concessionária deverá cumprir estritamente o disposto no contrato de concessão que firmou que o Poder Concedente Estadual.

Acompanho, desta forma, o entendimento da Procuradoria da AGENERSA que cita que apesar da Recorrente ter praticado descontos em relação às tarifas limites vigentes, essa prática não lhe exime de cumprir as obrigações legais, notadamente a regulada no artigo 5º da Lei Estadual nº 2752 de 1997. Destaca os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles¹¹ de que a eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito, assegurando que a prática de descontos não encontra amparo legal a

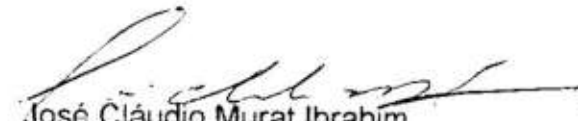
¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª Edição. Rio de Janeiro: Lúmen Jûris, 2006, p.88.

Finalmente, destaco que a alegação da Concessionária, ao final da peça recursal, de que deveria ter sido utilizado o termo "clientes" em lugar do termo "usuários", carece de fundamento constitucional, pois a terminologia "usuários" compreende unicamente as pessoas que fazem uso do serviço público concedido, conforme explicação¹⁴ trazida pela Procuradoria da AGENERSA.

Diante de todo o exposto, com base nos pareceres técnicos, no contido nos autos do processo E-12/020.219/2007 e no parecer da Procuradoria desta AGENERSA, sugiro ao Conselho Diretor:

Conhecer o recurso interposto pela Concessionária CEG porque tempestivo, e negar-lhe provimento, mantendo na íntegra as Deliberações AGENERSA nº. 143/07 e 171/07.

É o voto.


José Cláudio Murat Ibrahim

Conselheiro

¹⁴ Ilustra a assertiva com os ensinamentos do doutrinador José Santos Carvalho Filho, que comenta que a Constituição Brasileira prevê que a lei disciplinadora da prestação dos serviços públicos por concessionários dispõe " (...) sobre os direitos dos usuários (...) àqueles que, pertencendo à coletividade, viessem a fazer uso do serviço."

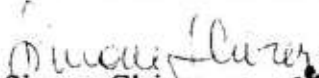
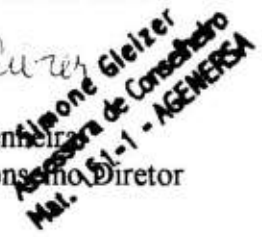
ANEXO 1

Classe	Faixa de Consumo (m ³)	Tarifas em R\$ m ³	1/8/2007	1/8/2007	Diferença entre CEG e Deliberação 143/07	1/9/2007	1/9/2007	Diferença entre CEG e Deliberação 143/07
		Tarifa CEG	Tarifa CEG	Tarifa Deliberação 143/07		Tarifa CEG	Tarifa Deliberação 143/07	
Manufaturado								
GM Res.	0 - 18	1,0529	1,0529	1,0528	0,0001	1,0600	1,06	0,0000
	19 - 55	1,3825	1,3825	1,3825	0,0000	1,3897	1,3896	0,0001
	56 - 199	1,6837	1,6837	1,6836	0,0001	1,6909	1,6908	0,0001
	199	1,7836	1,7836	1,7835	0,0001	1,7908	1,7907	0,0001
GM Ind.	0 - 500	0,9289	0,9289	0,9288	0,0001	0,9360	0,936	0,0000
	501 - 5.000	0,7593	0,7593	0,7592	0,0001	0,7665	0,7664	0,0001
	5.001 - 20.000	0,7275	0,7275	0,7274	0,0001	0,7347	0,7346	0,0001
	20.001 - 200.000	0,7102	0,7102	0,7101	0,0001	0,7174	0,7173	0,0001
	200.001 - 1.000.000	0,6974	0,6974	0,6973	0,0001	0,7046	0,7045	0,0001
	1.000.000	0,6658	0,6658	0,6657	0,0001	0,6730	0,6729	0,0001
GM Com.	0 - 482	1,6029	1,6029	1,6027	0,0002	1,6101	1,6099	0,0002
	483 - 1.205	1,4622	1,4622	1,4521	0,0101	1,4594	1,4593	0,0001
	1.206 - 4.820	1,3786	1,3786	1,3785	0,0001	1,3858	1,3857	0,0001
	4.821 - 48.200	1,3077	1,3077	1,3076	0,0001	1,3149	1,3148	0,0001
	48.201 - 120.500	1,1793	1,1793	1,1792	0,0001	1,1865	1,1863	0,0002
	120.500	0,9647	0,9647	0,9646	0,0001	0,9719	0,9718	0,0001
Natural								
GN Res.	0 - 7	2,3617	2,3617	2,3616	0,0001	2,3786	2,3785	0,0001
	8 - 23	3,0974	3,0974	3,0972	0,0002	3,1143	3,1141	0,0002
	24 - 83	3,7712	3,7712	3,7709	0,0003	3,7881	3,7878	0,0003
	83	3,9849	3,9849	3,9845	0,0004	4,0018	4,0015	0,0003
GN Ind.	0 - 200	2,219	2,219	2,219	0,0000	2,2360	2,2359	0,0001
	201 - 2.000	1,2797	1,2797	1,2797	0,0000	1,2967	1,2966	0,0001
	2.001 - 10.000	1,1319	1,1319	1,1317	0,0002	1,1488	1,1487	0,0001
	10.001 - 50.000	0,9283	0,9283	0,9283	0,0000	0,9453	0,9452	0,0001
	50.001 - 100.000	0,8486	0,8486	0,8486	0,0000	0,8655	0,8655	0,0000
	100.001 - 300.000	0,7634	0,7634	0,7633	0,0001	0,7803	0,7803	0,0000
	300.001 - 600.000	0,6625	0,6625	0,6626	-0,0001	0,6794	0,6795	-0,0001
	600.001 - 1.500.000	0,6598	0,6598	0,6598	0,0000	0,6768	0,6767	0,0001
	1.500.001 - 3.000.000	0,6525	0,6525	0,6525	0,0000	0,6694	0,6695	-0,0001
3.000.000	0,6276	0,6276	0,6276	0,0000	0,6445	0,6446	-0,0001	
GN Com.	0 - 200	3,4692	3,4692	3,469	0,0002	3,4862	3,486	0,0002
	201 - 500	3,147	3,147	3,1468	0,0002	3,1639	3,1637	0,0002
	501 - 2.000	2,9869	2,9869	2,9867	0,0002	3,0038	3,0036	0,0002
	2.001 - 20.000	2,8366	2,8366	2,8365	0,0001	2,8535	2,8534	0,0001
	20.001 - 50.000	2,5588	2,5588	2,5587	0,0001	2,5758	2,5756	0,0002
	50.000	2,0966	2,0966	2,0966	0,0000	2,1136	2,1135	0,0001
GNV	c contrato	0,628	0,628	0,628	0,0000	0,6449	0,645	-0,0001
	s contrato	0,8306	0,8306	0,8306	0,0000	0,8475	0,8475	0,0000
Petro		0,5377	0,5377	0,5377	0,0000	0,5546	0,5547	-0,0001
GLP	residencial (R\$ kg)	3,0666	3,0666	2,9622	0,1044			
	Industrial (R\$ Kg)	3,1082	3,1082	2,9141	0,1941			
	V. João	39,87	39,87	38,27	1,6000			

À Conselheira Darcilia Aparecida da Silva Leite

De ordem do Conselheiro José Cláudio Murat Ibrahim, encaminho o presente processo tendo em vista o pedido de vista prolatado por V.Sa. na Sessão Regulatória de hoje.

Em 28 de novembro de 2007.


