



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Processo nº.: E-12/020.512/2011.
Data de autuação: 10/11/2011.
Concessionária: CEG.
Assunto: Registro de Ocorrência na OUVIDORIA/AGENERSA com mais de 30 dias. Ocorrência nº 524662.
Sessão Regulatória: 28/05/2013.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso¹ interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.165, de 26 de julho de 2012, integrada pela Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.443, de 29 de janeiro de 2013.²

O presente regulatório fora instaurado para a apuração de irregularidade por parte da CEG (Ocorrência nº 524662), relativo a transtornos ocorridos após a instalação do aquecedor, e

¹Fls.130/144.

²DELIBERAÇÃO AGENERSA n.º 1443 DE 29 DE JANEIRO DE 2013

CONCESSIONÁRIA CEG – REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA /AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS. OCORRÊNCIA Nº 524662.

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-12/020.512/2011, por unanimidade, DELIBERA:

Art.1º - Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária, porquanto tempestivos, para no mérito, negar-lhes provimento, mantendo na íntegra a Deliberação embargada.

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

Rio de Janeiro, 29 de janeiro de 2013

José Bismarck Vianna de Souza Conselheiro-Presidente; Luigi Eduardo Troisi Conselheiro Moacyr Almeida Fonseca Conselheiro-Relator Roosevelt Brasil Fonseca Conselheiro Silvio Carlos Santos Ferreira Conselheiro

DELIBERAÇÃO-AGENERSA Nº. 1165 DE 26 DE JULHO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS. OCORRÊNCIA Nº 524662.

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-12/020.512/2011, por unanimidade, DELIBERA:

Art.1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 00001 % (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do instrumento concessivo, combinado com o art. 17, VI, e art. 18, I, ambos da Instrução Normativa nº. 01/2007, devido ao descumprimento do disposto no 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) e por não ter atendido à Ouvidoria desta Agência em tempo hábil.

Art. 2º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária e a Câmara Técnica de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de julho de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza Conselheiro -Presidente; Darcília Aparecida da Silva Leite - Conselheira; Luigi Eduardo Troisi - Conselheiro; Moacyr Almeida Fonseca Conselheiro - Relator; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviços Público Estadual
Processo nº 6-12/020-512/2011
Data 10/11/11 Fls.: 175
Rubrica: Y

agendamento não cumprido, dentre outros problemas na residência da Sra. Ana Maria Vassan, bem como demora em responder a Ouvidoria.

Preliminarmente, a Concessionária sustentou pela tempestividade da peça recursal, tendo em vista que a Deliberação supracitada foi publicada pela Imprensa Oficial no dia 13 de março de 2013 e a protocolização ocorrera em 22 de março de 2013.

No mérito, após breve apresentação dos fatos, abordou, dentre outros assuntos, a inobservância aos princípios da livre iniciativa, menor sacrifício e interpretação contra o predisponente, em uma análise hermenêutica contratual, sob os seguintes fundamentos:

"(...)

A esse propósito, é imperioso destacar que a interpretação de que as expressões 'obrigatória' e 'opcional' diriam respeito a uma opção a ser manifestada exclusivamente pelo usuário materializa um desrespeito aos ditames constitucionais, que restringem a aplicação de um regime jurídico de direito público apenas às atividades caracterizadas como serviço público.

Por via de consequência lógica, é jurídico afirmar que a recorrente está autorizada a deliberar livremente sobre a oferta ou não destas atividades, exclusivamente à luz de sua estratégia empresarial e como reflexo direto da aplicação do princípio da livre iniciativa. Aliás, é o que justifica ter sido este rol definido pelo Poder Concedente, de forma absolutamente apropriada, como opcional.

Em outras palavras, é necessário grifar que um contrato de concessão nunca poderia ser admitido como instrumento hábil a determinar que uma concessionária de serviço público seja obrigada a executar uma atividade econômica em sentido estrito, como é o caso da manutenção de um fogão a gás, não sem materializar um indiscutível absurdo jurídico.

(...)

Novamente, portanto, com a devida vênia, não há fundamento para permanecer a aplicação de penalidade em face da recorrente, notadamente porque qualquer suposta insatisfação do cliente deve ser abordada em sede

f



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviços Público Estadual
Processo nº E-12/000.512/2011
Data 10/11/11 Fls.: 176
Rubrica: *[assinatura]*

própria, considerando tratar-se de atividade econômica em sentido estrito, e não serviço público regulado, exigível à luz de um contrato de concessão.

(...)

Com efeito, a delimitação do sentido correto de um dispositivo contratual não é um exercício absolutamente livre a qualquer intérprete, segundo as suas íntimas e particulares convicções. Trata-se, ao revés, de exercício que deve respeitar standards reconhecidos, estudados e estabelecidos no âmbito da chamada Hermenêutica Contratual.

Assim, deve-se inicialmente considerar que um contrato de concessão é um contrato administrativo, e, como tal, deve ser interpretado de acordo com as suas características próprias.

No interesse do presente recurso, a principal particularidade a ser abordada é a posição predominante assumida pela Administração em relação ao particular, o que deflui não apenas da presença de cláusulas exorbitantes, mas notadamente do fato de se tratar de um contrato de adesão - em relação ao qual o particular não possui qualquer espaço para a negociação de suas cláusulas e condições.

(...)" (Grifos no original)

Por fim, porém não menos importante, a Concessionária sustentou a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, *in verbis*:

"(...)

Dito isto, torna-se importante identificar como o princípio da boa-fé objetiva pode ser, em termos práticos, aplicado com vista à orientação da interpretação de cláusulas contratuais.

(...)"

Concluiu requerendo o provimento do Recurso, para anular a multa imposta no art. 1º da Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.165/12 por ausência de fundamentos que a justifique.

[assinatura]



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviços Público Estadual

Processo nº E-12/020.512/2011

Data 10/11/11 Fls.: 177

Rubrica: *[assinatura]*

Através da Resolução do Conselho Diretor n.º 359³, o presente processo foi distribuído à minha relatoria.

Remetidos os autos à Procuradoria, para fins de manifestação quanto ao inteiro teor do Recurso, às fls. 153/160 exarou o parecer:

"(...)

Preliminarmente, é de se reconhecer a tempestividade do Recurso em tela, conquanto protocolizado nesta AGENERSA em 26/07/2012, com observância, portanto, do prazo de 10 (dez) dias estabelecido no art. 77 do respectivo Regimento Interno.

Como primeira razão de reforma a concessionária elabora tese referente aos serviços descritos na letra 'B', do item 13, do Anexo II, Parte 2, do contrato de concessão, notadamente no que tange ao direcionamento do caráter opcional expressamente atribuído aos mesmos.

Entende, em suma, que por serem atividades econômicas em sentido estrito a prestação de tais serviços não pode ser exigida à concessionária, de modo que a melhor interpretação da letra 'B', do item 13, Anexo II, Parte 2, do contrato de concessão, reclama o direcionamento da opcionalidade lá atribuída a ela própria e não aos consumidores.

Com efeito, a tese que fundamenta tal razão de recurso não é nova nesta Agência Reguladora, de sorte que seu Conselho-Diretor já sedimentou o entendimento de que a opcionalidade de que trata o dispositivo em voga refere-se ao consumidor e não à Concessionária, como convenientemente sustentado.

"(...)

Superado esse ponto, passo ao enfrentamento da próxima razão de recorrer da Concessionária, agora forte no argumento de que em razão da posição predominante da Administração Pública enquanto signatária do contrato do qual são partes, o respectivo instrumento concessivo revela-se como verdadeiro contrato de adesão.

³ Fls. 146.

[assinatura]



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviços Público Estadual
Processo nº E-12/020.512/2011
Data 10/11/11 Fls.: 178
Rubrica:

Paralelamente à equiparação do contrato de concessão ao contrato de adesão a Concessionária reclama a incidência do princípio da boa-fé objetiva, tudo com o pretense fim de fundamentar a necessidade de interpretar o instrumento contratual de maneira que melhor lhe aproveite, consubstanciado, in casu, na conclusão de que o Anexo II, Item 13, Parte 2 do contrato de concessão '(...) contempla disposições que oneram a concessionária (...) e, por isso, a opcionalidade lá expressa deve ser interpretada em seu favor.

É possível perceber que uma vez mais o esforço empregado pela Recorrente cai por terra diante dos mesmos fundamentos já utilizados para o enfrentamento de sua primeira razão de reforma, vez que, repita-se, o Conselho-Diretor desta Autarquia entende como única a interpretação de que os serviços descritos no Anexo II, Item 13, Parte 2 do contrato de concessão são opcionais ao consumidor, o que equivale dizer serem de prestação obrigatória pela Concessionária.

Se não bastasse, passo à análise de tal razão de reforma.

Como bem destacado pela Recorrente, os contratos de adesão estão ligados ao direito privado, são comumente utilizados nas relações de consumo e possuem como principal características sua elaboração unilateral por parte do fornecedor/vendedor do serviço, de modo que não é ofertado ao consumidor a discussão de suas cláusulas.

Acontece que a relação entre a Recorrente e a Administração Pública não se harmoniza aos moldes das relações consumeristas, onde a desigualdade econômica entre as partes é de larga margem, corriqueiramente rebaixando o consumidor a uma posição de extrema vulnerabilidade.

Já o contrato de concessão em baila revela a relação entre dois signatários com grande poder econômico e, embora esteja dotado de cláusulas exorbitantes que, de fato, deixam o poder concedente numa 'posição de predominância', não me parece possível afirmar que em tal relação uma parte seja vulnerável em relação à outra.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviços Público Estadual
Processo nº E-12/020.512/2011
Data 10/11/11 Fls.: 139
Rubrica: *[assinatura]*

Conforme já visto e mais de uma vez mencionado neste parecer, a interpretação alcançada pelo Conselho-Diretor a respeito do Anexo II, Item 13, Parte 2 do contrato de concessão é a de que os serviços lá descritos são opcionais aos consumidores e não à delegatária/recorrente.

Tal interpretação, ademais, soa-me de maneira extremamente razoável, na medida que parece ser a única a atender ao requisito indissociável dos contratos administrativos que é a persecução do interesse público.

(...)

Em se admitindo o contrário para encampar o entendimento suscitado pela Recorrente, estar-se-á - igualmente - admitindo, por outro turno, que o Anexo contratual seja desprovido de interesse público, o que se supõe apenas para fins de argumentação.

Alheio à indiscutível natureza privada dos serviços previstos na letra 'B' do Anexo II, Item 13, Parte 2, não é demais concluir que foi intenção do Poder Concedente, justamente em homenagem ao interesse público, que os mesmos fossem prestados por quem detém expertise técnica, a saber, aquele a quem acabara de conceder a exploração do serviço de distribuição de gás canalizado.

Desta feita, seja porque a redação do contrato de concessão não dá margem a interpretação diversa - conforme entendimento do Conselho-Diretor desta AGENERSA -, seja porque o inarredável objetivo da Administração Pública de atendimento ao interesse público conduz à tal interpretação, os serviços descritos no Anexo II, Item 13, Parte 2 do contrato de concessão, ao meu ver, são de prestação obrigatória pela Concessionária, de modo que a opcionalidade lá prevista é possível apenas ao consumidor.

Por fim, e mesmo que já mencionado no bojo deste parecer, não é demais destacar que o próprio contrato de concessão - ex vi Cláusula Quarta, §1º, Item 21 - prevê a possibilidade de alteração das metas apontadas no anexo

[assinatura]



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviços Público Estadual

Processo nº E-12/020.512/2011

Data 10/11/11 Fls.: 180

Rubrica: Y

Il ora rechaçado, prescindindo, no entanto, de solicitação fundamentada da Concessionária.

Diante do exposto, opino pelo conhecimento do Recurso, porque tempestivo, negando-lhe provimento quanto ao mérito.

É o parecer."

Por fim, às fls. 161 fora concedido prazo de 10 dias para apresentação de razões finais a Concessionária, através de Ofício AGENERSA CODIR/JB n.º 77, a qual, conforme fls. 168/169, recebeu cópia em arquivo eletrônico do processo.

Neste sentido, às fls. 171/172 restou apresentada as razões finais da Concessionária CEG, reiterando o aduzindo em sua peça recursal, em especial:

"(...)

A esse respeito, a CEG ratifica seus argumentos recursais, no sentido de que tal interpretação Contratual não é a mais adequada, mormente porque ignora o princípio da livre iniciativa.

Em que pese isso, ainda que se pudesse admitir a interpretação suscitada pelo CODIR, imprescindível seria que, para se penalizar a Concessionária, restasse amplamente comprovado nos autos que a cliente solicitou a instalação do aquecedor à CEG e, ainda que esta se recusou a prestá-lo o que, frise-se, não ocorreu.

Nessa esteira, para se pudesse imputar responsabilização à CEG, imprescindível seria que o conjunto de elementos probatórios e fáticos dos autos pudesse levar à conclusão que a Concessionária se negou a prestar o serviço eventualmente perquirido pelo consumidor, em respeito ao princípio da verdade material.

A esse respeito, iluminamos o princípio da verdade material, que, de mãos dadas com o princípio do interesse público, só permite à Administração Pública que impute penalidade nos casos em que haja conjunto probatório demonstrando realidade incontroversa, o que não ocorreu no caso em questão.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviços Público Estadual

Processo nº E-12/020.512/2011

Data 10/11/11 Fls.: 181

Rubrica: *[assinatura]*

O fato é que o objeto dos autos é reclamação referente a serviço prestado por empresa particular, no regime da livre iniciativa, não cabendo a AGENERSA adentrar no mérito da questão, mormente porque não restou configurada a existência de infração por parte da CEG, uma vez que não se pode presumir que o cliente teria solicitado o serviço à Concessionária, mas sim, que o contratou diretamente junto à empresa GNS.

Ainda nesta toada, transcrevemos, abaixo, Parecer da Procuradoria da AGENERSA, nos autos do processo regulatório E-12/020.460/2012, fls. 43 dos autos, que corrobora o posicionamento exposto acima:

'a uma porque a CAENE - órgão técnico competente para tanto - não relacionou a construção de ramificação interna de gás a nenhum dos serviços dispostos nas letras 'A' e 'B' do Anexo II, item 13, Parte 2 do Contrato de Concessão. A duas, porque - ainda que o serviço pretendido devesse ser prestado pela Concessionária - não há nos autos informação a respeito da solicitação originária da usuária. Em outras palavras, não resta claro se a reclamante solicitou o serviço de construção de ramificação interna à CEG ou se direto à GNS, caso em que não haveria de se falar em recusa da Concessionária na prestação de serviço.'

Assim, tendo em vista os argumentos já aduzidos ao longo do presente processo, especialmente em sede Recursal, a CEG requer ao CODIR que de provimento ao seu Recurso, anulando a Deliberação n.º 1.165, de 26/07/2012 e, por via de consequência a sanção de multa aplicada.

Sendo o que havia para o momento, esta Delegatária renova seus protestos de elevada estima e consideração por esta d. Autarquia." (grifo no original)

É o relatório.

[Assinatura]
José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Processo n.º : E-12/020.512/2011.
Data de autuação: 10/11/2011.
Concessionária: CEG.
Assunto: Registro de Ocorrência na OUVIDORIA/AGENERSA com mais de 30 dias. Ocorrência n.º 524662.
Sessão Regulatória: 28/05/2013.

VOTO

Trata-se de Recurso¹ interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.165, de 26 de julho de 2012, integrada pela Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.443, de 29 de janeiro de 2013.²

Na supramencionada Deliberação, este Conselho Diretor aplicou a penalidade de multa no montante de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento), ante o descumprimento do

¹Fls.130/144.

²DELIBERAÇÃO AGENERSA N. 1443 DE 29 DE JANEIRO DE 2013

CONCESSIONÁRIA CEG – REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA /AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS. OCORRÊNCIA Nº 524662.

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 n.º E-12/020.512/2011, por unanimidade, DELIBERA:

Art.1º - Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária, porquanto tempestivos, para no mérito, negar-lhes provimento, mantendo na íntegra a Deliberação embargada.

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

Rio de Janeiro, 29 de janeiro de 2013

José Bismarck Vianna de Souza Conselheiro-Presidente; Luigi Eduardo Troisi Conselheiro Moacyr Almeida Fonseca Conselheiro-Relator Roosevelt Brasil Fonseca Conselheiro Silvío Carlos Santos Ferreira Conselheiro

DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 1165 DE 26 DE JULHO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS. OCORRÊNCIA Nº 524662.

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 n.º E-12/020.512/2011, por unanimidade, DELIBERA:

Art.1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 00001 % (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do instrumento concessivo, combinado com o art. 17, VI, e art. 18, I, ambos da Instrução Normativa n.º 01/2007, devido ao descumprimento do disposto no 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) e por não ter atendido à Ouvidoria desta Agência em tempo hábil.

Art. 2º - Determinar à Secretaria-Executiva, em conjunto com a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária e a Câmara Técnica de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007.

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de julho de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza Conselheiro -Presidente; Darcília Aparecida da Silva Leite - Conselheira; Luigi Eduardo Troisi - Conselheiro; Moacyr Almeida Fonseca Conselheiro - Relator; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

prazo de atendimento ao usuário, bem como por resposta à solicitação da AGENERSA após 30 dias.

O presente regulatório fora instaurado para a apuração de irregularidade por parte da CEG (Ocorrência nº 524662), relativo a transtornos ocorridos após a instalação do aquecedor, e agendamento não cumprido, dentre outros problemas na residência da Sra. Ana Maria Vassan, bem como demora em responder a Ouvidoria.

Preliminarmente, a Concessionária sustentou pela tempestividade da peça recursal, tendo em vista que a Deliberação supracitada foi publicada pela Imprensa Oficial no dia 13 de março de 2013 e a protocolização ocorrera em 22 de março de 2013.

No mérito, após breve apresentação dos fatos, abordou, dentre outros assuntos, a inobservância dos princípios da livre iniciativa, menor sacrifício e interpretação contra o predisponente, em uma análise hermenêutica contratual.

Por fim, a Concessionária sustentou a aplicação do princípio da boa-fé objetiva e concluiu requerendo pelo provimento do Recurso, para anular a multa imposta no art. 1º da Deliberação AGENERSA/CD, n.º 1.165/12, considerando a inexistência do dever contratual da recorrente em prestar o serviço "instalação de aparelho aquecedor a gás", por se tratar de serviço opcional, sujeito à decisão empresarial, em consonância com o princípio da livre iniciativa.

As fls. 88/91, a Procuradoria desta Autarquia Especial ofertou parecer opinando pela manutenção da Deliberação impugnada, por atender os requisitos legais, e, por consequência, negar provimento ao Recurso.

Instada a apresentar suas manifestações, a Recorrente reiterou os termos da peça Recursal, inovando em sede de razões finais, trazendo à baila um suposto entendimento da Procuradoria desta Agerensa pela ilegitimidade da Concessionária para figurar no feito.

Registro, em caráter preliminar, a tempestividade do presente Recurso, eis que o mesmo foi interposto dentro do prazo regulamentar³.

No mérito, não vejo como prosperar os argumentos aduzidos pela Recorrente, pelas razões que passo a aduzir:

³ Art. 61, Decreto nº 38.618/2005. Independentemente do disposto no artigo 61 deste Decreto, caberá uma única vez, no prazo de 10 (dez) dias, recurso da parte inconformada ao próprio Conselho - Diretor.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

De forma não exaustiva e com a acuidade necessária, passo a analisar cada item abordado na peça Recursal da Concessionária CEG.

Em primeiro lugar, a Concessionária sustentou o desrespeito por esta AGENERSA no que tange a livre iniciativa, resguardada a opção do consumidor.

Como bem apontou a Procuradoria às fls. 155, a malfadada tese da livre iniciativa já fora veementemente rechaçada por este Conselho Diretor, em que a opção refere-se ao consumidor, e não, à Concessionária.

Despicienda maiores digressões sobre o tema, brilhantemente relatado pela então Conselheira Darcília Aparecida da Silva Leite, relatora nos autos do Processo Regulatório E-12/020.449/2010, em que o Conselho Diretor assentou o entendimento da opção pelo usuário, e não, à Concessionária, *in verbis*:

"(...)

Ademais, a interpretação que faz do dispositivo contratual já citado, entendendo que serviços opcionais 'São aqueles que podem ou não ser prestados pela Concessionária, dependendo das atividades desempenhadas. Sempre são condicionados à aceitação do consumidor, pois somente são realizados caso haja pedido do mesmo e nos casos em que tais atividades são desenvolvidas pela concessionária', somente poderia ser concedido se não existisse a definição dos 'Prazos para os itens "A" e "B". O prazo para estar apta a atender aos usuários nos prazos estipulados acima é de no máximo 6 (seis) meses', o que se encontra claramente estabelecido no instrumento contratual que, desnecessário lembrar, foi firmado também pela Delegatária, denotando seu inteiro conhecimento e anuência com os compromissos ali pactuados.

Não se compreende, portanto, que tente impingir a este Ente Regulador uma interpretação que, alheia ao disposto no Contrato de Concessão, atribui a ela, Concessionária, uma prerrogativa de que não dispõe, ou seja, a oferta opcional dos serviços ali listados



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

quando, da simples leitura dos termos avençados, salta aos olhos que tal faculdade é dirigida ao usuário.

Ademais (...) a posição da CEG, ao entender a prestação de tal serviço como uma faculdade, não encontra respaldo legal ou contratual.

Sendo inquestionável o fato de que o contrato constitui lei entre as partes signatárias, não é facultado a um dos subscritores deixar de cumprir qualquer de seus termos, com base em seu íntimo convencimento.

Além disso, a tese da Concessionária simplesmente lhe confere prerrogativa exclusiva do Poder Público, ao pretender promover a alteração unilateral do contrato administrativo. Ressalte-se que a aludida faculdade é conferida apenas à Administração Pública, nas hipóteses autorizadas por lei e com lastro nas chamadas cláusulas exorbitantes, com base no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

(...)

Da análise do dispositivo contratual reproduzido, não restam dúvidas de que qualquer modificação que se pretenda realizar nos requisitos de qualidade e segurança dos serviços descritos naquele dispositivo (Anexo II) deverá ser precedida de solicitação formal da concessionária, devidamente fundamentada em razões de inviabilidade de cumprimento das metas estabelecidas, bem como de prévia e expressa anuência desta Agência Reguladora, acrescentando-se que o dispositivo citado acima não prevê qualquer exceção. Desta forma, não merece ser acolhido o argumento da CEG de que 'a Concessionária não presta e nem tem a obrigação de prestar tais serviços'. (Grifos no original)



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020-512-1084

Data 10/11/2011 Pm 186

Roberto f

No que tange ao alegado descumprimento à hermenêutica contratual, desconsiderar a exegese da AGENERSA é ir de encontro a todo o sistema regulatório presente em nosso ordenamento jurídico, fazendo tabula rasa do direito.

Outrossim, a Procuradoria, analisando a tese da hermenêutica e seus consectários, oportunamente destacou que o contrato ora firmado é de 'adesão', não havendo espaço para a discussão contratual entre as partes, sem sequer haver lesão a boa-fé objetiva.

É desconsiderado pela Recorrente o fato de se ter um contrato regido sob a égide do direito público, como é o contrato de concessão do serviço público e que a desigualdade econômica há de prevalecer na relação consumerista, e não, na relação de direito público.

Neste sentido, o ente estatal a atuar, neste caso a AGENERSA, deve sempre perseguir o interesse público, o qual é inafastável.

De outro talante, em que pese ensinamentos doutrinários no sentido da mitigação do direito público, não há como desconsiderá-lo e aplicar a sistemática do direito civil, a qual, repita-se, não aplicada na presente relação de direito público, em que o interesse público há de ser superior ao interesse das partes.

Assim, totalmente inadequada a aplicação do direito civil à esta relação pública.

Por fim, analisando o excerto colacionado pela recorrente, afasto por completo sua aplicação em sede do presente regulatório, pois o caso não se subsume ao ora analisado, senão vejamos.

No processo E-12/020.460/2012, processo em que exarado o entendimento pela suposta ilegitimidade da recorrente, o que se discute é a responsabilização por construção de ramificação interna de gás. Neste regulatório, a aplicação da penalidade fora por transtornos na instalação de aquecedor.

Com efeito, a construção de ramificação interna de gás é de responsabilidade não da Concessionária, e sim, do usuário. Entretanto, o transtorno na instalação de gás pode, sim, ser imputado a CEG.

Portanto, a aplicação desse excerto de forma diametralmente oposta, totalmente fora de contexto, é temerária e inadequada, considerando as peculiaridades de cada caso, em especial a envolver a fiscalização desta Autarquia Especial.

8



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Pois bem, ultrapassadas essas questões que, inclusive, fogem sobremaneira do objeto do presente regulatório, passo a abordagem da ocorrência que desencadeou o procedimento em apreço.

Observei a ausência de abordagem no recurso do que ocasionou a penalidade, a saber, transtornos na instalação do aquecedor a gás, demora no deslinde da questão e mais de 30 (trinta) dias para responder a AGENERSA.

Observei que a Concessionária sequer aborda em seu recurso os fatos e as consequências oriundas do transtorno gerado à usuária pela instalação inadequada do aquecedor e demais problemas, limitando-se a aduzir, apenas, questões meramente processuais.

Outrossim, na tentativa de se esquivar de sua responsabilidade, a Concessionária afirma que a responsabilidade é da GNS, o que, repita-se, conforme já citado no voto da ex-Conselheira Darcília Aparecida da Silva Leite, é corretamente rechaçado por esta AGENERSA.

Causa espécie o longo lapso temporal na demora em responder ofício da Agência, mostrando certo descaso com as cláusulas contratuais, pois a solicitação da OUVIDORIA fora remetida em 29/09/11 e respondida somente em 25/11/11.

A meu ver, totalmente injustificada a demora de **quase 2 (dois) meses** para a resposta de solicitação desta AGENERSA.

Em novo cotejamento dos autos, bem como analisando mais amiúde os votos do Conselheiro Relator originário, considero irrefutáveis as razões expendidas em suas manifestações, com a abordagem feita na sobriedade esperada.

Assim, fazendo nova ponderação entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, entendo que a multa aplicada sopesou todo o contexto processual, não havendo o que se refutar.

Presentes as razões expostas, e examinando a Deliberação ora recorrida, rejeito totalmente os argumentos da Concessionária CEG no Recurso interposto, sugerindo ao Conselho Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 1.165 de 26 de julho de 2012, integrada pela Deliberação AGENERSA nº.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

1.443, de 29 de janeiro de 2013, eis que respeitada a tempestividade, para no mérito, negar-lhe provimento, mantendo na íntegra a Deliberação ora recorrida.

É como voto.


José Bismarck Vianna de Souza

Conselheiro-Presidente-Relator



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 1621

DE 28 DE MAIO DE 2013.

Registro de Ocorrência na
OUVIDORIA/AGENERSA com mais de 30
dias. Ocorrência n.º 524662.

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 n.º E-12/020.512/2011, por unanimidade,

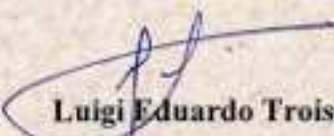
DELIBERA:

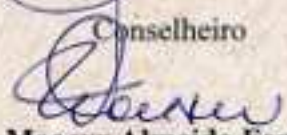
Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA n.º 1.165 de 26/07/2012, integrada pela Deliberação AGENERSA n.º 1.443, de 29/01/2013, eis que respeitada a tempestividade, para no mérito, negar-lhe provimento, mantendo na íntegra a Deliberação recorrida.

Art. 2º - A presente Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

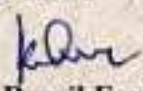
Rio de Janeiro, 28 de maio de 2013.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Silvío Carlos Santos Ferreira
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro