



Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/020.327/2012
Data 11/06/2012 Fls.: 868
Rubrica: J. 16:4431478-7

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Processo nº: E-12/020/327/2012
Data de autuação: 11/06/2012
Concessionária: CEG
Assunto: Execução de serviço de assistência técnica prestado pela GNS.
Sessão Regulatória: 31 de janeiro de 2017

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto contra a Deliberação AGENERSA nº 2223/2014¹, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 2363/2015².

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2223, DE 30 DE OUTUBRO DE 2014

CONCESSIONÁRIA CEG – EXECUÇÃO DE SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA PRESTADO PELA GNS.
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-12/020/327/2012 (Processos apensados: E-12/020/365/2011; E-12/020/531/2011; E-12/020/530/2011; E-12/020/197/2012; E-12/020/461/2012; E-12/020/523/2011; E-12/020/350/2012; E-12/020/228/2012; E-12/003/454/2013; E-12/003/736/2013; E-12/003/695/2013; E-12/003/130/2014; E-12/003/453/2013 e E-12/003/733/2013), por unanimidade, **DELIBERA**:

Art. 1º - Considerar a Concessionária CEG responsável pelos serviços prestados por terceiros, quando o usuário busca diretamente a Delegatária e é redirecionado, independente de serem, os serviços, classificados como obrigatórios ou opcionais pelo Contrato de Concessão, conforme sintetizado nas seguintes hipóteses:

Primeira hipótese - o usuário busca a Concessionária CEG para realização de serviços previstos no Contrato de Concessão como obrigatórios e é encaminhado a terceiro. Importante lembrar que, por tratar-se de serviços obrigatórios, a Concessionária detém o monopólio no Estado e não pode repassá-lo a terceiros, ainda que empresa do mesmo grupo econômico."

Segunda hipótese - "...o usuário busca serviços opcionais junto a CEG, e esta, novamente, indica terceiro para a realização dos serviços. Nesse sentido, por tratar-se de serviços opcionais, estes são condicionados a aceitação pelo usuário e podem ser realizados por outros prestadores presentes no mercado."

Art. 2º - Determinar abertura de processo específico para apurar se os valores pagos pela GNS à CEG por conta da utilização de espaço na conta de cobrança e uso da estrutura atuam em favor da concessão, bem como se os valores acordados nos contratos de cooperação e de cessão de direitos e outras avenças estão de acordo com os praticados no mercado, de modo que tragam benefício para a prestação do serviço público e modicidade tarifária.

Art. 3º - Alterar o item II da Cláusula Décima do termo de Condições Gerais de Fornecimento da Concessionária CEG, que passará a ter a seguinte redação:

"Cláusula 10ª - Disposições Gerais: (i) Não será permitida a utilização de gás em botijões ou cilindros, nas edificações dotadas de instalações internas situadas em ruas servidas por gás canalizado (art. 144 do cosp); (ii) O cliente autoriza a CEG utilizar a conta de gás para cobrança de serviços prestados por empresas parceiras; (iii) O objeto deste contrato, no que couber, condiciona-se à obtenção das licenças devidas e da análise de viabilidade técnica e econômica do projeto; (iv) Quaisquer alterações nos ambientes internos da residência ou do estabelecimento comercial do cliente, entre a data da assinatura do presente e a execução dos serviços, tornará este contrato inválido; (v) Quaisquer alterações nas instalações e equipamentos de medição de gás solicitados pelo cliente serão realizadas após aprovação da CEG, sendo tais despesas suportadas pelo cliente; (vi) A participação do cliente nas despesas de implantação e instalação do ramal externo não dará direito a este de pleitear qualquer titularidade desta rede, a qual será da CEG; (vii) os direitos e obrigações, entre a CEG e o cliente, serão regidos por este instrumento e pela legislação em vigor."

Art. 4º - Por conta do entendimento firmado no corpo do voto, em consonância com os pareceres técnico e jurídico:

I - Em relação ao processo E-12/020/365/2011;

I.a - Determinar que a SECEX, procedendo o seu desentranhamento, apure se há processos regulatórios específicos para cada ocorrência mencionada nos autos e, caso não exista, que realize a abertura de um processo para contemplá-las.

II - Em relação ao processo E-12/020/531/2011;

II.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de advertência por conta do não cumprimento dos prazos previstos para envio de resposta a Ouvidoria desta Agência, conforme art. 18, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007 e/ou Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 19/2011, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão.

II.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 014/2010.

III - Em relação ao processo E-12/020/530/2011;

III.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de advertência por conta do não cumprimento dos prazos previstos para envio de resposta a Ouvidoria desta Agência, conforme art. 18, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007 e/ou Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 19/2011, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

III.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

IV - Em relação ao processo E-12/020.197/2012;

IV.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de advertência, tendo em vista o repasse do usuário a empresa parceira para realização de serviço considerado opcional pelo Contrato de Concessão.

IV.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

V - Em relação ao processo E-12/020.461/2012;

V.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de multa de 0,00005% (cinco centésimos de milésimo por cento) sobre o seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração, tendo em vista o repasse do usuário a empresa parceira para realização de serviço considerado opcional pelo Contrato de Concessão.

V.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária e Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

VI - Em relação ao processo E-12/020.523/2011;

VI.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de advertência por conta do não cumprimento dos prazos previstos para envio de resposta a Ouvidoria desta Agência, conforme art. 18, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 c/c Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 19/2011, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão.

VI.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

VI.c - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de multa de 0,00005% (cinco centésimos de milésimo por cento) sobre o seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração, tendo em vista o repasse do usuário a empresa parceira para realização de serviço considerado obrigatório pelo Contrato de Concessão.

VI.d - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária e Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

VII - Em relação ao processo E-12/020.350/2012;

VII.a - Revogar a Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.444/13 para que a Deliberação AGENERSA 1.262/12 retome os seus efeitos.

VII.b - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de multa de 0,00005% (cinco centésimos de milésimo por cento) sobre o seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração, tendo em vista o repasse do usuário a empresa parceira para realização de serviço considerado opcional pelo Contrato de Concessão.

VII.c - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária e Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

VIII - Em relação ao processo E-12/020.228/2012;

VIII.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de multa de 0,00005% (cinco centésimos de milésimo por cento) sobre o seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração, tendo em vista o repasse do usuário a empresa parceira para realização de serviço considerado opcional pelo Contrato de Concessão.

VIII.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária e Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

IX - Em relação ao processo E-12/003.736/2013;

IX.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de advertência por conta do não cumprimento dos prazos previstos para envio de resposta a Ouvidoria desta Agência, conforme art. 18, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 c/c Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 19/2011, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão.

IX.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

IX.c - Considerar a Concessionária CEG isenta de responsabilidade, tendo em vista que o usuário buscou diretamente a prestação de serviço de assistência técnica junto a empresa privada.

X - Em relação ao processo E-12/003.130/2014;

X.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de advertência por conta do não cumprimento dos prazos previstos para envio de resposta a Ouvidoria desta Agência, conforme art. 18, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 c/c Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 19/2011, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão.

X.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

X.c - Considerar a Concessionária CEG isenta de responsabilidade, tendo em vista que o usuário buscou diretamente a prestação de serviço de assistência técnica junto a empresa privada.

XI - Em relação ao processo E-12/003.453/2013;

XI.a - Considerar a Concessionária CEG isenta de responsabilidade, tendo em vista que o usuário buscou diretamente a prestação de serviço de assistência técnica junto a empresa privada.

XI.b - Encerrar o presente processo.

XII - Em relação ao processo E-12/003.733/2013;

XII.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de multa de 0,00005% (cinco centésimos de milésimo por cento) sobre o seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração, tendo em vista o repasse do usuário a empresa parceira para realização de serviço considerado opcional pelo Contrato de Concessão.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual

Processo nº 12.12.020.327 / 2012

Data 11 / 06 / 2012 Fls.: 840

Rubrica: J 75.4431478-7

Consta à fl. 725 Resolução AGENERSA CODIR nº 481, através da qual o Recurso foi distribuído à relatoria deste Gabinete.

Tendo sido pedido efeito suspensivo, o mesmo foi indeferido³, tendo em vista não encontrarem-se presentes os requisitos previstos no art. 79, §2º do Regimento Interno da AGENERSA. Entretanto, inconformada com essa decisão, a Concessionária CEG apresentou Pedido de Reconsideração⁴, o qual, após análise, foi acolhido, tendo sido portanto deferido o pedido de efeito suspensivo⁵, no que tange à obrigação disposta no art. 5º da Deliberação AGENERSA nº 2223/2014.

Preliminarmente, a Concessionária aponta a tempestividade da peça recursal. No mérito aponta:

1. Art. 1º da Deliberação 2223/2014 e divergência interpretativa acerca dos "Serviços Opcionais".

Nesse tópico aponta que *"o entendimento positivado pelo Conselho Diretor no Art. 1º da atacada Deliberação, vai de encontro com a interpretação da Concessionária acerca do que há de ser considerado "Serviço Opcional" no Anexo II do Contrato de Concessão."* Acrescenta que *"(...) deve-se considerar que o*

XII.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária e Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 014/2010.

Art. 5º - Determinar que a Concessionária CEG, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, apresente a esta AGENERSA estudo referente a novo modelo de fatura de consumo de gás que possibilite o consumidor efetuar pagamento dos serviços prestados por empresas parceiras nas cobranças expedidas pela CEG de forma separada do consumo de gás.

Art. 6º - Determinar a abertura de processo específico para revisar o termo de Condições Gerais de Fornecimento da Concessionária CEG, em especial, a Cláusula Sétima, a qual contraria o disposto no Anexo II, Parte 2, item 13-B, do Contrato de Concessão.

Art. 7º - A presente deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2014. JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA, Conselheiro-Presidente-Relator ID 44089767; LUIGI EDUARDO TROISI, Conselheiro ID 44299605; MOACYR ALMEIDA FONSECA, Conselheiro ID 43568076; ROOSEVELT BRASIL FONSECA, Conselheiro ID 44082940; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA Conselheiro ID 39234738.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2363, DE 28 DE JANEIRO DE 2015.

CONCESSIONÁRIA CEG – EXECUÇÃO DE SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA PRESTADO PELA GNS.
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-12/020/327/2012 (Processos apensados: E-12/020/365/2011; E-12/020/531/2011; E-12/020/530/2011; E-12/020/197/2012; E-12/020/461/2012; E-12/020/523/2011; E-12/020/350/2012; E-12/020/228/2012; E-12/003/454/2013; E-12/003/736/2013; E-12/003/695/2013; E-12/003/130/2014; E-12/003/453/2013 e E-12/003/733/2013), por unanimidade, **DELIBERA**:

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD nº 2.223/2014, para no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a Deliberação embargada.

Art. 2º - A presente deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 28 de Janeiro de 2015. JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA, Conselheiro – Presidente – Relator; LUIGI EDUARDO TROISI, Conselheiro; MOACYR ALMEIDA FONSECA, Conselheiro; ROOSEVELT BRASIL FONSECA, Conselheiro; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA, Conselheiro.

³ Fl. 729.

⁴ Fls. 730/744.

⁵ Fl. 745.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.327/2012

Data 11/06/2012 Fls. 871

Rubrica: 5 215.4431448.7

desfrute do serviço público por parte do usuário depende do oferecimento destas atividades obrigatórias à Concessionária, que passam a integrar a própria prestação do serviço público e, portanto, não podem ser consideradas como meras atividades econômicas em sentido estrito. De outra banda, o mesmo não se pode dizer relativamente ao grupo de serviços opcionais. No que tange a este grupo de serviços, que compreende a conversão de aparelhos, detecção de vazamentos e serviços de assistência técnica, dentre outros, a concessionária é apenas mais um agente a disputar este segmento de mercado, sendo plenamente possível ao usuário recorrer a um sem número de outras empresas e profissionais autônomos para o atendimento de sua necessidade."

No que tange aos serviços opcionais, entende que "assim, como a participação da concessionária, nesta seara, não se revela essencial para a fruição do serviço público por parte do usuário, não se justifica a aplicação de um regime jurídico de direito público, a autorizar a imposição de obrigatoriedade para a Concessionária quanto à sua realização. Por via de consequência lógica, é juridico afirmar que a Concessionária estará, neste caso, 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, em seu expoente máximo. Aliás, é o que justifica ter sido este rol definido pelo Poder Concedente, de forma absolutamente apropriada, como opcional" e aduz que "gera ainda maior estranheza lógica o fato de que para o serviço ser 'aceito pelo consumidor', ele antes deve ser oferecido. Se é opcional o oferecimento, a prestação, a Concessionária não pode ser penalizada por não fazer o que lhe era facultado".

Lembra, ainda, que "(...) as próprias Condições Gerais de Fornecimento, aprovadas pela AGENERSA no bojo do processo regulatório E-04/887.227/1999, em sua Cláusula 7, inciso iv, facultam a prestação do serviço à Concessionária";

Argumenta que "(...) que as atividades indicadas como 'obrigatórias' são aquelas de que a Concessionária não pode se furtar de oferecer e prestar. É ela a única responsável por sua execução, seja por demanda do usuário ou por qualquer outra razão. Já as atividades indicadas como 'opcionais' são aquelas que, dada a sua natureza privada, não integram o objeto da concessão, pois não se configuram como serviço público, mas sua prestação está autorizada por parte da Concessionária, caso haja interesse empresarial. Assim, entende a CEG não haver espaço para que seja imposta obrigação contrária à real disposição do Contrato de Concessão, enquanto esse Instrumento originalmente define tal serviço como de prestação opcional, motivo este pelo qual pugna-se pela anulação da do art. 10 da Deliberação 2223/2014".



2. Art. 3 da Deliberação 2223/2014 e a incabível alteração das Condições Gerais de Fornecimento por via transversa.

Nesse sentido, instrui que *"no curso da instrução processual, os órgãos consultivos da AGENERSA apontaram uma suposta quebra de sigilo dos dados dos clientes da Concessionária, ao terem entendido que no atendimento da GNS ao cliente em primeiro plano é solicitado ao cliente o número de seu registro no cadastro da CEG"*, e traz à baila o inciso II da Cláusula Décima das Condições Gerais de Fornecimento:

- (ii) O cliente autoriza à CEG compartilhar seus dados com empresas parceiras e utilizar a conta de gás para cobrança de serviços prestados por elas;

argumentando que *"a AGENERSA entendeu como saída única promover a alteração das Condições Gerais de Fornecimento para que não mais constasse a previsão acima disposta"*. Sugere que *"(...) uma alteração superveniente dessa natureza não possui o condão de surtir efeitos retroativos, posto que os contratos existem para serem cumpridos"*. Entende que *"desse modo, não existe força que mantenha erguida tese que busque configurar ilícito praticado pela Concessionária por compartilhar dados cadastrais dos clientes com empresas parceiras, vez que existe disposição expressa nas Condições Gerais de Fornecimento aprovadas pela AGENERSA que permite tal prática, principalmente se observarmos que o objetivo é a ampliação das opções de prestação de serviço aos usuários do serviço de distribuição de gás canalizado"*.

3. Da alteração das Condições Gerais de Fornecimento sem o oferecimento de Contraditório e Ampla Defesa.

Expõe que *"o art. 3º da guereada deliberação promove a alteração ad nutum das Condições Gerais de Fornecimento (...)"*; registra que *"além de fugir do objeto dos autos E-12/020.327/2012, em nenhum outro momento no decorrer da tramitação do presente processo a CEG foi notificada para apresentar manifestação acerca da alteração das Condições Gerais de Fornecimento"*, pelo que entende-se prejudicada.

4. Da irretroatividade da norma punitiva e da Legalidade

Nesse item, para sua defesa, lança mão dos artigos 5º e 37 da Constituição Federal, trazendo à baila o Princípio da Legalidade e argumenta que *"sem lei que antes proíba ou determine o dever-fazer, o particular não*

⁶ Grifo como no original.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020-327-1/2012

Data 11/06/2012 Fls.: 873

Rubrica

10.4431448-12

pode ser penalizado por descumprir 'lei' que não existia quando da ocorrência do fato" e que não é "(...) passível de punição conduta praticada antes da edição da norma restritiva". Aduz que "na Deliberação atacada, art. 4º, a AGENERSA imputou à CEG diversas penalidades com base em entendimento normativo criado na própria Deliberação! Ou seja, não havia norma, disposição contratual, lei em sentido estrito ou regulamento que obrigasse a Concessionária a prestar os serviços opcionais conforme interpretação trazida no art. 1º da Deliberação 2223/2014".

5. Da necessidade de concessão de efeito suspensivo ao presente Recurso—suspensão da obrigação imposta no art. 5º da Deliberação 2223/2014.

Mostra-se irredutível contra a disposição do art. 5º da Deliberação combatida, o qual "impôs à CEG a obrigação de realizar estudo com a finalidade de que sejam apartadas nas faturas de gás as cobranças relativas às empresas parceiras da Concessionária, daquela referente ao consumo de gás" por entender que esta seja uma redução dos privilégios do usuário de gás canalizado. Lembra que "(...) em qualquer tempo, caso o cliente não concorde com alguma das cobranças, mediante solicitação a Concessionária emite nova fatura para pagamento do serviço de gás em separado".

Traz-se à baila "a disposição do art. 79, §2º, do Regimento Interno da AGENERSA, prevê a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos Recursos Administrativos quando restar constatado risco de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da Deliberação" argumentando ser "(...) possível verificar de forma clara a incerteza e dificuldade da Concessionária vir a ser reparada pelo desenvolvimento de um procedimento de adequação com a finalidade solicitada que, em verdade, ainda se discute sua exigibilidade". Requer "que seja remida a obrigação imposta mediante o art. 5º da Deliberação 2223/2014" ou, subsidiariamente, que seja suspensa a referida obrigação".

Apresenta os seguintes pedidos:

- "(1) o presente Recurso seja conhecido, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade, com fulcro no art. 80 do Regimento Interno da AGENERSA; e, no mérito;
- (2) lhe seja dado provimento, a fim de tornar insubsistente, ou seja, declaradas nulas as multas impostas no art. 4º da Deliberação AGENERSA n.º 2223/2014, na forma requerida ao longo deste Recurso, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua imposição;



- (3) seja declarada nula a alteração proposta no art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 2223/2014;
- (4) seja declarada nula a obrigação proposta no art. 5º da Deliberação AGENERSA nº 2223/2014;
- (5) subsidiariamente, seja suspensa a obrigação proposta no art. 5º da Deliberação AGENERSA nº 2223/2014”.

A Procuradoria da AGENERSA⁷ preliminarmente certifica a tempestividade da peça recursal. No que tange as alegações recursais, assim se manifesta:

“a) Análise da obrigatoriedade da prestação dos serviços previstos como opcionais no contrato de concessão:

No Recurso, a Recorrente aduz a impossibilidade de ser obrigada a prestar serviços tidos como opcionais pelo contrato de Concessão, em razão da interpretação contratual levar a crer a faculdade desta prestação de serviço pela Concessionária.

Segundo o § 2º do artigo 25 da Constituição Federal⁸, cabe aos Estados membros a exploração do gás canalizado local. Trata-se de serviço público privilegiado, uma vez que o exercício privativo é determinado pela Constituição Federal a ser prestado de forma direta ou mediante concessão pelos Estados membros. Em outras palavras, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, cabe ao mesmo prestar o serviço de gás canalizado ou possibilitar a utilização por sociedades empresárias privadas mediante o contrato de concessão.

Cumpre esclarecer que não há que se falar em monopólio, pois o termo se refere à atividade econômica e não à administração pública, no exercício de suas funções principais⁹. Nas palavras do Ministro Eros Grau¹⁰:

⁷ Fls. 816/830.

⁸ “Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

(...) ”

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vetada a edição de medida provisória para a sua regulamentação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1995)”.

⁹ O Ministro Eras Grau, na ADPF 46, faz uma distinção entre a atividade econômica em sentido amplo e em sentido estrito. O ministro entende que a prestação de serviço público é relacionado com a atividade econômica no sentido



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

"Os regimes jurídicos sob os quais são prestados aos serviços públicos importam em que sua prestação seja desenvolvida sob privilégios, inclusive, em regra, o da exclusividade na exploração da atividade econômica em sentido amplo a que corresponde a sua prestação. É justamente a virtualidade desse privilégio de exclusividade na prestação, aliás, que torna atrativo para o setor privado a sua exploração, em situação de concessão ou permissão".

Ao analisar o texto do referido artigo da Magna Carta, é possível verificar que a expressão 'serviços locais de gás canalizado' é de abrangência ampla, incluindo todos os serviços possíveis d gás canalizado, entre eles a sua distribuição. Segundo Gustavo Binenbojm¹¹:

'O art. 25, §2º da Constituição da República remete aos serviços locais de gás canalizado à competência dos Estados membros. O uso adjetivo locais é indicativo da natureza divisível da utilidade em questão, a ser entregue a usuário individualizado do Gás.

(...)

Além disso, vale destacar que o texto constitucional utiliza a expressão serviços locais de gás canalizado, no plural, numa clara opção do

amplo, razão pela qual não se tratar de monopólio, mas privilégio. Entretanto, a atividade econômica em sentido estrito é voltada ao particular, e quando, em determinado setor, apenas uma entidade atua, fala-se em monopólio. O Ministro esclarece que: "Tenho reiteradamente insistido na necessidade de apartarmos o regime de privilégio, de que se reveste a prestação dos serviços públicos, de regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito. Já a exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Ruy Barbosa afirmava a necessidade de distinguirmos entre o monopólio da atividade econômica (em sentido estrito) e a situação, 'absolutamente diversa, nos seus elementos assim materiais como legais, de outros privilégios, que não desfalcando por modo algum o território do direito individual, confiam a indivíduos ou corporações especiais o exercício exclusivo de certas faculdades, reservadas, de seu natural, ao uso da Administração, no País, no Estado, ou no Município, & poi' ela delegados, em troca de certas compensações, a esses concessionários privados". E, adiante, completa: Num outro caso, pois, todos esses serviços não de ser, necessariamente, objeto de privilégios exclusivos, quer os retenha em si o governo local, quer os confie a executores por ele autorizados. De modo que são privilégios exclusivos, mas não monopólios na significação má e funesta da palavra'. Porque? Porque se trata de exclusividade da prestação de serviço público, que é atividade distinta da atividade econômica em sentido estrito. Por isso digo que o serviço público está para o Estado assim como a atividade econômica em sentido estrito está para o setor privado".

¹⁰ ADPF 46- Relator Ministro Marco Aurélio.

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. Transporte e distribuição de Gás Natural no Brasil. Delimitando as fronteiras entre as competências regulatórias federais e estaduais; in Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, localizada no sítio: <http://www.direitodoestado.com/frevisita/REDAE-7-AGOSTO-2006-USTAVO%20BINENBOJM.pdf>.



constituente pela ampla abrangência de todo e qualquer serviço que importe a movimentação do gás por rede de canalização e sua entrega a usuários individuais.

O contrato de concessão celebrado pelo Estado do Rio de Janeiro e a Recorrente tem como objeto a distribuição de gás canalizado e seus serviços correlatos¹². É possível extrair do art. 6º, XXII, da Lei 9478/97 define distribuição de gás como serviços locais de comercialização de gás junto aos usuários, sendo certo que está inserido no texto do § 2º do art. 25 da CRFB/88.

Dessa forma, cabe à Recorrente prestar todos os serviços necessários para a distribuição do gás, em conformidade com os ditames do art. 37, CRFB/88, quanto ao serviço público adequado.

No entanto, o mesmo não pode ser dito quanto aos serviços opcionais, objeto do processo e um dos fundamentos presentes no recurso para anular a Deliberação 2223/2014. Em seu voto, a ilustre Conselheira Darcília Leite, no processo regulatório que acarretou na instauração deste, entendeu que os serviços de previstos no Anexo II, parte 2, item 13-B do contrato de concessão, não fazem parte do serviço público privilegiado (art. 25, 2º, CRFB/88)¹³.

'(...) em que pese o fato de a assistência técnica em aquecedores não constituir serviço público, nem tampouco prejudicar sua pretensão, verifica-se que, na hipótese vertente, tendo sido, solicitado a Concessionária que por disposição contratual, consoante no Anexo II - requisitos de qualidade e segurança dos serviços públicos, parte 2 — serviços aos usuários/Prazos de atendimento, item 13 — Prazo de atendimento aos usuários, letra B —

¹² CLÁUSULA PRIMEIRA - OBJETO DO CONTRATO

O objeto do presente contrato é a exploração, pela CONCESSIONÁRIA, dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado no Estado do Rio de Janeiro, cujos termos da concessão foram aprovados pelo Decreto nº 23.227 de 12 de Junho de 1997, publicado no Diário Oficial do Estado, parte 1, pg 1, edição de 13 de junho de 1997.

§1º A concessão objeto deste contrato compreende:

a) A distribuição de gás natural ou de gás manufacturado (este último obtido a partir do processamento de gás natural ou de nafta), através de canalizações, e;

b) O desempenho de atividades correlatas, compatíveis com a natureza do serviço referido na letra, 'a' acima".

¹³ Isto na forma já mencionada, considerando o objeto ser a movimentação do gás até a entrega ao consumidor afirmado pelo Prof. Gustavo Binenbojn.



serviços opcionais (condicionados a aceitação do consumidor), deve prestá-lo em 48 horas, impõe-se a atuação desta AGENERSA na sua função fiscalizadora, já que tem a atribuição legal de zelar pelo cumprimento dos termos dispostos.

(...)

Assim, no caso em exame, é possível inferir o descumprimento por parte da CEG da obrigação contratual de prestar os serviços opcionais (condicionados a aceitação do consumidor)'.¹⁴

De fato, os serviços opcionais não fazem parte do objeto do contrato de concessão. Em que pese tal fato, essas atividades possuem uma ligação indireta com objeto principal do contrato de concessão, uma vez que buscam a garantia de que o usuário irá usufruir do gás canalizado.

Noutras palavras, de acordo com o Decreto nº 23.317 (RIP), art. 29, é de responsabilidade do proprietário a construção e manutenção das ramificações internas.

'29. As ramificações internas são de responsabilidade do proprietário, o qual deverá providenciar para que sejam mantidas em perfeito estado de conservação'.

Os serviços previstos no Anexo II, parte 2, item 13-B visam viabilizar ao consumidor a construção de seu ramal ou a sua manutenção, garantindo o seu fornecimento de gás canalizado, ante a essencialidade do serviço.

(...)

Não merece prosperar a alegação da Recorrente de faculdade da prestação dos serviços opcionais¹⁴. Dessa forma, está correta a penalização da Recorrente no que concerne aos Processos E-121020461/2012, E-12/020.350/2012, E-12/020.228/2012 e E-12/003.733/2013, haja vista que a Recorrente se negou a prestação do serviço.

¹⁴ É certo afirmar que a ausência de tais informações poderá induzir o usuário a erro, levando a crer ser a Concessionária a prestadora do serviço quando, na verdade não o é, fato que gera o descumprimento contratual.



direcionando o consumidor à GNS, quando sua obrigação era de informar as possibilidades e permitir que o consumidor escolha quem prestará o serviço¹⁵.

b) Inexistência de aplicação da irretroatividade na sanção de multa prevista no art. 4º da Deliberação 2223/2014:

A Recorrente aduz a nulidade das penalidades de multa a ela aplicadas em decorrência da inexistência de determinação legal ou contratual quanto à obrigatoriedade da prestação de serviço opcional, sendo esta determinada unicamente por meio da Deliberação ora atacada.

Tal fato, conforme narrativa da Recorrente, geraria uma nulidade em decorrência da irretroatividade do referido ato normativo.

No entanto, conforme demonstrado acima, a obrigatoriedade da prestação do serviço opcional decorre do próprio contrato de concessão e não da Deliberação 2223/2014. Conclusão que se extrai pelas regras de hermenêutica, principalmente no que concerne à interpretação sistemática, teleológica e gramatical. Acrescenta-se, ainda, à ausência do elemento surpresa em relação à interpretação mantida no tempo pelo Conselho Diretor desta Autarquia no sentido de que 'desde 2011 está sedimentado (...) que a indicação pela CEG de empresa diversa para prestação de serviço público obrigatório é hipótese de descumprimento contratual'¹⁶.

A interpretação sistemática leva em consideração o sistema em que se insere o texto legal ou norma contratual, procurando coordená-lo com os demais elementos do contrato, lei e o próprio ordenamento jurídico geral, viabilizando a verificação do Direito como um todo¹⁷. Em outras palavras, considera o preceito jurídico como parte de todo o sistema normativo.

¹⁵ Destaca-se que o Direito do Consumidor proíbe que o prestador de serviços se negue a prestá-lo injustificadamente, sendo certo que no caso apurado no processo E-12/020.228/2012, a Recorrente deixou de apresentar justificativa plausível para tanto, descumprindo não somente o contrato de concessão, mas também a legislação consumerista.

¹⁶ Voto exarado pelo limo. Sr. Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca no bojo do Processo Regulatório E-12/003.111/2013.

¹⁷ www.Revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/2715/1967. Nas palavras de Claus-Wilhelm Canaris: "É uma interpretação 'a partir do sistema externo da lei, portanto nas conclusões retiradas da localização de um preceito em determinado livro, seção ou conexão, de parágrafos, da sua configuração com proposição autônoma ou como mera parte de uma proposição (...)".



Entende-se por interpretação teleológica a busca da finalidade da norma, permitindo a sua aplicação nos critérios atuais¹⁸. O ad. 5º da LINDB determina que no momento da aplicação da norma que a interpretação atenda aos fins sociais que a mesma se destina.

Ademais, o contrato de concessão contém expressamente a condição de escolha do consumidor, o que não pode ser negado pela Recorrente mediante uma simples interpretação gramatical. Dessa forma, não há que se falar em retroatividade da norma decorrente da Deliberação, haja vista a existência do Contrato de Concessão que embasou o entendimento adotado pelo Ilustre Conselheiro relator José Bisniarck Vianna de Souza em seu voto, sendo certo que a condenação se deu em virtude do evidente descumprimento ao contrato de concessão.

c) Análise da alteração das Condições Gerais de Fornecimento:

No que tange a alegação de alteração das Condições Gerais por via transversa, em virtude da determinação de modificação de redação da cláusula 10 das Condições Gerais de fornecimento, estas não merecem prosperar.

Isto porque os dados cadastrais dos clientes são sigilosos em decorrência do Direito à intimidade, previsto no art. 5º, CRFB/88. Por mais que o direito à intimidade seja individual e disponível, a cláusula 10 das Condições Gerais de fornecimento não tem o condão de autorizar o compartilhamento dos dados por duas razões.

A primeira ante a natureza jurídica de contrato de adesão das Condições Gerais de fornecimento. Esta modalidade contratual impossibilita ao adquirente do serviço discutir as

¹⁸ SAMPAIO JR., Tercio Ferraz. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001. Nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Jr.

interpretação teleológica-axiológica ativa a participação do intérprete na configuração do sentido. Seu movimento interpretativo, inversamente da interpretação sistemática que também postula uma cabal e coerente unidade do sistema, parte das consequências avaliadas das normas e retorna para o interior do sistema. E como se o intérprete tentasse fazer com que o legislador fosse capaz de mover suas próprias previsões, pois, as decisões dos conflitos parecem basear-se nas previsões de suas próprias consequências. Assim, entende-se que, não importa a norma, ela de ter, para o hermenêuta, sempre um objetivo que tem para controlar até as consequências da previsão legal (a lei sempre visa os fins sociais do direito às exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que elas não estejam sendo atendidos)".



cláusulas contratuais, sendo as mesmas impostas pelo fornecedor de serviço. A não concordância das referidas cláusulas impede o fornecimento do serviço. Assim, o usuário não teria escolha de não autorizar o seu compartilhamento de dados. Consequentemente, esta cláusula é leonina, eis que impõe ao usuário que os mesmos disponham de seu direito.

A segunda é quanto à inexistência de relação de consumo entre as demais empresas do conglomerado econômico, o qual pertence a Recorrente, e o usuário. Entende-se que a criação do cadastro é inerente ao contrato de prestação de serviço.

A partir do momento que não há contratação dos serviços de outras empresas, as mesmas, em razão do direito à intimidade do usuário, estão impossibilitadas de obter qualquer dado do consumidor. Cabe ao consumidor prestar dos dados diretamente à segunda empresa no ato da contratação.

Neste diapasão, verificada a ilegalidade do referido ato, é cabível à administração pública rever seus atos por força do princípio da autotutela. Nas palavras de Maria Sylvia Di Pietro:

'Enquanto pela tutela a Administração exerce o controle sobre outra pessoa jurídica por ela mesma instituída, pela autotutela o controle se exerce sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.

É uma decorrência do princípio da legalidade; se a Administração Pública está sujeita à lei, cabe-lhe, evidentemente, o controle da legalidade'.

c.1) Dos arts. 3º e 6º da Deliberação recorrida:

Atendo-se ao objeto do feito, repita-se 'analisar a legalidade da execução dos serviços pela GNS' restou devidamente sanada a relação entre CEG e GNS, considerando a viabilidade da prestação dos serviços opcionais pela sociedade empresarial pertencente ao



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.327/2012

Data 11 / 06 / 2012 Fls.: 881

Rubrica: 70.443144P-17

mesmo grupo econômico da Concessionária, mediante informação prévia ao consumidor, cabendo ao mesmo a escolha.

É certo afirmar que esta possibilidade é decorrente da intervenção do Estado na economia, permitindo a prática do serviço em concorrência com outras empresas e sob a égide, portanto, de relações consumeristas distintas. Logo, é imune de dúvidas a vedação de cobrança de serviços no mesmo código de barras e sem a discriminação transparente dos serviços cobrados, sendo, ainda, imprescindível a identificação do fornecedor, o que reforça a propriedade do art.5º da deliberação em voga.

Tal conduta fere o Código de Defesa do Consumidor, haja vista a impossibilidade de questionamento da referida cobrança junto a GNS, obrigando o usuário a efetuar o pagamento, independente do reconhecimento ou existência de qualquer vício na prestação do serviço, dificultando a distinção do fornecedor do serviço.

Este fato, está em desconformidade com um dos princípios basilares da relação de consumo, boa fé, bem como o dever de informação que se estende a todas as fases da relação contratual. Assim, nas faturas, devem estar claras todas as informações inerentes ao consumo do usuário.

Cabe lembrar que a AGENERSA deve, por força da Lei nº 4.556/2005, zelar pelos direitos consumidor, impondo a Concessionária o cumprimento da legislação consumerista e de seus princípios basilares.

Ainda, é dever desta Agência Reguladora fiscalizar o cumprimento do contrato de Concessão, sendo restrita a atuação da CEG, fazendo com que a divisão das relações jurídicas na fatura seja indispensável.

Desta forma, ao disciplinar e apurar a relação de ambas, não há como esta AGENERSA se refutar no reconhecimento de ações/conduitas corolários destas relações que maculam o Ordenamento Jurídico. Isto porque, o princípio da legalidade obriga o Poder Público, atuar somente em conformidade com a lei, sendo tanto uma limitação da Administração quanto uma garantia do Administrado. Em outras palavras, é dever da

Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Agência Reguladora, como órgão fiscalizador, atacar os atos da Recorrente contrários ao ordenamento jurídico.

Em decorrência da legalidade, falar de relação jurídica, implica, por óbvio, por arrastamento em todas as ações decorrentes deste vínculo. Assim, cabe o julgador ao prolatar a sua decisão analisar seus efeitos perante a sociedade. Diante do objeto da presente demanda de analisar a atuação da GNS, todos os efeitos decorrentes da sua atuação perante os usuários da CEG farão parte de seu objeto.

(...),”

Através do Ofício AGENERSA/CODIR/LT nº 004/2017¹⁹ foi assinado prazo para que a Concessionária se manifeste em Razões Finais.

A Concessionária CEG protocolizou a DIJUR-E-0058/2017²⁰, através da qual a apresenta suas razões, retomando os argumentos já apresentados na peça recursal.

É o relatório.


Luigi Troisi
Conselheiro Relator

¹⁹ Fl. 837.

²⁰ Fls. 848/852.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Processo nº: E-12/020/327/2012
Data de autuação: 11/06/2012
Concessionária: CEG
Assunto: Execução de serviço de assistência técnica prestado pela GNS.
Sessão Regulatória: 31 de janeiro de 2017

VOTO

Trata-se de recurso interposto contra a Deliberação AGENERSA nº 2223/2014¹, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 2363/2015².

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2223, DE 30 DE OUTUBRO DE 2014

CONCESSIONÁRIA CEG – EXECUÇÃO DE SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA PRESTADO PELA GNS.
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-12/020/327/2012 (Processos apensados: E-12/020/365/2011; E-12/020/531/2011; E-12/020/530/2011; E-12/020/197/2012; E-12/020/461/2012; E-12/020/523/2011; E-12/020/350/2012; E-12/020/228/2012; E-12/003/454/2013; E-12/003/736/2013; E-12/003/695/2013; E-12/003/130/2014; E-12/003/453/2013 e E-12/003/733/2013), por unanimidade, **DELIBERA**:

Art. 1º - Considerar a Concessionária CEG responsável pelos serviços prestados por terceiros, quando o usuário busca diretamente a Delegatária e é redirecionado, independente de serem, os serviços, classificados como obrigatórios ou opcionais pelo Contrato de Concessão, conforme sintetizado nas seguintes hipóteses:

Primeira hipótese - o usuário busca a Concessionária CEG para realização de serviços previstos no Contrato de Concessão como obrigatórios e é encaminhado a terceiro. Importante lembrar que, por tratar-se de serviços obrigatórios, a Concessionária detém o monopólio no Estado e não pode repassá-lo a terceiros, ainda que empresa do mesmo grupo econômico."

Segunda hipótese - "...o usuário busca serviços opcionais junto a CEG, e esta, novamente, indica terceiro para a realização dos serviços. Nesse sentido, por tratar-se de serviços opcionais, estes são condicionados a aceitação pelo usuário e podem ser realizados por outros prestadores presentes no mercado."

Art. 2º - Determinar abertura de processo específico para apurar se os valores pagos pela GNS à CEG por conta da utilização de espaço na conta de cobrança e uso da estrutura atuam em favor da concessão, bem como se os valores acordados nos contratos de cooperação e de cessão de direitos e outras avenças estão de acordo com os praticados no mercado, de modo que tragam benefício para a prestação do serviço público e modicidade tarifária.

Art. 3º - Alterar o item II da Cláusula Décima do termo de Condições Gerais de Fornecimento da Concessionária CEG, que passará a ter a seguinte redação:

"Cláusula 10ª - Disposições Gerais: (i) Não será permitida a utilização de gás em botijões ou cilindros, nas edificações dotadas de instalações internas situadas em ruas servidas por gás canalizado (art. 144 do cosp); (ii) O cliente autoriza a CEG utilizar a conta de gás para cobrança de serviços prestados por empresas parceiras; (iii) O objeto deste contrato, no que couber, condiciona-se à obtenção das licenças devidas e da análise de viabilidade técnica e econômica do projeto; (iv) Quaisquer alterações nos ambientes internos da residência ou do estabelecimento comercial do cliente, entre a data da assinatura do presente e a execução dos serviços, tornará este contrato inválido; (v) Quaisquer alterações nas instalações e equipamentos de medição de gás solicitados pelo cliente serão realizadas após aprovação da CEG, sendo tais despesas suportadas pelo cliente; (vi) A participação do cliente nas despesas de implantação e instalação do ramal externo não dará direito a este de pleitear qualquer titularidade desta rede, a qual será da CEG; (vii) os direitos e obrigações, entre a CEG e o cliente, serão regidos por este instrumento e pela legislação em vigor."

Art. 4º - Por conta do entendimento firmado no corpo do voto, em consonância com os pareceres técnico e jurídico:

I - Em relação ao processo E-12/020.365/2011;

II.a - Determinar que a SECEX, procedendo o seu desentranhamento, apure se há processos regulatórios específicos para cada ocorrência mencionada nos autos e, caso não exista, que realize a abertura de um processo para contemplá-las.

II - Em relação ao processo E-12/020.531/2011;

II.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de advertência por conta do não cumprimento dos prazos previstos para envio de resposta a Ouvidoria desta Agência, conforme art. 18, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007 e/ou Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 19/2011, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão.

II.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 014/2010.

III - Em relação ao processo E-12/020.530/2011;

III.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de advertência por conta do não cumprimento dos prazos previstos para envio de resposta a Ouvidoria desta Agência, conforme art. 18, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007 e/ou Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 19/2011, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão.



III.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

IV - Em relação ao processo E-12/020.197/2012;

IV.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de advertência, tendo em vista o repasse do usuário a empresa parceira para realização de serviço considerado opcional pelo Contrato de Concessão.

IV.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

V - Em relação ao processo E-12/020.461/2012;

V.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de multa de 0,00005% (cinco centésimos de milésimo por cento) sobre o seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração, tendo em vista o repasse do usuário a empresa parceira para realização de serviço considerado opcional pelo Contrato de Concessão.

V.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária e Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

VI - Em relação ao processo E-12/020.523/2011;

VI.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de advertência por conta do não cumprimento dos prazos previstos para envio de resposta a Ouvidoria desta Agência, conforme art. 18, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 c/c Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 19/2011, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão.

VI.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

VI.c - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de multa de 0,00005% (cinco centésimos de milésimo por cento) sobre o seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração, tendo em vista o repasse do usuário a empresa parceira para realização de serviço considerado obrigatório pelo Contrato de Concessão.

VI.d - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária e Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

VII - Em relação ao processo E-12/020.350/2012;

VII.a - Revogar a Deliberação AGENERSA/CD n.º 1.444/13 para que a Deliberação AGENERSA 1.262/12 retome os seus efeitos.

VII.b - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de multa de 0,00005% (cinco centésimos de milésimo por cento) sobre o seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração, tendo em vista o repasse do usuário a empresa parceira para realização de serviço considerado opcional pelo Contrato de Concessão.

VII.c - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária e Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

VIII - Em relação ao processo E-12/020.228/2012;

VIII.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de multa de 0,00005% (cinco centésimos de milésimo por cento) sobre o seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração, tendo em vista o repasse do usuário a empresa parceira para realização de serviço considerado opcional pelo Contrato de Concessão.

VIII.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária e Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

IX - Em relação ao processo E-12/003.736/2013;

IX.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de advertência por conta do não cumprimento dos prazos previstos para envio de resposta a Ouvidoria desta Agência, conforme art. 18, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 c/c Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 19/2011, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão.

IX.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

IX.c - Considerar a Concessionária CEG isenta de responsabilidade, tendo em vista que o usuário buscou diretamente a prestação de serviço de assistência técnica junto a empresa privada.

X - Em relação ao processo E-12/003.130/2014;

X.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de advertência por conta do não cumprimento dos prazos previstos para envio de resposta a Ouvidoria desta Agência, conforme art. 18, inciso I da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 c/c Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 19/2011, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão.

X.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

X.c - Considerar a Concessionária CEG isenta de responsabilidade, tendo em vista que o usuário buscou diretamente a prestação de serviço de assistência técnica junto a empresa privada.

XI - Em relação ao processo E-12/003.453/2013;

XI.a - Considerar a Concessionária CEG isenta de responsabilidade, tendo em vista que o usuário buscou diretamente a prestação de serviço de assistência técnica junto a empresa privada.

XI.b - Encerrar o presente processo.

XII - Em relação ao processo E-12/003.733/2013;

XII.a - Aplicar a Concessionária CEG penalidade de multa de 0,00005% (cinco centésimos de milésimo por cento) sobre o seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à data da prática da infração, tendo em vista o repasse do usuário a empresa parceira para realização de serviço considerado opcional pelo Contrato de Concessão.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Preliminarmente, a Concessionária aponta a tempestividade da peça recursal, a qual é certificada pela Procuradoria da AGENERSA³.

No mérito sustenta:

1. Art. 1º da Deliberação 2223/2014 e divergência interpretativa acerca dos "Serviços Opcionais".

Nesse tópico aponta que *"o entendimento positivado pelo Conselho Diretor no Art. 1º da atacada Deliberação, vai de encontro com a interpretação da Concessionária acerca do que há de ser considerado "Serviço Opcional" no Anexo II do Contrato de Concessão."*

Argumenta *"(...) que as atividades indicadas como "obrigatórias" são aquelas de que a Concessionária não pode se furtar de oferecer e prestar. É ela a única responsável por sua execução, seja por demanda do usuário ou por qualquer outra razão. Já as atividades indicadas como "opcionais" são aquelas que, dada a sua natureza privada, não integram o objeto da concessão, pois não se configuram como serviço público, mas sua prestação está autorizada por parte da Concessionária, caso haja interesse empresarial. Assim, entende a CEG não haver espaço para que seja imposta obrigação contrária à real disposição do*

XII.b - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária e Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010.

Art. 5º - Determinar que a Concessionária CEG, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, apresente a esta AGENERSA estudo referente a novo modelo de fatura de consumo de gás que possibilite o consumidor efetuar pagamento dos serviços prestados por empresas parceiras nas cobranças expedidas pela CEG de forma separada do consumo de gás.

Art. 6º - Determinar a abertura de processo específico para revisar o termo de Condições Gerais de Fornecimento da Concessionária CEG, em especial, a Cláusula Sétima, a qual contraria o disposto no Anexo II, Parte 2, item 13-B, do Contrato de Concessão.

Art. 7º - A presente deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 2014. JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA, Conselheiro-Presidente-Relator ID 44089767, LUIGI EDUARDO TROISI, Conselheiro ID 44299605, MOACYR ALMEIDA FONSECA, Conselheiro ID 43568076, ROOSEVELT BRASIL FONSECA, Conselheiro ID 44082940, SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA Conselheiro ID 39234738.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2363, DE 28 DE JANEIRO DE 2015

CONCESSIONÁRIA CEG – EXECUÇÃO DE SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA PRESTADO PELA GNS. 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-12/020/327/2012 (Processos apensados: E-12/020/363/2011; E-12/020/531/2011; E-12/020/530/2011; E-12/020/197/2012; E-12/020/461/2012; E-12/020/523/2011; E-12/020/350/2012; E-12/020/228/2012; E-12/003/454/2013; E-12/003/736/2013; E-12/003/695/2013; E-12/003/130/2014; E-12/003/453/2013 e E-12/003/733/2013), por unanimidade, **DELIBERA:**

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD n.º 2.223/2014, para no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a Deliberação embargada.

Art. 2º - A presente deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 28 de Janeiro de 2015: JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA, Conselheiro – Presidente – Relator; LUIGI EDUARDO TROISI, Conselheiro; MOACYR ALMEIDA FONSECA, Conselheiro; ROOSEVELT BRASIL FONSECA, Conselheiro; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA, Conselheiro.

³ Fls. 816/830.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020-327/2012

Data 11/06/2012 Fls.: 886

Rubrica: S ID: 44314487

Contrato de Concessão, enquanto esse Instrumento originalmente define tal serviço como de prestação opcional, motivo este pelo qual pugna-se pela anulação da do art. 1º da Deliberação 2223/2014”.

A esse respeito, a Procuradoria da AGENERSA sustenta:

“a) Análise da obrigatoriedade da prestação dos serviços previstos como opcionais no contrato de concessão:

No Recurso, a Recorrente aduz a impossibilidade de ser obrigada a prestar serviços tidos como opcionais pelo contrato de Concessão, em razão da interpretação contratual levar a crer a faculdade desta prestação de serviço pela Concessionária.

(...)

O contrato de concessão celebrado pelo Estado do Rio de Janeiro e a Recorrente tem como objeto a distribuição de gás canalizado e seus serviços correlatos⁴. (...)

Dessa forma, cabe à Recorrente prestar todos os serviços necessários para a distribuição do gás, em conformidade com os ditames do art. 37, CRFB/88, quanto ao serviço público adequado.

(...)

De fato, os serviços opcionais não fazem parte do objeto do contrato de concessão. Em que pese tal fato, essas atividades possuem uma ligação indireta com objeto principal do contrato de concessão, uma vez que buscam a garantia de que o usuário irá usufruir do gás canalizado.

⁴ “CLÁUSULA PRIMEIRA - OBJETO DO CONTRATO

O objeto do presente contrato é a exploração, pela CONCESSIONÁRIA, dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado no Estado do Rio de Janeiro, cujos termos da concessão foram aprovados pelo Decreto nº 23.227 de 12 de Junho de 1997, publicado no Diário Oficial do Estado, parte 1, pg 1, edição de 13 de junho de 1997.

§1º A concessão objeto deste contrato compreende:

- a) A distribuição de gás natural ou de gás manufacturado (este último obtido a partir do processamento de gás natural ou de nafta), através de canalizações, e;
- b) O desempenho de atividades correlatas, compatíveis com a natureza do serviço referido na letra, ‘a’ acima”.



(...)

Os serviços previstos no Anexo II, parte 2, item 13-B visam viabilizar ao consumidor a construção de seu ramal ou a sua manutenção, garantindo o seu fornecimento de gás canalizado, ante a essencialidade do serviço.

(...)

Não merece prosperar a alegação da Recorrente de faculdade da prestação dos serviços opcionais⁵. Dessa forma, está correta a penalização da Recorrente no que concerne aos Processos E-12/020.461/2012, E-12/020.350/2012, E-12/020.228/2012 e E-12/003.733/2013, haja vista que a Recorrente se negou a prestação do serviço, direcionando o consumidor à GNS, quando sua obrigação era de informar as possibilidades e permitir que o consumidor escolha quem prestará o serviço⁶.

Prossegue a Concessionária em suas razões de recorrer, desta feita abordando:

2. Art. 3º da Deliberação 2223/2014 e a incabível alteração das Condições Gerais de Fornecimento por via transversa.

Nesse sentido, salienta que *"no curso da instrução processual, os órgãos consultivos da AGENERSA apontaram uma suposta quebra de sigilo dos dados dos clientes da Concessionária, ao terem entendido que no atendimento da GNS ao cliente em primeiro plano é solicitado ao cliente o número de seu registro no cadastro da CEG"*. Aponta o inciso II da Cláusula Décima das Condições Gerais de Fornecimento:

(ii) O cliente autoriza à CEG compartilhar seus dados com empresas parceiras e utilizar a conta de gás para cobrança de serviços prestados por elas;

ênfatizando que *"a AGENERSA entendeu como salda única promover a alteração das Condições Gerais de Fornecimento para que não mais constasse a previsão acima disposta"* e que *"(...) uma alteração*

⁵ É certo afirmar que a ausência de tais informações poderá induzir o usuário a erro, levando a crer ser a Concessionária a prestadora do serviço quando, na verdade não o é, fato que gera o descumprimento contratual.

⁶ Destaca-se que o Direito do Consumidor proíbe que o prestador de serviços se negue a prestá-lo injustificadamente, sendo certo que no caso apurado no processo E-12/020.228/2012, a Recorrente deixou de apresentar justificativa plausível para tanto, descumprindo não somente o contrato de concessão, mas também a legislação consumerista.



superveniente dessa natureza não possui o condão de surtir efeitos retroativos". Entende que "desse modo, não existe força que mantenha erguida tese que busque configurar ilícito praticado pela Concessionária por compartilhar dados cadastrais dos clientes com empresas parceiras, vez que existe disposição expressa nas Condições Gerais de Fornecimento aprovadas pela AGENERSA que permite tal prática, principalmente se observarmos que o objetivo é a ampliação das opções de prestação de serviço aos usuários do serviço de distribuição de gás canalizado".

3. Da alteração das Condições Gerais de Fornecimento sem o oferecimento de Contraditório e Ampla Defesa.

Expõe que "o art. 3º da guerreada deliberação promove a alteração ad nutum das Condições Gerais de Fornecimento (...)", registra que "além de fugir do objeto dos autos E-12/020.327.2012, em nenhum outro momento no decorrer da tramitação do presente processo a CEG foi notificada para apresentar manifestação acerca da alteração das Condições Gerais de Fornecimento", pelo que entende-se prejudicada.

Nesse sentido, assim defende o Órgão Jurídico da AGENERSA:

c) Análise da alteração das Condições Gerais de Fornecimento:

No que tange a alegação de alteração das Condições Gerais por via transversal, em virtude da determinação de modificação de redação da cláusula 10 das Condições Gerais de fornecimento, estas não merecem prosperar.

Isto porque os dados cadastrais dos clientes são sigilosos em decorrência do Direito à intimidade, previsto no art. 5º, CRFB/88. Por mais que o direito à intimidade seja individual e disponível, a cláusula 10 das Condições Gerais de fornecimento não tem o condão de autorizar o compartilhamento dos dados por duas razões.

A primeira ante a natureza jurídica de contrato de adesão das Condições Gerais de fornecimento. Esta modalidade contratual impossibilita ao adquirente do serviço discutir as cláusulas contratuais, sendo as mesmas impostas pelo fornecedor de serviço. A não concordância das referidas cláusulas impede o fornecimento do serviço. Assim, o usuário não



teria escolha de não autorizar o seu compartilhamento de dados. Consequentemente, esta cláusula é leonina, eis que impõe ao usuário que os mesmos disponham de seu direito.

A segunda é quanto à inexistência de relação de consumo entre as demais empresas do conglomerado econômico, ao qual pertence a Recorrente, e o usuário. Entende-se que a criação do cadastro é inerente ao contrato de prestação de serviço.

A partir do momento que não há contratação dos serviços de outras empresas, as mesmas, em razão do direito à intimidade do usuário, estão impossibilitadas de obter qualquer dado do consumidor. Cabe ao consumidor prestar dos dados diretamente à segunda empresa no ato da contratação.

Neste diapasão, verificada a ilegalidade do referido ato, é cabível à administração pública rever seus atos por força do princípio da autotutela. (...)

c.1) Dos arts. 3º e 6º da Deliberação recorrida:

Atendo-se ao objeto do feito, repita-se 'analisar a legalidade da execução dos serviços pela GNS' restou devidamente sanada a relação entre CEG e GNS, considerando a viabilidade da prestação dos serviços opcionais pela sociedade empresarial pertencente ao mesmo grupo econômico da Concessionária, mediante informação prévia ao consumidor, cabendo ao mesmo a escolha.

É certo afirmar que esta possibilidade é decorrente da intervenção do Estado na economia, permitindo a prática do serviço em concorrência com outras empresas e sob a égide, portanto, de relações consumeristas distintas. Logo, é imane de dúvidas a vedação de cobrança de serviços no mesmo código de barras e sem a discriminação transparente dos serviços cobrados, sendo, ainda, imprescindível a identificação do fornecedor, o que reforça a propriedade do art. 5º da deliberação em voga.

Tal conduta fere o Código de Defesa do Consumidor, haja vista a impossibilidade de questionamento da referida cobrança junto a GNS, obrigando o usuário a efetuar o

[assinatura]



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

pagamento, independente do reconhecimento ou existência de qualquer vício na prestação do serviço, dificultando a distinção do fornecedor do serviço.

(...)

Cabe lembrar que a AGENERSA deve, por força da Lei nº 4.556/2005, zelar pelos direitos do consumidor, impondo a Concessionária o cumprimento da legislação consumerista e de seus princípios basilares.

Ainda, é dever desta Agência Reguladora fiscalizar o cumprimento do contrato, de Concessão, sendo restrita a atuação da CEG, fazendo com que a divisão das relações jurídicas na fatura seja indispensável.

Desta forma, ao disciplinar e apurar a relação de ambas, não há como esta AGENERSA se refutar no reconhecimento de ações/conduitas corolários destas relações que maculam o Ordenamento Jurídico. Isto porque, o princípio da legalidade obriga o Poder Público, atuar somente em conformidade com a lei, sendo tanto uma limitação da Administração quanto uma garantia do Administrado. Em outras palavras, é dever da Agência Reguladora, como órgão fiscalizador, atacar os atos da Recorrente contrários ao ordenamento jurídico.

Em decorrência da legalidade, falar de relação jurídica, implica, por óbvio, por arrastamento em todas as ações decorrentes deste vínculo. Assim, cabe o julgador ao prolatar a sua decisão analisar seus efeitos perante a sociedade. Diante do objeto da presente demanda de analisar a atuação da GNS, todos os efeitos decorrentes da sua atuação perante os usuários da CEG farão parte de seu objeto.

Desta feita, esta Procuradoria opina pela rejeição das alegações da Recorrente.

Reclama, ainda a Concessionária CEG:

4. Da irretroatividade da norma punitiva e da Legalidade



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Nesse item, para sua defesa, lança mão dos artigos 5º e 37 da Constituição Federal, trazendo à baila o Princípio da Legalidade e argumenta que *"sem lei que antes proíba ou determine o dever-fazer, o particular não pode ser penalizado por descumprir 'lei' que não existia quando da ocorrência do fato"* e que não é (...) passível de punição conduta praticada antes da edição da norma restritiva". Aduz que *"na Deliberação atacada, art. 4º, a AGENERSA imputou à CEG diversas penalidades com base em entendimento normativo criado na própria Deliberação! Ou seja, não havia norma, disposição contratual, lei em sentido estrito ou regulamento que obrigasse a Concessionária a prestar os serviços opcionais conforme interpretação trazida no art. 1º da Deliberação 2223/2014"*.

A esse respeito, a Procuradoria da AGENERSA se manifesta como segue:

b) Inexistência de aplicação da irretroatividade na sanção de multa prevista no art. 4º, da Deliberação 2223/2014:

A Recorrente aduz a nulidade das penalidades de multa a ela aplicadas em decorrência da inexistência de determinação legal ou contratual quanto à obrigatoriedade da prestação de serviço opcional, sendo esta determinada unicamente por meio da Deliberação ora atacada.

Tal fato, conforme narrativa da Recorrente, geraria uma nulidade em decorrência da irretroatividade do referido ato normativo.

No entanto, conforme demonstrado acima, a obrigatoriedade da prestação do serviço opcional decorre do próprio contrato de concessão e não da Deliberação 2223/2014. Conclusão que se extrai pelas regras de hermenêutica, principalmente no que concerne à interpretação sistemática, teleológica e gramatical. Acrescenta-se, ainda, à ausência do elemento surpresa em relação à interpretação mantida no tempo pelo Conselho Diretor desta Autarquia no sentido de que 'desde 2011 está sedimentado (...) que a indicação pela CEG de empresa diversa para prestação de serviço público obrigatório é hipótese de descumprimento contratual'.

⁷ Voto exarado pelo Ilmo. Sr. Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca no bojo do Processo Regulatório E-12/003.111/2013.



(...)

Ademais, o contrato de concessão contém expressamente a condição de escolha do consumidor, o que não pode ser negado pela Recorrente mediante uma simples interpretação gramatical. Dessa forma, não há que se falar em retroatividade da norma decorrente da Deliberação, haja vista a existência do Contrato de Concessão que embasou o entendimento adotado pelo Ilustre Conselheiro relator José Bisniarck Vianna de Souza em seu voto, sendo certo que a condenação se deu em virtude do evidente descumprimento ao contrato de concessão.

Sustenta também:

5. Da necessidade de concessão de efeito suspensivo ao presente Recurso—suspensão da obrigação imposta no art. 5º da Deliberação 2223/2014.

Mostra-se irredutível contra a disposição do art. 5º da Deliberação combatida, o qual “impôs à CEG a obrigação de realizar estudo com a finalidade de que sejam apartadas nas faturas de gás as cobranças relativas às empresas parceiras da Concessionária, daquela referente ao consumo de gás” por entender que esta seja uma redução dos privilégios do usuário de gás canalizado. Lembra que “(...) em qualquer tempo, caso o cliente não concorde com alguma das cobranças, mediante solicitação a Concessionária emite nova fatura para pagamento do serviço de gás em separado”.

Traz-se à baila “a disposição do art. 79, §2º, do Regimento Interno da AGENERSA, prevê a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos Recursos Administrativos quando restar constatado risco de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da Deliberação” argumentando ser “(...) possível verificar de forma clara a incerteza e dificuldade da Concessionária vir a ser reparada pelo desenvolvimento de um procedimento de adequação com a finalidade solicitada que, em verdade, ainda se discute sua exigibilidade”. Requer “que seja remida a obrigação imposta mediante o art. 5º da Deliberação 2223/2014” ou, subsidiariamente, que seja suspensa a referida obrigação”.

Cumpra-se apontar que o pedido de efeito suspensivo foi deferido⁸ no que tange à obrigação disposta no art. 5º da Deliberação AGENERSA nº 2223/2014.

⁸ Fl. 745.



A CEG apresenta os seguintes pedidos:

- "(1) o presente Recurso seja conhecido, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade, com fulcro no art. 80 do Regimento Interno da AGENERSA; e, no mérito;*
(2) lhe seja dado provimento, a fim de tornar insubsistente, ou seja, declaradas nulas as multas impostas no art. 4º da Deliberação AGENERSA n.º 2223/2014, na forma requerida ao longo deste Recurso, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua imposição;
(3) seja declarada nula a alteração proposta no art. 1º da Deliberação AGENERSA n.º 2223/2014;
(4) seja declarada nula a obrigação proposta no art. 5º da Deliberação AGENERSA n.º 2223/2014;
(5) subsidiariamente, seja suspensa a obrigação proposta no art. 5º da Deliberação AGENERSA n.º 2223/2014.

Desta feita, esta Procuradoria opina pela rejeição das alegações da Recorrente".

Em sede de Razões Finais, a Concessionária retoma os argumentos desposados na peça recursal.

Compulsando os autos, constato, juntamente com a Procuradoria da AGENERSA, que não assiste razão à Concessionária no que tange ao seu primeiro motivo de recurso, qual seja, "divergência interpretativa acerca do Anexo II, Parte 2, Item 13 B – Serviços Opcionais (condicionados à aceitação do consumidor) do Contrato de Concessão. Isso porque a mera interpretação gramatical da norma nos leva à clara constatação do seu significado: o serviço é **opcional ao consumidor**⁹, e não à Concessionária. Posição esta já pacificada¹⁰ de longa data por esta Agência Reguladora, não cabendo à Concessionária buscar tentativas de inovação naquilo que foi claramente expresso pelo Poder Concedente e aceito por ela própria ao firmar o Contrato de Concessão.

Tampouco assiste razão à Concessionária ao argumentar que houve alteração das Condições Gerais de Fornecimento por via transversa e sem oportunidade de ampla defesa e contraditório. Conforme bem aponta a Procuradoria da AGENERSA, os dados cadastrais dos clientes são sigilosos e, inobstante o direito à intimidade ser pessoal e disponível, a cláusula 10 das Condições Gerais de Fornecimento não tem o condão de autorizar

⁹ Grifei.

¹⁰ Processo Regulatório E-12/020.449/2010.



este compartilhamento. A uma devido à natureza de contrato de adesão das mesmas. A duas porque inexistente relação de consumo entre as demais empresas do grupo a que pertence a Concessionária e o cliente. Ora, a criação do cadastro é decorrente da relação contratual de prestação de serviço. Não é demais lembrar que, subordinada que está ao Princípio da Legalidade, cabe à administração pública rever seus atos que não sejam legais. Isso posto, forçoso reconhecer que não cabe qualquer reprovação à decisão do ilustre relator.

No item III.4 de sua peça recursal, a Concessionária reclama que as multas aplicadas referem-se a condutas passadas e que por isso teriam natureza retroativa. Argumenta que na ocasião em que tiveram lugar as referidas ocorrências, *"não havia norma, disposição contratual, lei em sentido estrito ou regulamento que obrigasse a Concessionária a prestar os serviços opcionais"* e que, portanto, não caberia penalidade. Mais uma vez a CEG insiste em não acatar a vontade claramente expressa pelo Poder Concedente ao redigir a Anexo II, Parte 2, Item 13 B – Serviços Opcionais (condicionados à aceitação do consumidor) do Contrato de Concessão, querendo emprestar-lhe entendimento diverso àquele pretendido pela Administração, qual seja, de que a opção é do consumidor. Repiso que a própria Concessionária acatou este entendimento ao assinar o Contrato de Concessão, não cabendo, portanto, tentativa de inovar na interpretação contratual.

Por todo o exposto, forçoso acompanhar os argumentos apresentados pela Procuradoria da AGENERSA ressaltando que o voto do ilustre relator, Conselheiro José Bismarck Vianna de Souza, encontra-se bem fundamentado assim como amparado no instrumento concessivo e na legislação aplicável, devendo permanecer na íntegra a Deliberação AGENERSA nº 2223/2014.

Isso posto, proponho ao Conselho Diretor:

- Conhecer do recurso interposto contra a Deliberação AGENERSA nº 2223/2014 porque tempestivo, para no mérito negar-lhe provimento.

É o voto.


Luigi Troisi
Conselheiro Relator



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual

Processo nº 17.12/020.327/2012

Data 11/06/2012 Fls.: 895

Rubrica: J 76-4431478-17

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3046

, DE 31 DE JANEIRO DE 2017.

CONCESSIONÁRIAS CEG - EXECUÇÃO DE SERVIÇO DE
ASSISTÊNCIA TÉCNICA PRESTADO PELA GNS.

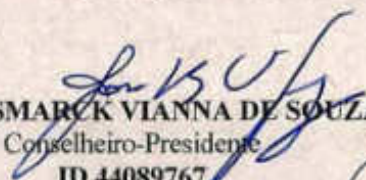
O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/020.327/2012, por unanimidade,

DELIBERA:

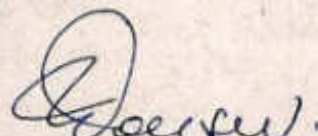
Art. 1º - Conhecer do recurso interposto contra a Deliberação AGENERSA nº 2223/2014 porque tempestivo, para no mérito negar-lhe provimento.

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

Rio de Janeiro, 31 de janeiro de 2017.


JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA
Conselheiro-Presidente
ID 44089767


LUIGI EDUARDO TROISI
Conselheiro-Relator
ID 44299605


MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro
ID 43568076