Simone Gleizer
Reguladora Engenheira
Assessoria do Conselho Diretor




AGENERSA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Processo nº. E-12/020.219/2007
Data de Autuação 03 de julho de 2007
Concessionária CEG
Assunto Atualização Tarifas de Gás - Vigência a partir de 01/08/2007 - Recurso à Deliberação AGENERSA nº 143, de 28/08/2007, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 171, de 25/09/2007 - Apensos nºs: 1) E-12/020.267/2007 - Atualização de Tarifas de Gás - Vigência - 01/09/2007 - e 2) E-12/020.275/2007 - Atualização de Tarifas de GLP - Agosto/2007.
Voto 17 de dezembro de 2007

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020 219 / 2007

Data 03 / 07 / 2007 Fls.: 149

Rúbrica:

Voto de Vista

Na Sessão Regulatória realizada em 28/11/2007, solicitei vista do presente processo, aplicando a prerrogativa conferida no art. 59 do Decreto Estadual nº 38.618, de 08/12/2005, e no *caput* do art. 73 do Regimento Interno da AGENERSA.

Trata-se, na presente fase, de analisar a argumentação formulada na peça recursal interposta por iniciativa da CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 143, de 28/08/2007, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 171, de 25/09/2007.

Inicialmente, é oportuno esclarecer que, por se tratar de Voto de Vista, o presente documento não objetiva esgotar as questões suscitadas no Recurso em comento, uma vez que tal tarefa já restou amplamente cumprida no texto do Voto do Sr. Relator da peça de bloqueio – Conselheiro José Cláudio Murat Ibrahim –, mas apenas apresentar meu entendimento a respeito de uma questão específica.



**AGENERSA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Da reanálise da matéria, depreende-se que, por meio do art. 5º da decisão recorrida¹, especificamente em seu inciso IV, foi determinada, em suma, a identificação dos usuários que efetuaram o pagamento das tarifas de GLP em desconformidade com os valores aprovados por esta Agência Reguladora, bem assim a devolução simples da quantia apurada em favor dos usuários identificados.

Ocorre que a majoração tarifária do GLP não foi noticiada aos usuários da Concessionária, em desconformidade com o preconizado no §14 da Cláusula Sétima do instrumento concessivo, bem assim no art. 5º da Lei Estadual nº 2.752, de 02/07/1997, que fixam o prazo de 30 (trinta) dias de aviso prévio aos usuários quanto à revisão tarifária.

Em razão do fato apontado, foi aplicada à CEG a penalidade de advertência, na forma do art. 2º da decisão em debate.

Entretanto, há que se ponderar que, devido à existência de comando legal e disposição contratual – com a qual a CEG expressamente anuiu ao celebrar o Contrato de Concessão – no sentido apontado, não é possível considerar o caso em apreço como uma hipótese de engano justificável, que isentaria a Concessionária da devolução em dobro, nos termos do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor, em seguida colacionado:

1

**Art. 5º - Baixar o presente processo em diligência, para que:*

I - A Câmara Técnica de Energia proceda, com a participação da Concessionária, no prazo de 30 (trinta) dias, à identificação dos usuários de gás natural que efetuaram o pagamento das tarifas em desconformidade com os valores constantes da estrutura tarifária em anexo, a partir de 01/08/2007, apurando os valores indevidamente pagos e indicando procedimento para a devolução em favor dos usuários identificados.

II - A Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, no prazo de 20 (vinte) dias, promova a atualização monetária dos valores apurados em relação aos usuários identificados.

III - O montante relativo ao conjunto de usuários não identificados seja considerado em prol da modicidade tarifária, na ocasião da próxima Revisão Quinquenal da Concessionária.

*IV - No caso da majoração tarifária do GLP no mês de agosto de 2007, o procedimento acima descrito deverá ser adotado, observados os prazos estabelecidos, logo após o recebimento nesta Agência Reguladora do aviso aos usuários quanto ao aludido aumento.**

Serviço Público - RJ
Processo n.º 6-12/020.219/2007
Data 03/09/2007
Rubrica: [Assinatura]



**AGENERSA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

"Art. 42. (...) "

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável."

É fundamental esclarecer que a determinação de devolução aos usuários da quantia equivalente ao dobro da cobrança indevida não constitui *bis in idem* com a sanção de advertência já imposta no corpo da decisão em exame, porquanto tal providência não consiste em penalidade, mas sim configura a estrita observância à legislação consumerista, conforme art. 4º, XVII, da Lei Estadual nº 4.556, de 06/06/2005, *in verbis*:

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

(...)

XVII - resguardar os direitos garantidos pela Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor."

Assim, cabe destacar, ainda, que tal decisão não acarreta o agravamento da situação da Concessionária em sede de Recurso, porquanto, conforme já demonstrado, a devolução aos usuários não se trata de penalidade, mas sim de conduta exigível por força de lei.

Ademais, é válido iluminar que o entendimento ora defendido é o adotado por esta Agência Reguladora em hipóteses similares à tratada no vertente caso, como, por exemplo, nas Deliberações AGENERSA nºs 016, de

Handwritten notes and signatures on the right margin, including the date "17/12/2007" and a signature.



**AGENERSA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

26/01/2006, da CEG; 024, de 23/03/2006, da CEG RIO; 039, de 29/06/2006, da CEG RIO e 123, de 26/06/2007, da CEG.

Diante do exposto, concordo com as demais colocações apresentadas no Voto do Sr. Conselheiro Relator do Recurso, sugerindo ao Conselho Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto por iniciativa da CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 143, de 28/08/2007, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 171, de 25/09/2007, para, no mérito, negar-lhe provimento;
- Por autotutela, revogar o inciso IV do art. 5º da Deliberação AGENERSA nº 143, de 28/08/2007, substituindo seu texto pelo que segue:

IV - No caso da majoração tarifária do GLP no mês de agosto de 2007, o procedimento acima descrito deverá ser adotado, observados os prazos estabelecidos, logo após o recebimento nesta Agência Reguladora do aviso aos usuários quanto ao aludido aumento, sendo que, para os usuários identificados, deverá ser considerado o valor equivalente ao dobro da quantia paga por cada um.

É o Voto.

Darcilia Leite

Conselheira

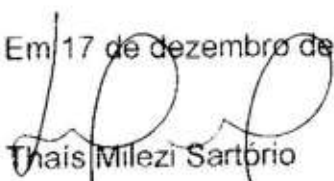
412/066 219 2007
03 07 2007
002

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
Processo nº	E-12/020.219/2007
Data	03/07/2007
Fis.:	203
Rubrica	

Ao Gabinete do Conselheiro José Carlos dos Santos Araújo,

Encaminhamos o presente processo, de ordem superior, em razão do pedido de vista formulado na Sessão Regulatória realizada em 17/12/2007.

Em 17 de dezembro de 2007.



Thais Milezi Sartório

Mat. 218-8

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Processo nº.: E-12/020.219/2007
Autuação: 03.07.2007
Concessionária: CEG
Assunto: Atualização de Tarifas de Gás – Vigência a partir de 01/08/2007.
Relato: 31 de janeiro de 2008

VOTO DE VISTA

Solicitei vista deste processo na Sessão Regulatória de 17 de dezembro de 2007, devolvendo-o agora com o meu voto, dando cumprimento ao artigo 73 do Regimento Interno desta AGENERSA.

Versa o presente processo sobre a atualização das tarifas de gás, com vigência a partir de 01/08/2007, a todos os clientes, visando cobrir o impacto do aumento de 3,12% do custo de aquisição total do gás natural de produção nacional.

A ilustre Conselheira Relatora, Dra. Darcília Aparecida da Silva Leite, em seu brilhante voto de fls. 199/202, externado na Sessão Regulatória de 17 de dezembro de 2007, apresentou a sugestão de conhecer do Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 143/2007¹, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 171/2007², e, no mérito, negar-lhe provimento; e por autotutela, revogar o inciso IV do art. 5º da Deliberação AGENERSA nº. 143/2007, substituindo seu texto pelo que se segue:

"IV - No caso da majoração tarifária do GLP no mês de agosto de 2007, o procedimento acima descrito deverá ser adotado, observados os prazos estabelecidos, logo após o recebimento nesta Agência Reguladora do aviso aos usuários quanto ao aludido aumento, sendo que, para os usuários identificados, deverá ser considerado o valor equivalente ao dobro da quantia paga por cada um." (grifo nosso)

Concordo plenamente com os fundamentos esposados pela Relatora no voto em questão, salvo quanto a proposta da restituição em dobro da quantia paga pelos usuários identificados.



AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

E-12/020.219/2007
03 07 07 208
21

A Ilma. Conselheira Relatora propõe que, por autotutela, seja restituído em dobro os valores cobrados a maior pela Concessionária, baseando-se no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, ousou discordar da Ilustre Conselheira, por entender não ser possível determinar a restituição em dobro no caso em tela, uma vez que assim agindo, o Conselho Diretor estará realizando a chamada *reformatio in pejus*, que colide com o previsto em nosso Ordenamento Jurídico.

Não pode se deve permitir o agravamento da decisão quando a Concessionária recorre, visando alcançar posição jurídica mais satisfatória. Se houvesse possibilidade de ser agravada a pena, por evidente que esse fato seria obstáculo à garantia constitucional do duplo grau de jurisdição.

A doutrinadora Lúcia Valle Figueiredo, mudando seu entendimento, passou a defender, notadamente após a Constituição Federal de 1988, em seu Curso de Direito Administrativo³, ser impossível a reforma em prejuízo por ocasião da aplicação de sanções:

Anteriormente, na 1ª edição, escrevemos ser possível a reformatio in pejus, excluindo-a dos processos sancionatórios e disciplinares. Todavia, reeditando o tema, em edições posteriores, entendemos que esta apenas é possível como conatural à explicitação da função administrativa. Portanto, quando o processo revisivo for feito "de ofício" pela Administração ou, se provocadamente, encontrem-se outros envolvidos, como, por exemplo, nos procedimentos concorrenciais.

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari⁴ possuem entendimento equivalente. Afirmando os autores:

"Outra consequência das anteriores posições e do que dispõe os incisos LIV e LV do art. 5º da Lei Maior é a rejeição aqui, à *reformatio in pejus* (e pouco importa que leis a aceitem textualmente, pois a vedação é de estatura constitucional). A tutela da ampla defesa envolve a possibilidade de, sem ser surpreendida, a parte rebater acusações, alegações, argumentos ou interpretações tais como dialeticamente postos, para evitar sanções ou prejuízos. Ver sua posição agravada sem contraditório, quando sequer houve recurso da

**AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

parte contrária, é validar a restrita defesa, e não a ampla defesa de que cuida a Constituição.

Como estamos diante de Recurso da Concessionária, não sendo caso de processo revisivo realizado de ofício e, como não encontram-se no feito outros envolvidos, a proibição da *reformatio in pejus* se impõe, sob pena de serem violados os princípios constitucionais do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa.

A dimensão que assume o devido processo legal serve para obstar tal reforma, já que não haveria sentido em se conceder ao particular a garantia de acesso a uma instância superior, se a utilização desse direito pudesse lhe ser desfavorável.

O princípio da ampla defesa, também, é obstativo da *reformatio in pejus*, pois a Constituição Federal assegura o direito de recorrer como uma extensão do direito à ampla defesa. A permissão da reforma em prejuízo implicaria um desestímulo ao direito de recorrer e, conseqüentemente, ao exercício do direito de defesa que não poderia ser tolerado pelo sistema constitucional brasileiro.

Nesse mesmo sentido, estabelece o art. 79 do Regimento Interno desta AGENERSA, in verbis:

“Do julgamento do recurso contra Deliberação do Conselho-Diretor não poderá resultar agravamento da sanção aplicada ao interessado.”

Por todo o exposto, sugiro ao Conselho Diretor conhecer do recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 143/2007, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 171/2007, e, no mérito, negar-lhe provimento, sem alteração do disposto no art. 5º, inciso IV, da Deliberação AGENERSA nº. 143/2007.

É como voto.

José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro-Relator

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 143 28 DE AGOSTO DE 2007.

CONCESSIONÁRIA CEG.

ATUALIZAÇÃO DE TARIFAS DE GÁS – VIGÊNCIA A PARTIR DE 01/08/2007.

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 tendo em vista o que consta no processo regulatório nº. E-12/020.219/2007 e seus Apensos nºs. E-12/020.267/2007 e E-12/020.275/2007, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Homologar a revisão das tarifas de gás natural da CEG, em 3,12% (três inteiros e doze centésimos por cento), com vigência a partir de 01/08/2007, e em 3,27% (três inteiros e vinte e sete centésimos por cento), com vigência a partir de 01/09/2007, conforme estruturas tarifárias em anexo.



AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

E-12/020219 2007
03 07 07 210

Art. 2º - Aplicar a penalidade de advertência à CEG, prevista na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, em razão do descumprimento do disposto no §14 da Cláusula Sétima do instrumento concessivo, bem assim no art. 5º da Lei Estadual nº. 2.752, de 02/07/1997, devido à inobservância do prazo de 30 (trinta) dias de aviso prévio aos usuários quanto ao aumento tarifário do GLP.

Art. 3º - Homologar a revisão das tarifas de GLP, relativa ao mês de agosto de 2007, somente 30 (trinta) dias após a divulgação do aumento tarifário aos usuários, com base no §14 da Cláusula Sétima do instrumento concessivo, bem assim no art. 5º da Lei Estadual nº. 2.752, de 02/07/1997.

Art. 4º - Determinar à CEG que encaminhe a esta Agência Reguladora cópia da divulgação aos usuários quanto à majoração das tarifas de GLP relativa ao mês de agosto de 2007.

Art. 5º - Baixar o presente processo em diligência, para que:

I - A Câmara Técnica de Energia proceda, com a participação da Concessionária, no prazo de 30 (trinta) dias, à identificação dos usuários de gás natural que efetuaram o pagamento das tarifas em desconformidade com os valores constantes da estrutura tarifária em anexo, a partir de 01/08/2007, apurando os valores indevidamente pagos e indicando procedimento para a devolução em favor dos usuários identificados.

II - A Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, no prazo de 20 (vinte) dias, promova a atualização monetária dos valores apurados em relação aos usuários identificados.

III - O montante relativo ao conjunto de usuários não identificados seja considerado em prol da modicidade tarifária, na ocasião da próxima Revisão Quinquenal da Concessionária.

IV - No caso da majoração tarifária do GLP no mês de agosto de 2007, o procedimento acima descrito deverá ser adotado, observados os prazos estabelecidos, logo após o recebimento nesta Agência Reguladora do aviso aos usuários quanto ao aludido aumento.

Art. 6º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2007.

José Cláudio Murat Ibrahim

Conselheiro Presidente

Ana Lúcia Sanguedo Boynard Mendonça

Conselheira

Darcília Aparecida da Silva Leite

Conselheira

João Paulo Dutra de Andrade

Conselheiro

José Carlos dos Santos Araújo

Conselheiro

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº.171 25 DE SETEMBRO DE 2007.

CONCESSIONÁRIA CEG. ATUALIZAÇÃO TARIFAS DE GÁS. EMBARGOS À DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 143, DE 28/08/2007.

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-12/020.219/2007 e seus apensos E-12/020.267/2007 e E-12/020.275/2007, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os Embargos interpostos por iniciativa da CEG em face da Deliberação AGENERSA Nº. 143, de 28/08/2007, negando-lhes provimento.

Art. 2º - Esta deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 25 de setembro de 2007.

José Cláudio Murat Ibrahim

Conselheiro-Presidente

Ana Lúcia Sanguedo Boynard Mendonça

Conselheira

Darcília Aparecida da Silva Leite

Conselheira

João Paulo Dutra de Andrade

Conselheiro

José Carlos dos Santos Araújo

Conselheiro

³ Figueiredo, Lúcia Valle - Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 5ª Edição, 2001, 428/429.

⁴ Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz. *Processo Administrativo*, São Paulo, pp. 155 e 156.

4



**AGENERSA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Processo nº E-12/020.219/2007
Data de Autuação 03 de julho de 2007
Concessionária CEG
Assunto

Atualização Tarifas de Gás - Vigência a partir de 01/08/2007 - Recurso à Deliberação AGENERSA nº 143, de 28/08/2007, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 171, de 25/09/2007 - Apensos nºs: 1) E-12/020.267/2007 - Atualização de Tarifas de Gás - Vigência - 01/09/2007 - e 2) E-12/020.275/2007 - Atualização de Tarifas de GLP - Agosto/2007.

Voto 26 de fevereiro de 2008

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.219/2007

Data 03/07/2007 Fls.: 216

Rúbrica: ↓

Voto de Vista

Na Sessão Regulatória realizada em 31/01/2008, solicitei vista do presente processo, aplicando a prerrogativa conferida no art. 59 do Decreto Estadual nº 38.618, de 08/12/2005, e no *caput* do art. 73 do Regimento Interno da AGENERSA.

A princípio, cabe destacar que, por se tratar de Voto de Vista, o presente documento visa apenas a externar meu entendimento com relação a uma questão específica abordada no Voto do Ilmo. Sr. Conselheiro Revisor do Recurso, Dr. José Carlos dos Santos Araújo.

A questão em referência é relativa à possibilidade de, em sede de Recurso, corrigir por autotutela a decisão questionada, no sentido de determinar à Concessionária a restituição aos seus usuários de quantia equivalente ao dobro da indevidamente cobrada, ao invés da devolução simples dos aludidos valores, em atenção ao preconizado no parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor – legislação aplicável em âmbito nacional –, em seguida colacionado:

u



**AGENERSA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

"Art. 42. (...)

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável."

Inicialmente, é fundamental elucidar que a repetição do indébito por valor igual ao dobro do pago em excesso não equivale a uma imposição de sanção à Concessionária, mas sim à necessária observância da legislação vigente, garantindo-se, assim, a efetivação dos direitos conferidos ao consumidor. Em outras palavras, tal decisão não agrava a situação da Concessionária, porquanto a devolução aos usuários não se trata de penalidade, mas sim de conduta exigível por força de lei.

Isto porque, se o dispositivo legal em análise é claro ao estipular que a restituição em dobro, no caso de cobrança indevida, constitui um direito dos consumidores; enquanto o art. 4º, XVII, da Lei Estadual nº 4.556, de 06/06/2005, dispõe expressamente que compete a esta Agência Reguladora "resguardar os direitos garantidos pela Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor", conclui-se que a AGENERSA não goza de liberdade para decidir se deve ou não aplicar o estabelecido no parágrafo único do art. 42 do Estatuto do Consumidor.

A matéria já foi, inclusive, pacificada no Supremo Tribunal Federal, que consubstanciou, por meio da Súmula nº 473:

"A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade,

u

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.219/2007

Data 03/07/2007 Fls.: 217

Rúbrica: *f*



**AGENERSA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

Considerando os dispositivos legais em comento, verifica-se que a não aplicação da devolução em dobro em favor dos usuários prejudicados configura uma afronta à legislação pátria, pois é dever da AGENERSA, por força de lei, garantir os direitos conferidos no Código de Defesa do Consumidor.

Como é de conhecimento geral, a atuação da Administração Pública é vinculada às normas vigentes no País, em homenagem ao Princípio da Legalidade, consagrado no *caput* do art. 37 da Constituição da República ¹.

A respeito do assunto, é oportuno conferir o comando emanado do art. 2º, parágrafo único, I, da Lei Federal nº 9.784², de 29/01/1999, abaixo transcrito:

“Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;” *ll*

¹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

² Que “Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020-219/2007

Data 03/07/2007 Fla.: 218

Rúbricas: 4



**AGENERSA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Acerca do princípio constitucional da legalidade, discorre o Mestre Hely Lopes Meirelles³:

"A *legalidade*, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido (...).

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. (...) Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. (...)

As leis administrativas são, normalmente, de *ordem pública* e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros *poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos*. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa.

ll

Serviço Público Estadual
Processo n.º E-12/020.219/2007
Data 03/07/2007 Fls.: 219
Rúbrica: *ll*

³ In "Direito Administrativo Brasileiro" – 32ª edição. Malheiros: São Paulo, 2006, pp. 87/88.



**AGENERSA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

(...)

Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade (...), no sentido de que tanto atende às exigências da lei como se conforma com os preceitos da instituição pública.”⁴

É válido rememorar, em homenagem ao Princípio da Isonomia, igualmente alçado à esfera constitucional, consagrado no *caput* do art. 5º da Carta Magna⁵, que o entendimento ora defendido é o adotado por esta Agência Reguladora em hipóteses similares à tratada no vertente caso⁶, o que afasta a hipótese de engano justificável para a conduta da Concessionária, que afrontou os dispositivos contratual e legal, nos termos do art. 2º da Deliberação recorrida.

Conforme demonstrado, trata-se, na presente hipótese, de exercer o controle da legalidade do ato administrativo, eis que, verificada sua inadequação à determinação legal, é dever desta Agência Reguladora reformá-lo, conformando-o às normas vigentes.

É fundamental esclarecer que tal situação não se confunde com a *“reformatio in pejus”*, que se observa nas hipóteses de reapreciação do mérito, o que não ocorreu no caso em exame. A reapreciação somente restaria configurada caso, por exemplo, este Órgão Deliberativo julgasse que determinada conduta não configura infração legal e/ou contratual e, em sede de Recurso, mudasse seu entendimento para o sentido oposto. *u*

⁴ Grifos no original.

⁵ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”.

⁶ Por exemplo, nas Deliberações AGENERSA nº 016, de 26/01/2006, da CEG; 024, de 23/03/2006, da CEG RIO; 039, de 29/06/2006, da CEG RIO e 123, de 26/06/2007, da CEG.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.219/2007

Data 03/07/2007 Fls.: 220

Rúbrica: *u*



**AGENERSA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Faz-se necessário, na oportunidade, distinguir o controle da legalidade da *"reformatio in pejus"*, na medida em que o primeiro advém da obrigação imposta à Administração Pública de rever seus atos, nos casos em que se encontrem eivados de vícios, como, por exemplo, a inobservância de dispositivos legais; enquanto a segunda ocorre nas hipóteses em que o órgão público, ao analisar recurso interposto, reavalia a decisão proferida, por motivos de conveniência ou oportunidade, o que, claramente, não é o caso em debate.

Não há que se cogitar, ainda, eventual agravamento da sanção aplicada à Concessionária, porquanto, conforme exposto, a penalidade imposta foi apenas a advertência, que permanece inalterada. O que sugiro representa tão somente a observância à lei, textualmente determinada por vontade do legislador estadual no inciso XVII do art. 4º da Lei nº 4.556, de 06/06/2005.

Por fim, inexistente, igualmente, inobservância ao disposto no Regimento Interno da AGENERSA, que preconiza, em seu art. 79, que *"Do julgamento do recurso contra Deliberação do Conselho-Diretor não poderá resultar agravamento da sanção aplicada ao interessado"*, pois, conforme já afirmado, não se trata, na vertente hipótese, de sanção. Além do que, é indispensável considerar que tanto a lei de criação da AGENERSA – lei estadual – quanto o Estatuto do Consumidor – lei nacional, hierarquicamente superiores ao Regimento Interno deste Órgão Regulador, apontam no sentido da efetiva devolução aos usuários em dobro dos valores indevidamente cobrados.

Diante do exposto, mantenho o posicionamento defendido no meu Voto de Vista apresentado em 17/12/2007, sugerindo ao Conselho Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto por iniciativa da CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 143, de 28/08/2007, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 171, de 25/09/2007, para, no mérito, negar-lhe provimento;

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.219/2007

Data 03/07/2008 Fls.: 221

Rúbrica:



**AGENERSA
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

• Por autotutela, revogar o inciso IV do art. 5º da Deliberação AGENERSA nº 143, de 28/08/2007, substituindo seu texto pelo que segue:

IV - No caso da majoração tarifária do GLP no mês de agosto de 2007, o procedimento acima descrito deverá ser adotado, observados os prazos estabelecidos, logo após o recebimento nesta Agência Reguladora do aviso aos usuários quanto ao aludido aumento, sendo que, para os usuários identificados, deverá ser considerado o valor equivalente ao dobro da quantia paga por cada um.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.219/2007

Data 03/07/2007 Fls.: 222

Rúbrica:

É o Voto.

Darcilia Leite

Conselheira



AGENERSA

Rubrica:

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Processo n.º: E-12/020.219/2007
Autuação: 03.07.2007
Concessionária: CEG
Assunto: Atualização de Tarifas de Gás – Vigência a partir de 01/08/2007.
Relato: 31 de janeiro de 2008

VOTO DE VISTA

Solicitei vista deste processo na Sessão Regulatória, devolvendo-o agora com o meu voto, dando cumprimento ao artigo 73 do Regimento Interno desta AGENERSA.

Versam os presentes autos sobre a atualização das tarifas de gás, com vigência a partir de 01/08/2007, a todos os clientes, visando cobrir o impacto do aumento de 3,12% do custo de aquisição total do gás natural de produção nacional.

A Excelentíssima Conselheira Relatora, Dra. Darcília Aparecida da Silva Leite, em seu brilhante voto de vista de fls. 199/202, externado na Sessão Regulatória de 17 de dezembro de 2007, apresentou a sugestão de conhecer do Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA n.º. 143/2007¹, integrada pela Deliberação AGENERSA n.º. 171/2007, e, no mérito, negar-lhe provimento; e por autotutela, revogar o inciso IV do art. 5º da Deliberação AGENERSA n.º. 143/2007², substituindo seu texto pelo que se segue:

*“IV - No caso da majoração tarifária do GLP no mês de agosto de 2007, o procedimento acima descrito deverá ser adotado, observados os prazos estabelecidos, logo após o recebimento nesta Agência Reguladora do aviso aos usuários quanto ao aludido aumento, **sendo que, para os usuários identificados, deverá ser considerado o valor equivalente ao dobro da quantia paga por cada um.**” (grifo nosso)*



Processo: E12/020.219/2007
Data: 03/07/07 Pág. 251
AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Concordo plenamente com os fundamentos esposados pela Relatora no voto em questão, salvo quanto à proposta da restituição em dobro da quantia paga pelos usuários identificados, o que me motivou, inclusive, à solicitação de vista dos autos em sessão anteriormente realizada, onde propus a manutenção do disposto no Art.5º, inciso IV, da Deliberação AGENERSA nº. 143/2007, por vedação ao instituto da *reformatio in pejus*.

Em razão da fundamentação do voto por mim proferido, a Ilustre Conselheira novamente solicitou vista dos autos, reforçando a tese de autotutela, e sustentando ter havido controle de legalidade, o que não se confundiria com a hipótese da *reformatio in pejus*.

Todavia, ousou em discordar com a tese suscitada, já que a alteração sugerida pela Nobre Conselheira, além de reformar a decisão deste Conselho Deliberativo, impõe ao administrado ônus que apenas lhe sobreveio em decorrência de interposição de seu próprio recurso.

Afirma a Excelentíssima Conselheira que é o próprio Art.42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a restituição, em dobro, de quantia indevidamente cobrada, tratando-se de legislação aplicável em âmbito nacional.

De fato, não há o que se discutir quanto à aplicação nacional da legislação em comento, importante ato normativo na proteção do direito do consumidor.

Cabe, contudo, esclarecer que, ainda que se entenda que a repetição do indébito, por valor igual ao sobro, seja conduta exigível por força de lei, não se pode olvidar, que quando da Deliberação nº. 143/2007, tal ônus não foi imposto à Concessionária.

É sabido que cabe ao aplicador do Direito utilizar-se da "hermenêutica jurídica" para correta e eficaz adequação da norma, buscando com tal procedimento a sua verdadeira finalidade. "Interpretar", portanto, é fixar o verdadeiro sentido e o alcance, de uma norma jurídica.



Desta feita, ainda que o parágrafo único do Art.42 da Lei 8.078/90 preveja a restituição, em dobro, da quantia indevidamente cobrada do consumidor, não há óbice em aplicar a restituição de forma simples, o que, inclusive, é previsto no próprio dispositivo ao ressaltar a hipótese de erro justificável.

Não há dúvida de que a finalidade precípua da Lei nº. 8.078/90, é a proteção das relações consumeristas. Por outro lado, também é cediço que este âmbito de proteção apresenta dimensões distintas, que devem ser analisadas caso a caso.

O parágrafo único do Art.42 do Código de Defesa do Consumidor, ao prever a restituição por valor igual ao dobro que pagou em excesso, trouxe a lume a proteção máxima disponível ao intérprete do direito.


Uma interpretação teleológica sobre a matéria nos levaria a concluir que a finalidade da norma seria atingida com a restituição ao consumidor do valor que lhe fora indevidamente cobrado, o que poderia, contudo, ocorrer de forma simples, ou em dobro, tudo a depender da hipótese em evidência.

Este tem sido o entendimento prevalecente na doutrina pátria e jurisprudência, que, além da hipótese do engano justificável, também abarca a ausência de má-fé como forma de justificar a restituição simples dos valores indevidamente cobrados do consumidor.

Essa questão foi muito bem examinada por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, que sublinha, inclusive, hipótese em que a repetição sequer seria cabível:

“Se o engano é justificável, não cabe a repetição. (...) O engano é justificável exatamente quando não decorre de dolo ou de culpa. É aquele que, não obstante todas as cautelas razoáveis exercidas pelo fornecedor-credor, manifesta-se.”³



Serviço Público Estadual
Processo n.º E12020219, 2007
Data 03, 07, 07 Fto.: 253
Rubrica: 
AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de que a restituição em dobro do valor indevidamente cobrado, limita-se às hipóteses de má-fé, vejamos:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TARIFA DE ÁGUA E ESGOTO. ENQUADRAMENTO NO REGIME DE ECONOMIAS. CULPA DA CONCESSIONÁRIA. RESTITUIÇÃO EM DOBRO.1. O art. 42, parágrafo único, do CDC estabelece que “o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.2. Interpretando o referido dispositivo legal, as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte de Justiça firmaram orientação no sentido de que “o engano, na cobrança indevida, só é justificável quando não decorrer de dolo (má-fé) ou culpa na conduta do fornecedor do serviço” (REsp 1.079.064/SP, 2ª Turma, Rel. Min.Herman Benjamin, DJe de 20.4.2009). Ademais, “basta a culpa para a incidência de referido dispositivo, que só é afastado mediante a ocorrência de engano justificável por parte do fornecedor” (REsp 1.085.947/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 12.11.2008). Destarte, o engano somente é considerado justificável quando não decorrer de dolo ou culpa. (...) 4. Recurso especial provido.” 23/06/2009 - T1 - PRIMEIRA TURMA - Ministra DENISE ARRUDA - REsp 1084815 / SP



AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIROE12020219 2007
03 07 07
254

As colações acima, portanto, demonstram que o parágrafo único do Art.42 do Código de Defesa do Consumidor não se aplica de forma incondicionada, ou seja, a cobrança indevida, por si só, não é suficiente a autorizar a restituição em dobro.

Conclui-se, diante das razões aqui expostas, que a Deliberação AGENERSA nº. 143/2007, ao impor à Concessionária a restituição de forma simples, o fez por entender que não se aplicava à hipótese, a restituição em dobro.

Este Ilustre Conselho, ao proferir seu **decisum**, o fez, no meu entender, dentro da absoluta legalidade, em consonância com a doutrina, jurisprudência, e de acordo com o entendimento amplamente esposado por esta Agência Reguladora, no que tange a aplicação da restituição em dobro, apenas quando demonstrada a má-fé.

Ressalte-se que as razões ora explanadas não têm a pretensão de revolver o mérito do julgamento anteriormente proferido, mas tão somente explicitar e demonstrar que não consta da Deliberação AGENERSA nº. 143/2007, a ilegalidade apontada pela Ilustre Conselheira.

A autotutela é princípio da Administração Pública e envolve dois aspectos quanto à atuação administrativa:

- "1) aspectos de ilegalidade, em relação aos quais a Administração, de ofício, procede à revisão de atos ilegais; e
- 2) aspectos de mérito, em que reexamina atos anteriores quanto à conveniência e oportunidade de sua manutenção ou desfazimento."⁴

Mister salientar ainda, que a capacidade de autotutela está hoje consagrada, sendo, inclusive, objeto de firme orientação do Supremo Tribunal Federal, que a ela faz referência nas clássicas Súmulas nº. 346 e 473:

"Súmula 346: A administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos";



“Súmula 473: A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”

No caso em comento, entendo, que a Deliberação AGENERSA n.º 143/2007, foi proferida em observância à lei, uma vez que a restituição dos valores indevidamente cobrados, de forma simples, é procedimento previsto legalmente, corroborado ainda pela doutrina e jurisprudência. Inexistindo ilegalidade ou erro, restam inaplicáveis as súmulas acima noticiadas.

Em seu voto de vista, afirma a Ilustre Conselheira que o caso em comento **“afasta a hipótese de engano justificável para a conduta da Concessionária, que afrontou os dispositivos contratual e legal, nos termos do art.2º da Deliberação recorrida”**.

Entretanto, permitir a análise do que seria ou não “hipótese de engano justificável”, em sede recursal, é admitir a avaliação subjetiva dos elementos do processo, para ao final, concluir aplicável a penalidade mais gravosa, o que vai de encontro ao ordenamento constitucional, em afronta aos princípios do contraditório e plenitude de defesa.

Na mesma linha de raciocínio, destacamos as lições do professor José dos Santos Carvalho Filho⁵, *in verbis*:

“Suponhamos outras hipóteses: o servidor foi punido com a pena “A” porque assim o entendeu a autoridade competente como resultado da apreciação das provas, dos elementos do processo, do grau de dolo ou culpa, dos antecedentes etc. Observe-se que todos estes elementos foram considerados



AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIROE12020219/2007
03 07 07 256

subjetivamente para a conclusão da comissão. Se o servidor recorre da pena "A", não poderá a autoridade de instância superior proceder à nova avaliação subjetiva dos elementos do processo, para o fim de concluir aplicável a pena "B", de caráter mais gravoso. Aqui sim, parece-nos aplicável a vedação da reformatio in pejus, em ordem a impedir o agravamento da sanção para o recorrente".

Ressalte-se ainda, que a autotutela encontra limites na razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé, segurança jurídica, dentre outros princípios constitucionais, os quais devem ser observados especialmente quando atinja terceiros, como no caso em comento.

Ainda que ténue a linha divisória entre o instituto da autotutela e da **reformatio in pejus**, é possível constatar que no caso em tela resta configurada esta última hipótese, conforme restou demonstrado nas razões ora expostas a este Ilustre Conselho.

Ao autorizar a reforma da aludida Deliberação, este Conselho acabará por permitir a reapreciação do mérito, com o agravamento da situação do recorrente, em razão da interposição de seu próprio recurso, o que viola frontalmente a vedação à **reformatio in pejus**.

A proibição à **reformatio in pejus** tem por objetivo impedir que o julgamento do recurso interposto **somente por uma das partes**, possa reformar a decisão anteriormente proferida piorando a sua situação.

Se houvesse possibilidade de serem agravadas as penalidades e sanções, diante de recurso exclusivamente defensivo, restariam frustradas as legítimas expectativas de buscar a revisão dos atos administrativos, o que, a princípio, não se pode admitir, ressalvada a existência de previsão legal, o que não é o caso dos autos.



Indubitavelmente, o Estado Democrático de Direito incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. Aí, se demonstra a extrema importância do preâmbulo e do art. 1º da Constituição, quando afirmam que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de se organizar tal Estado, mas como proclamação e fundação do mesmo.

Portanto, não entendo que neste tipo de modelo estatal, o legislador tenha concedido um direito, com uma mão, e com a outra, tenha retirado a garantia que desse direito deriva. Se foi previsto o direito de recorrer, como agravar a situação daquele que faz uso desse direito?

Carmen Lúcia Antunes Rocha⁶ explica perfeitamente o sentido do Devido Processo Legal:

“Quanto ao processo administrativo, o princípio do devido processo constitucionalmente assegurado significa, em primeiro lugar, o dever da Administração Pública de atuar material e formalmente segundo o que o direito determine, fazendo com que o desempenho dessa atividade se faça por uma relação tendo como um dos pólos o administrado, que participa da dinâmica administrativa; em segundo lugar, o direito desse administrado de que essa relação se desenrole segundo os princípios que conferem segurança jurídica a seu patrimônio. Assim, o devido processo legal administrativo concerne tanto à forma quanto ao conteúdo das decisões administrativas e por ele se garante a certeza tanto do dever público quanto do direito do particular na relação administrativa”.



Processo nº E12020219/2007
Data 03/07/07
AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O Superior Tribunal de Justiça, criado para uniformizar o entendimento quanto às questões infraconstitucionais, tem reiteradas decisões negando veementemente a possibilidade de efetuar, em âmbito administrativo, a *reformatio in pejus*, conclusão se exara dos julgados aqui colacionados:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIÚVA DE EX-COMBATENTE DA MARINHA MERCANTE. PENSÃO PAGA A MENOR. REAJUSTAMENTO IGUALITÁRIO À REMUNERAÇÃO DOS ATIVOS. PRESCRIÇÃO. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. JUROS DE MORA. MAJORAÇÃO EM SEGUNDO GRAU SEM RECURSO DO VENCEDOR. REFORMATIO IN PEJUS. CPC, ART. 512. - A prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública, bem como suas autarquias e entidades paraestatais atinge o fundo de direito quando o ato lesivo da Administração negar a situação jurídica fundamental em que se embasa a pretensão veiculada. - Na hipótese, encontrando-se a situação jurídica consolidada pelo direito reconhecido à pensão e objetivando-se o pagamento do benefício no percentual de 100%, nos termos que dispõe a Lei 1.756/52, aplica-se o comando incerto na Súmula nº 85/STJ, que disciplina a prescrição quinquenal nas relações de trato sucessivo, em que são atingidas apenas as parcelas relativas ao quinquênio antecedente à propositura da ação. - As pensões concedidas aos beneficiários de ex-combatente têm que corresponder aos proventos de aposentadoria pelo instituidor da pensão se vivo estivesse, consoante o artigo 1º, da Lei nº 1756, de 1952, c/c o artigo 4º, do Decreto nº 36.911, de 1955. - **O acórdão que modifica o critério de fixação dos juros de mora, agravando a situação do recorrente, implica "reformatio in pejus" e afronta a regra do art. 512, do Código de Processo Civil.** - Recurso especial parcialmente conhecido e nesta extensão provido. (REsp 232733/RN, Relator(a) Ministro VICENTE LEAL, Órgão Julgador T6 - SEXTA TURMA Data do Julgamento 29/03/2000 Data da Publicação/Fonte DJ 24.04.2000 p. 79.) (Grifo nosso)



E ainda:

“PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. TERRAS SITUADAS EM FAIXA DE FRONTEIRA. JULGAMENTO ULTRA PETITA. REMESSA NECESSÁRIA. REFORMATIO IN PEJUS. SÚMULA 45 DO STJ. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA. INSTÂNCIA ORDINÁRIA NÃO ESGOTADA. 1. O Sistema Processual Brasileiro veda a reformatio in pejus em detrimento do único recorrente. 2. In casu, o Tribunal a quo, ao examinar o recurso interposto pelo INCRA, decidiu: "(...) de ofício, afastando a discussão dominial aqui implementada, fixar como justo o valor ofertado inicialmente pelo expropriante, acrescido de juros de mora e juros compensatórios, na forma da fundamentação supra; dar parcial provimento à apelação do INCRA para, somente, declarar que a sentença, no caso, é de extinção com julgamento de mérito; e, por não se tratar de hipótese em que se verifique o pressuposto do § 1 do art. 13 da Lei Complementar nº 76/93, não conhecer da remessa oficial.(...)" 3. Sob esse enfoque, não poderia o Tribunal a quo, ao julgar o mérito do recurso de apelação, agravar a situação do recorrente e conceder indenização aos expropriados, sem que estes tivessem recorrido da sentença, máxime porque se é defeso ao julgador, em sede de remessa necessária, agravar a situação da Autarquia Federal, à luz da Súmula 45/STJ, mutatis mutandis, com mais razão erige-se o impedimento de fazê-lo, em sede de apelação interposta pela própria fazenda pública, por força do princípio da vedação da reformatio in pejus. Precedentes desta Corte em hipóteses análogas: RESP 644700/PR, DJ de 15.03.2006; REsp 704698/PR, DJ de 16.10.2006 e REsp 806828/SC, DJ de 16.10.2006. 4. O Ministro Teori Zavascki, no julgamento de hipótese análoga, assentou que:" (...)O Tribunal de origem, ao acatar o pedido de ilegitimidade passiva do Estado do Paraná (com o que atendeu plenamente a pretensão principal), não poderia ter ido adiante, muito menos para o efeito de enfrentar matéria estranha à apelação, impondo aos demais litisconsortes uma carga de condenação não prevista na sentença recorrida.



AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AGENERSA

Serviço Público
Processo n.º E120020219
Data 03/07/07
2007
260

Sinale-se, ademais, que não era caso de reexame necessário, o qual, ainda que coubesse, não poderia acarretar um aumento de condenação para a pessoa de direito público em cujo favor o referido reexame foi criado. É o que prevê a súmula 45/STJ. (...) 7. Recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal não conhecido, porquanto dirigido em face de decisão monocrática."(REsp 738586/PR Relator(a)Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento06/09/2007 Data da Publicação/Fonte DJ 15.10.2007 p. 228)

Como estamos diante de Recurso da Concessionária, não sendo caso de processo revisivo realizado de ofício e, como não se encontram no feito outros envolvidos, a proibição da *reformatio in pejus* se impõe, sob pena de serem violados os princípios constitucionais do Devido Processo Legal e da Ampla Defesa.

Os processos sancionadores não admitem a *reformatio in pejus*. Nesses casos o interesse da coletividade em punir os infratores de acordo com a lei, cede espaço ao direito à recorribilidade que é uma extensão da garantia de ampla defesa. Prepondera, portanto, aqui os, já minuciosamente explicados, princípios do devido processo legal, plenitude de defesa, contraditório e segurança jurídica.

O que se constata dos autos, é a tentativa de imputar à Concessionária decisão desfavorável, decorrente da utilização dos meios de impugnação utilizados por aquela em seu próprio benefício e no exercício de seu direito de defesa.

Da mesma forma, não haveria que se cogitar da revogação do ato administrativo em tela, uma vez que esta somente seria admissível por motivo de conveniência ou oportunidade, como bem preceitua a o verbete da Súmula nº. 473 do Supremo Tribunal Federal, o que, todavia, não se aplica aos presentes autos.

Verifica-se, diante desta vasta explanação, que a pretendida revogação do inciso IV do art.5º da Deliberação AGENERSA nº. 143/2007, não é medida salutar, em razão de restar configurada a *reformatio in pejus*.



Ressalte-se ainda que à época da interposição do recurso não constava dos atos normativos desta Agência Reguladora qualquer menção quanto à possibilidade de modificação gravosa da decisão impugnada.

Ao revés, o art.79 do Regimento Interno desta AGENERSA dispunha que:

“Do Julgamento do recurso contra Deliberação do Conselho-Diretor não poderá resultar agravamento da sanção aplicada ao interessado.”

Tem-se, portanto, que o mencionado Regimento Interno era a norma aplicável quando da interposição do recurso administrativo em tela, regulando seu procedimento e vedando expressamente a *reformatio in pejus*.

Discordo da Excelentíssima Conselheira ao afirmar que a restituição em dobro, prevista no Art.42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor não teria natureza de “sanção”. Isso porque, dentre os inúmeros conceitos de “sanção”, há que se ressaltar aquele que afirma tratar-se de “medida repressiva infligida por uma autoridade”⁷, o que se aplica perfeitamente à hipótese em tela.

Esta AGENERSA, ao manter sua decisão, e aplicar ao recorrente a restituição dos valores indevidamente cobrados aos consumidores, de forma simples, respeita não apenas o Código de Defesa do Consumidor, mas também princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Não há que se falar em ofensa ao princípio da isonomia, já que este, adotado de forma substancial, tem por escopo tratar os desiguais de forma desigual, sendo esta a hipótese dos autos, diante da ausência de má-fé.



Com maestria, trata do tema da “igualdade substancial”, o Ilustre Doutrinador Luis Roberto Barroso, vejamos:

“... é legítima a desequiparação quando fundada e logicamente subordinada a um elemento discriminatório objetivamente aferível, que prestigie, com proporcionalidade, valores abrigados no texto constitucional”.⁸

Esta Agência Reguladora, em outras oportunidades, já imputou às Concessionárias a restituição em dobro dos valores indevidamente cobrados dos consumidores, o que, inclusive, restou salientado pela Ilustre Conselheira em seu voto de vista. Entretanto, desta vez entendeu o nobre Conselho pela restituição da forma simples, certamente, em razão da singularidade do caso.

Não entendo, portanto, haver ilegalidade ou erro no *decisum* proferido por este Conselho, já não que haveria como admitir a reforma da Deliberação AGENERSA nº143/2007, para atribuir ao recorrente o ônus de restituir aos consumidores os valores indevidamente cobrados, em dobro, sob pena de configurar-se a *reformatio in pejus*, expressamente vedado pelo Regimento Interno desta Agência Reguladora.

Por outro lado, cumpre salientar ainda, que resta pacificado na doutrina pátria e corroborado por lei, que havendo possibilidade de um resultado desfavorável ao recorrente, é necessário que lhe seja dada oportunidade de manifestação antes de proferida a decisão.

Oportunizar ao recorrente manifestação prévia diante da possibilidade de gravame superior àquele anteriormente proferido é permitir o pleno exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório.



AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O art.64 da Lei 9.784/99, lei mencionada pela Excelentíssima Conselheira em seu voto de vista, prevê expressamente a necessidade de formulação de razões pelo recorrente, antes de proferida a decisão, vejamos:

“Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.”(g.n)

Não obstante se tratar de lei de âmbito federal, cuja aplicabilidade restringe-se tão somente ao processo administrativo federal, cumpre citá-la, a fim de corroborar entendimento doutrinário pátrio.

O mestre *José dos Santos Carvalho Filho*⁹ averba sobre a Lei 9.784/1999:

“... se na apreciação do recurso, puder haver gravame ao recorrente, terá a autoridade que dar-lhe ciência do fato para que apresente suas alegações. Em outras palavras, a lei admitiu a reformatio in pejus, atenuando-a, porém, com a possibilidade de manifestação prévia do recorrente.”



Ressalte-se, inclusive, que o Art.79 do Regimento Interno desta AGENERSA sofreu recente alteração¹⁰, a qual restou publicada no Diário Oficial do Estado do Rio Janeiro em 14 de agosto de 2009, passando a vigorar com a seguinte redação:

“Art.79. Se da análise do recurso, houver agravamento da situação do Recorrente, o Conselho-Diretor deverá, antes do julgamento definitivo, notificá-lo para que formule alegações, no prazo de 10 dias, sem prejuízo da adoção de medidas de eficácia imediata, nos casos de urgência e interesse público relevante.” (g.n)

Como se pode observar, o Regimento Interno desta Agência Reguladora, mesmo após a alteração sofrida pela Resolução AGENERSA n.º. 002/2009, manteve, de forma reflexa, a vedação da **reformatio in pejus**.

Tal ilação decorre da simples leitura do artigo 79, ora em debate, o qual é inequívoco ao tratar do dever de notificar o recorrente, antes do julgamento definitivo, quando houver agravamento de sua situação.

Ainda que não aplicável à hipótese, já que quando da apresentação do mencionado recurso, a alteração ao Regimento Interno ainda não havia ocorrido, não se pode fechar os olhos à essência da nova norma.

A nova redação do Art.79 do Regimento Interno desta AGENERSA, a **contrario sensu**, veda a hipótese de modificação gravosa da decisão recorrida quando não for o recorrente regularmente notificado para se manifestar previamente a respeito da possibilidade de agravamento da decisão.

Nos presentes autos, contudo, não houve notificação prévia do recorrente para se manifestar sobre a possibilidade de modificação gravosa do **decisum**, o que, por si só, afastaria a imposição de ônus superior àquele constante da Deliberação AGENERSA n.º. 143/2007, ante à ofensa ao princípio do devido processo legal.



AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIROE 12020219 2007
03 07 07 264

Conclui-se, portanto, tratar-se de aplicação não apenas dos ditames normativos exaustivamente citados neste voto, como também, da adoção dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que permitir um resultado desfavorável em decorrência da utilização de recurso administrativo caracterizaria verdadeiro fato inibitório ao exercício de um direito legal e constitucional, e violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Por todo o exposto, sugiro ao Conselho Diretor conhecer do recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 143/2007, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 171/2007, e, no mérito, negar-lhe provimento, sem alteração do disposto no art. 5º, inciso IV, da Deliberação AGENERSA nº. 143/2007.

É como voto.


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro-Relator

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 143 28 DE AGOSTO DE 2007. CONCESSIONÁRIA CEG. ATUALIZAÇÃO DE TARIFAS DE GÁS – VIGÊNCIA A PARTIR DE 01/08/2007 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 tendo em vista o que consta no processo regulatório nº. E-12/020.219/2007 e seus Apenso nºs. E-12/020.267/2007 e E-12/020.275/2007, por unanimidade, DELIBERA. Art. 1º - Homologar a revisão das tarifas de gás natural da CEG, em 3,12% (três inteiros e doze centésimos por cento), com vigência a partir de 01/08/2007, e em 3,27% (três inteiros e vinte e sete centésimos por cento), com vigência a partir de 01/09/2007, conforme estruturas tarifárias em anexo. Art. 2º - Aplicar a penalidade de advertência à CEG, prevista na Cláusula Décima do Contrato de Concessão, em razão do descumprimento do disposto no §14 da Cláusula Sétima do instrumento concessivo, bem assim no art. 5º da Lei Estadual nº. 2.752, de 02/07/1997, devido à inobservância do prazo de 30 (trinta) dias de aviso prévio aos usuários quanto ao aumento tarifário do GLP. Art. 3º - Homologar a revisão das tarifas de GLP, relativa ao mês de agosto de 2007, somente 30 (trinta) dias após a divulgação do aumento tarifário aos usuários, com base no §14 da Cláusula Sétima do instrumento concessivo, bem assim no art. 5º da Lei Estadual nº. 2.752, de 02/07/1997. Art. 4º - Determinar à CEG que encaminhe a esta Agência Reguladora cópia da divulgação aos usuários quanto à majoração das tarifas de GLP relativa ao mês de agosto de 2007.

Art. 5º - Baixar o presente processo em diligência, para que I - A Câmara Técnica de Energia proceda, com a participação da Concessionária, no prazo de 30 (trinta) dias, à identificação dos usuários de gás natural que efetuaram o pagamento das tarifas em desconformidade com os valores constantes da estrutura tarifária em anexo, a partir de 01/08/2007, apurando os valores indevidamente pagos e indicando procedimento para a devolução em favor dos usuários identificados II - A Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária, no prazo de 30 (vinte) dias, promova a atualização monetária dos valores apurados em relação aos usuários identificados III - O montante relativo ao conjunto de usuários não identificados seja considerado em prol da modicidade tarifária, na ocasião da próxima Revisão Quinquenal da Concessionária IV - No caso da majoração tarifária do GLP no mês de agosto de 2007, o procedimento acima descrito deverá ser adotado, observados os prazos estabelecidos, logo após o recebimento nesta Agência Reguladora do aviso aos usuários quanto ao aludido aumento. Art. 6º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação. Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2007. José Cláudio Murat Ibrahim Conselheiro Presidente Ana Lucia Sanguedo Boynard Mendonça Conselheira Darcilia Aparecida da Silva Leite Conselheira João Paulo Dutra de Andrade Conselheiro José Carlos dos Santos Araújo Conselheiro

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 171 25 DE SETEMBRO DE 2007. CONCESSIONÁRIA CEG. ATUALIZAÇÃO TARIFAS DE GAS. EMBARGOS A DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 143, DE 28/08/2007 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-12/020.219/2007 e seus apensos E-12/020.267/2007 e E-12/020.275/2007, por unanimidade, DELIBERA. Art. 1º - Conhecer os Embargos interpostos por iniciativa da CEG em face da Deliberação AGENERSA Nº. 143, de 28/08/2007, negando-lhes provimento. Art. 2º - Esta deliberação entrará em vigor na data de sua publicação. Rio de Janeiro, 25 de setembro de 2007. José Cláudio Murat Ibrahim Conselheiro-Presidente Ana Lucia Sanguedo Boynard Mendonça Conselheira Darcilia Aparecida da Silva Leite Conselheira João Paulo Dutra de Andrade Conselheiro José Carlos dos Santos Araújo Conselheiro

³ GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e, FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; JUNIOR, Nelson Nery; DENARI, Zelmo, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Forense Universitária Biblioteca Jurídica, 7ª Edição

⁴ FILHO, José dos Santos Carvalho, Manual de Direito Administrativo, p. 20, Editora Lumen Juris, 13ª Edição.



Serviço Público Estadual

Processo n.º E12020219/2007

Data 03/07/07 Fls.: 265

AGENERSA

Rubrica:

**AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

³ FILHO, José dos Santos Carvalho, Manual de Direito Administrativo, p. 748, Editora Lumen Juris, 13ª Edição.

⁴ Carmen Lúcia Antunes Rocha. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro*, Revista de Direito Administrativo n.º 209, pág. 205.

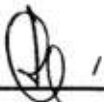
⁵ HOLANDA, Aurélio Buarque de, Novo Dicionário Aurélio, Editora Atlas, 1ª Edição, p.1266

⁶ BARROSO, Luis Roberto. *A Igualdade Perante à Lei: Algumas Reflexões em Tems Atuais do Direito Brasileiro*. 1ª série. Rio de Janeiro: UERJ, 1987, p.91.

⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho; Manual de Direito Administrativo, Ed. Lumen Juris, 13ª Edição.

⁸ Resolução AGENERSA N.º 002 de 23 de julho de 2009 - ALTERA O REGIMENTO INTERNO DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, APROVADO PELA RESOLUÇÃO AGENERSA N.º 001, DE 20/12/2006, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.



Rubrica: 

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 533

DE 26 DE FEVEREIRO DE 2010.

**Atualização de Tarifas de Gás –
Vigência a partir de 01/08/2007-
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 nº E-12/020.219/2007, por maioria,

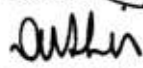
DELIBERA:

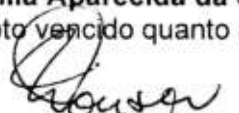
Art.1º - Conhecer do recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 143/2007, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 171/2007, e, no mérito, negar-lhe provimento.

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

Rio de Janeiro, 26 de fevereiro de 2010.


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro Presidente Relator Revisor


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira (voto vencido quanto à alteração do Art.5º)


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro