

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1085

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1085

DE 24 DE MAIO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS OCORRÊNCIA Nº. 524791.

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-12/020.514/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 975, de 03/02/2012, para no mérito negar-lhe provimento.

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

Rio de Janeiro, 24 de maio de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro -Presidente

Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira- Relatora

Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro

Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro

Processo nº. E-12/020.514/2011
Data de Autuação 10/11/2011
Concessionária CEG
Assunto Registro de Ocorrência na OUVIDORIA/AGENERSA
com mais de 30 dias. Ocorrência nº. 524791.
Sessão Regulatória 24/05/2012

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.514/2011

Data 10/11/2011 Fls.: 85

Relatório

Rúbrica: 

Trata-se de Recurso¹ protocolizado nesta AGENERSA na data de 07/03/2012, pela Concessionária CEG, contra a Deliberação AGENERSA/CD nº. 975/2012², de 03/02/2012.

Preliminarmente, a CEG aponta a tempestividade do recurso apresentado³ e requer a concessão de efeito suspensivo ao mesmo⁴.

No mérito, em breve relato dos fatos, afirma que "O processo em questão foi instaurado para tratar da ocorrência 524791 (...)"; que "(...) quando (...) interpelada a respeito da presente demanda, encaminhou (...) a seguinte resposta: 'Não localizamos no cadastro da CEG nenhuma informação sobre o serviço informado pelo cliente. Aproveitamos para esclarecer que não identificamos na conta de fornecimento de gás nenhuma cobrança de assistência técnica', com o objetivo de "(...) esclarecer que o serviço objeto da reclamação não havia sido realizado pela CEG e, por isso, não havia nenhum registro de cobrança nos sistemas desta Concessionária"; aponta que u

¹ Fls. 28/38.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 975 DE 03 DE FEVEREIRO DE 2012. CONCESSIONÁRIA CEG – REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS. OCORRÊNCIA Nº. 524791. 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-12/020.514/2011, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa no montante de 0,001% (um milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, devido ao descumprimento do disposto nas Cláusulas Primeira, § 3º e Quarta, caput e § 1º, itens 4, 5, 9, 11 e 21 do Contrato de Concessão; com base na Cláusula Décima do instrumento concessivo, combinado com o art. 13, IV e al. 18, I, ambos da Instrução Normativa nº. 01/2007, em razão dos fatos narrados no presente processo, relativos ao atendimento à cliente e por não ter atendido o requerimento da Ouvidoria desta AGENERSA.

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 - Determinar que a SECEX encaminhe cópia da decisão desta Agência Reguladora à cliente.

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

Rio de Janeiro, 03 de fevereiro de 2012.

José Bismark Vianna de Souza – Conselheiro-Presidente; Moacyr Almeida Fonseca – Conselheiro-Relator; Roosevelt Brasil Fonseca – Conselheiro; Sérgio B. Raposo – Conselheiro.

³ Assinala que "(...) a Deliberação AGENERSA nº. 975/2012 foi publicada pelo Órgão Oficial no dia 24 de fevereiro de 2012, o prazo de 10 dias para interposição do Recurso iniciou-se em 27 de fevereiro de 2012 e terá seu término em 07 de março de 2012".

⁴ "(...) para sobrestar os efeitos da Deliberação AGENERSA nº 975/12 no que tange à multa imposta em seu art. 1º (...)", entende ser "(...) fundamental a concessão de tal efeito, para que haja possibilidade do Conselho Diretor analisar todas as argumentações postas no presente Recurso, antes de se manifestar definitivamente sobre o assunto (...)" e defende ser essa a "(...) forma mais adequada de assegurar o devido processo legal e os princípios da ampla defesa e do contraditório".

"A cobrança em questão era referente ao serviço executado por empresa parceira, a Gás Natural Serviços S/A (GNS), uma empresa privada e independente"; informa que "(...) sempre que encaminhada à CEG, reclamação acerca de atividade executada pela GNS, a equipe de tratamento de demandas dos clientes CEG, realiza a intermediação visando tanto atender à solicitação desta Agência quanto aos interesses dos usuários de gás canalizado, como também, a ordeira operação dos aparatos que propiciam o contínuo consumo do serviço prestado por esta Concessionária"; esclarece que "(...) o usuário contratou os serviços da GNS, a CEG apenas conseguiu concluir a intermediação com sucesso, tendo ao final a empresa parceira, GNS, aquiescido à solicitação do Cliente na forma de que restou acordado o cancelamento do valor contestado", salienta que "A que pese a Concessionária ter intermediado a situação e realizado o estorno do referido valor, após contato com a GNS, a CAENE proferiu parecer contrário à CEG, mencionando que o fato da cobrança do serviço da empresa GNS ser realizada na fatura da CEG, caracterizaria a relação comercial entre cliente Concessionária"; discorda do citado parecer, "(...) pois, de modo algum a relação comercial do cliente se deu com a Concessionária, tendo este contratado o serviço junto à GNS e anuído com a cobrança do referido serviço na sua conta de gás, como uma facilidade de pagamento"; ressalta que "(...) existe uma relação comercial entre o cliente e a GNS e uma relação econômica entre a CEG e GNS, posto que o cliente contrata o serviço da GNS, que, por sua vez, cede os créditos à Concessionária, que realiza a cobrança em sua fatura, ou seja, tratam-se de duas situações/relações distintas", defende que "(...) tal cobrança não pode ser enquadrada em dispositivo do contrato de concessão, posto que se trata de serviço não regulado"; ilumina que "(...) a cobrança de serviços de terceiros em concessionárias de serviço público não é tema inédito no cenário de regulação brasileira⁵; considera evidente "(...) tratar-se de uma comodidade para o consumidor e que, em havendo reclamação, como no presente caso, a CEG entra em contato com a GNS e, em não havendo a legitimidade da cobrança, a Concessionária realiza o estorno do valor de sua fatura"; esclarece que "(...) prestou à cliente da melhor forma possível a intermediação junto à terceirizada, no sentido de cancelar a cobrança"; o que comprova que "(...) atendeu a solicitação não só deste cliente, de forma satisfatória, e dentro do prazo razoável"; entende que "(...) a finalidade do presente processo administrativo encontra-se exaurida uma vez que o interesse público foi atendido"; que "(...) no máximo, poderia ser aplicada a penalidade de advertência no caso em comento, isso porque a aplicação da penalidade de multa se configura demasiado excessiva e desproporcional"; que "(...) não pode ser penalizada da mesma forma nos casos em que atende o cliente, e nos casos em que o processo é julgado sem sequer o cliente ter sido atendido, deve haver uma dosimetria que aplique a sanção, de acordo com as particularidades de cada caso"; que "(...) no

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.514/2011

Data 10/11/2011 Fls.: 86

Rúbrica: 

⁵ "A cobrança de Serviço de Valor Adicionado (serviço de terceiros) nas faturas das Concessionárias prestadoras de serviços de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), reguladas pela Anatel, exemplifica tal situação".

presente processo poderá ser aplicado o princípio da insignificância⁶; tece comentários sobre o princípio da proporcionalidade⁷, ilumina a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho⁸; pondera que "(...) **apesar da atribuição para fiscalizar o cumprimento do Contrato de Concessão, que envolve o atendimento aos usuários, a situação veiculada no presente processo, por sua notável insignificância dentro do universo de clientes atendidos, não se mostra de tal magnitude a ensejar a avaliação pelo Órgão Regulador**"; que "(...) **no universo de clientes atendidos pela CEG, que envolve mais de 740 mil clientes, episódios isolados, como o aqui analisado, não poderia ensejar tão pesada penalidade**" e requer que "(...) **seja provido o presente Recurso, anulando-se a multa imposta na Deliberação 975/12, ou alternativamente reduzindo o quantum aplicado**"⁹.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.514/2011

Data 10/11/2011 Fls.: 87

Rúbrica: 

Na data de 21/03/2012, o feito é remetido ao meu Gabinete¹⁰ que encaminha os autos à Procuradoria desta Agência¹¹, constando, às fls. 41/44, Parecer¹², no qual afirma que não deve ser concedido o efeito suspensivo pleiteado, vez que "(...) não logrou a recorrente a devida comprovação de dano irreparável ou de difícil reparação (...)" e não vislumbra a "(...) possibilidade de risco de perecimento de direito ou prejuízo para a execução do Contrato de Concessão e sua adequada prestação"; no mérito, defende que "(...) a Concessionária CEG avalizou o trabalho executado pela GNS, e por conseguinte é co-responsável por ele, respondendo por seus resultados"; entende que "(...) a responsabilidade é solidária, subsidiada pela recorrente"; aponta que "(...) a própria Delegatária admite que descumpriu o instrumento concessivo ao afirmar que: **sendo do entendimento desta Concessionária poderia ser aplicada penalidade de advertência como no caso em comento, isso porque a aplicação da penalidade de multa se configura demasiado excessiva e desproporcional**"¹³; no que concerne à alegação de violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade quando a aplicação da penalidade, analisa que "(...) o Contrato de Concessão em sua Cláusula Dez disciplina com clareza as penalidades aplicáveis à Concessionária CEG" e que,

u

⁶ Ilumina jurisprudência da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça sobre o Princípio da Insignificância, disposta no HC 196076/SP.

⁷ "O princípio da proporcionalidade tem como fundamento o excesso de poder, tendo como objetivo conter atos, decisões e conduta de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados".

⁸ "Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de triplice fundamento: 1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo aos indivíduos; 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superem as desvantagens" (Manual de Direito Administrativo, 13ª Edição, pág. 23) (grifos como no original). Aponta que "(...) O segundo fundamento, ou requisito, para que se preencha o princípio da proporcionalidade, é a exigibilidade, mais conhecida como necessidade do ato" (grifos no original).

⁹ Grifos no original.

¹⁰ Despacho às fls. 40, *in fine*. Às fls. 39, consta cópia da Resolução do Conselho Diretor nº. 288, de 20/03/2012 (acostada aos autos através do Termo de Juntada de Documentos de fls. 40), pela qual se verifica a distribuição do presente recurso à minha Relatoria.

¹¹ Pelo despacho de fls. 40v.

¹² Da lavra do Dr. Edson Vaz Borges, com o "de acordo" do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

¹³ Grifos como no original.

portanto, "(...) os parâmetros de aplicação de penalidades são de pleno conhecimento da Concessionária, o que torna inócua e desprovida de amparo legal a defesa apresentada"; entende que "A penalidade aplicada à Concessionária foi praticada de acordo com o instrumento concessivo, de forma criteriosa, observando o devido processo legal, cabendo tal prerrogativa ao Conselho Diretor da Agência Reguladora, segundo a Lei 4556/2005"; que "Ademais, houve sim comprovação da culpabilidade da Concessionária, de acordo com o estabelecido nos autos"; sobre o princípio da razoabilidade, destaca que "(...) a razoabilidade relaciona-se a viabilização do exercício concreto do direito de defesa o qual, já demonstrado acima, não foi violado, posto que toda a oportunidade de manifestação foi deferida à Recorrente", que "(...) em doutrina é comum a adoção do referido princípio como sinônimo de outra norma principal, que estaria vinculada à medida da intervenção estatal na esfera de direitos do particular. Trata-se do princípio da proporcionalidade"¹⁴; afirma que "A AGENERSA não tem a prerrogativa de eleger por si mesma a imposição ou não das sanções cabíveis. A violação da regra jurídica deve ser imposta uma sanção"¹⁵; quanto à proporcionalidade em sentido estrito¹⁶, afirma que "Neste particular também é de reconhecer que a penalidade é proporcional posto que fixada dentro dos parâmetros contratuais e destinada a compelir ao adimplemento das obrigações a par da gravidade da conduta, imposta pelos patamares previstos na Cláusula Dez do Contrato de Concessão" e observa que "(...) a Deliberação guerreada deve ser mantida, com a determinação da multa imposta em seu art. 1º, e com o improvimento da respeitável peça de recurso, ora apresentada".

Às fls. 45, consta decisão desta Relatoria, indeferindo o pleito de concessão de efeito suspensivo ao Recurso interposto em face da Deliberação nº. 975/2012¹⁷, o que é comunicado à Concessionária mediante o E-mail AGENERSA/ASSESS/DL nº. 059/2012¹⁸, que também encaminha à CEG cópia integral do presente feito, comunica a conclusão de sua instrução e assina o prazo de 05 (cinco) dias para a apresentação de razões finais.

¹⁴ Assinala que o princípio da proporcionalidade "(...) compõe-se de três aspectos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito"; que "O critério de adequação refere-se à compatibilidade entre meios e fins. Ou seja, se a medida imposta pela Administração é o meio correto para o atendimento do fim pretendido. No plano da adequação ficou evidenciado ao longo do feito que a Concessionária, não diligenciou quanto ao ocorrido, cabendo sua responsabilidade quanto ao descumprimento do Contrato de Concessão"; aduz que "O sub-princípio da necessidade, decorre da impossibilidade de obtenção do resultado pretendido por outro meio menos gravoso"; que "O contrato de concessão prevê que a violação de suas cláusulas resultará na imposição de penalidades. Isto porque, reconheceram as partes previamente, que esta seria uma medida necessária à impor a coerção da execução do contrato. É medida necessária também do ponto de vista legal, tanto é assim que a cláusula relativa à penalidade é reconhecida como essencial ao contrato de concessão, como dispõe o inciso VIII do art. 23 da Lei de Concessões, Lei 8987/95".

¹⁵ Continua afirmando que "(...) se ao longo do presente processo a concessionária não diligenciou para cumprir o contrato, ao contrário pretende uma imposição unilateral, à revelia do poder concedente e da AGENERSA, a imposição da penalidade é necessária à restauração do contrato ao seu status quo em benefício da segurança dos serviços.

¹⁶ Esclarece que seu exercício "(...) decorre da aferição e de valorações para a aplicação da própria medida em si. É a fixação dos parâmetros de imposição da medida restritiva. Logo, pode-se afirmar que a proporcionalidade é que permite um perfeito equilíbrio entre o fim e o meio empregado. É o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma".

¹⁷ "(...) com base no Parecer nº. 1059/2012-EVB-Procuradoria, às fls. 41/44 do presente processo".

¹⁸ De 29/03/2012 – fls. 46/47, com o respectivo aviso de leitura às fls. 48.

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.514/2011

Data 10/11/2011 Fls.: 88

Rúbrica: 

Na data de 03/04/2012, a CEG protocoliza nesta Agência a correspondência DIJUR-E-630/12¹⁹, pela qual encaminha "Em complemento ao Recurso Administrativo apresentado (...), parecer elaborado pelo renomado jurista Dr. Carlos Roberto Siqueira Castro²⁰", o qual "(...) contém relevantes argumentos que devem ser considerados por essa AGENERSA quando do julgamento do Recurso, sendo fundamentais para a anulação da sanção de multa aplicada" e reitera "(...) seus argumentos de Recurso, rogando para que a AGENERSA anule a penalidade imposta na Deliberação 975/2012".

Às fls. 67, por meio do escritório Siqueira Castro Advogados, a CEG peticiona²¹ à esta Relatoria para requerer "(...) a retirada do presente processo de pauta (...)", o que é deferido e informado à concessionária através do Ofício AGENERSA/ASSESS/DL nº. 030, de 18/04/2012²².

É o Relatório.


Darcília Leite
Conselheira-Relatora

¹⁹ Fls. 49.

²⁰ Fls. 50/66, no qual conclui que "(a) as atividades oferecidas pela Gas Natural Serviços não integram o conceito de serviço público de distribuição de gás canalizado, constituindo, portanto, atividades econômicas em sentido estrito, desenvolvidas com lastro no princípio constitucional da livre iniciativa e em regras de direito privado; (b) as competências detidas pela AGENERSA encontram-se delimitadas pela *Lei estadual nº. 4.556/2005* e se resumem ao acompanhamento e à fiscalização das concessões de serviço público de energia e de saneamento; (c) as atividades desenvolvidas pela Gas Natural Serviços não podem ser caracterizadas como atividades correlatas, por não serem exploradas pela concessionária, ou por subsidiária sua, limitando-se o seu vínculo com a concessionária ao sistema de cobrança; (d) a execução das atividades dispostas no grupo (a) do Anexo II, Parte 2, do contrato de concessão, são inerentes à prestação do serviço público e, portanto, podem ser, em tese, fiscalizadas pela AGENERSA, por dependerem exclusivamente da atuação da concessionária; (e) a execução das atividades dispostas no grupo (b) do Anexo II, Parte 2, do contrato de concessão, por parte da concessionária, dependerá de seu exclusivo juízo de oportunidade e conveniência, não podendo ser exigida pelo Estado, nem fiscalizada pela AGENERSA; (f) caso se admita, por mero exercício argumentativo, a legitimidade da atuação da AGENERSA relativamente às atividades elencadas no grupo 'b' do dito Anexo II, Parte 2, esta deverá se resumir, exclusivamente, à fiscalização do cumprimento dos prazos estabelecidos" (grifos como no original).

²¹ Instruída com Procuração na qual consta como Outorgante a Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro - CEG e Outorgado Dr. Carlos Roberto Siqueira Castro; com convite da Université Phanteon-Assas Paris II; com cópia de passagem aérea emitida por TAM Linhas Aéreas com destino à Paris - FRA. Na citada petição é informado que "O presente processo foi submetido ao patrocínio do subscritor da presente (...). Ocorre (...) que o mesmo se encontra (...) ausente do País (...). Assim, tendo em vista a inclusão do feito na pauta de julgamento da sessão regulatória que se realizará na próxima quinta-feira, dia 19/04/2012 e considerando o interesse na realização de sustentação oral (...)

²² Recebido na Concessionária em mesma data - fls. 73.

Processo nº: E-12/020.514/2011.
Data de autuação: 10/11/2011. *U*
Concessionária: CEG.
Assunto: Registro de Ocorrência na OUVIDORIA/AGENERSA com
mais de 30 dias Ocorrência nº.524791.
Sessão Regulatória: 24/05/2012.

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.514/2011

Data 10/11/2011 Fls.: 90

Rúbrica: *JP*

Voto

Trata-se de apreciar o Recurso interposto tempestivamente¹ pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 975², de 03/02/2012, através da qual este Conselho-Diretor aplicou-lhe penalidade de multa "em razão dos fatos narrados no presente processo, relativos ao atendimento à cliente e por não ter atendido o requerimento da Ouvidoria desta AGENERSA".

Em sede preliminar, a CEG requer a concessão de efeito suspensivo ao Recurso em voga para "(...) sobrestar os efeitos da Deliberação AGENERSA nº. 975/12 no que tange à multa imposta em art. 1º, ante a necessidade de se conferir (...) o direito ao exercício das garantias ao contraditório e ampla defesa, antes de se impor o encargo da multa, que poderá levar à eventual inscrição em dívida ativa (...)", o que foi indeferido por esta Relatoria conforme Decisão de fls. 45, não sendo demais lembrar, ainda, que este Conselho-Diretor decidiu, por ocasião da Reunião Interna realizada em 15/02/2011, que "(...) toda lavratura de Auto de Infração pela SECEX aguarde o prazo recursal e o julgamento de eventual Recurso", afastando, assim, qualquer possibilidade de prejuízo à Concessionária. *U*

¹ Já que protocolizado nesta AGENERSA em 07/03/2012, observando o prazo de 10 (dez) dias estabelecido no art. 77 do Regimento Interno, considerando, para tanto, que a Deliberação AGENERSA nº. 975/2012 publicou em 24/02/2012 (sexta-feira), bem assim que o mês de fevereiro do corrente ano teve com 29 (vinte e nove) dias.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 975 DE 03 DE FEVEREIRO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG – REGISTRO DE OCORRÊNCIA NA
OUVIDORIA/AGENERSA COM MAIS DE 30 DIAS. OCORRENCIA Nº. 524791.

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-12/020.514/2011, por unanimidade, DELIBERA:

Art.1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no montante de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, devido ao descumprimento do disposto nas Cláusulas Primeira, §3º e Quarta, caput e §1º, Itens 4, 5, 9, 11 e 21 do Contrato de Concessão; com base na Cláusula Décima do instrumento concessivo, combinado com o art. 16, IV, e art. 18, I, ambos da Instrução Normativa nº. 01/2007, em razão dos fatos narrados no presente processo, relativos ao atendimento à cliente e por não ter atendido o requerimento da Ouvidoria desta AGENERSA.

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 - Determinar que a SECEX encaminhe cópia da decisão desta Agência Reguladora à cliente.

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

Rio de Janeiro, 03 de fevereiro de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza - Conselheiro-Presidente; Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro - Relator; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro; Sérgio Burrows Raposo - Conselheiro.

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

Idêntica alegação foi apreciada por este Conselho-Diretor na Sessão Regulatória de 30/08/2011, ocasião em que, por unanimidade, foi acatado o entendimento desta Conselheira, exposto no Voto que analisou o Recurso interposto pela mesma Concessionária CEG nos autos do Processo E-12/020.253/2010, condutor da Deliberação AGENERSA nº 831/2011, com a seguinte fundamentação:

"Como veremos, a hipótese levantada pela Concessionária de desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato acarretado por pagamento de multas não se sustenta, notadamente porque tal penalidade possui natureza de sanção.

Longe de querer esmiuçar o instituto, trago a baila entendimento de José dos Santos Carvalho Filho³ sobre "Equação Econômico-Financeira". *In verbis*:

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

Utilizando-se de uma explicação extremamente simplista, pode-se dizer que a equação econômico-financeira de um contrato administrativo é alcançada após estudos nos quais são sopesadas as receitas e despesas inerentes à execução de seu objeto, pretendendo, assim, preservar suas condições originárias.

Beira o absurdo, portanto, imaginar que o pagamento de multa por descumprimento às tratativas de um Contrato de Concessão possa ser considerado como despesa inerente à prestação do serviço público delegado, quando, a bem da

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.514/2011

Data 10/11/2011

Rúbrica:

³ FILHO, José dos Santos Carvalho, *Manual de Direito Administrativo*, 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 181.

verdade, revela-se justamente como instrumento sancionatório a uma falha na sua execução.

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

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

Isso porque, naquele caso a explosão de bueiro e neste a falha no atendimento ao usuário, objeto deste regulatório, era evitável, de maneira que sua ocorrência retrata inafastável negligência da CEG quanto à observância aos requisitos necessários à prestação do serviço adequado estabelecido no Contrato de Concessão.

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

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

ll

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

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

Prosseguindo na análise do Recurso, e para melhor abordagem do mérito insta, antes de enfrentá-lo, relembrar que se trata, em suma, de agendamento para conserto de vazamento de gás em residência, mais tarde "cancelado" pelo usuário em razão do não cumprimento do prazo prometido pela Concessionária; a qual, apesar de não ter realizado o reparo, incluiu a cobrança daquele serviço na conta mensal de consumo da reclamante⁵.

Num primeiro momento a CEG afirma não ter localizado "(...) no cadastro (...) nenhuma informação sobre o serviço informado pelo cliente"⁶ e, após ser questionada a esse respeito, justificou tal afirmação no fato de que "(...) a cobrança em questão era referente ao serviço executado por empresa parceira, a Gás Natural Serviços S/A (GNS), uma empresa privada e independente", para quem "(...) realiza a intermediação tanto para atender à solicitação desta Agência quanto aos interesses dos usuários de gás canalizado, como também a ordeira operação dos aparatos que propiciam o contínuo consumo do serviço prestado (...)".

A partir de então se travou discussão sobre a prática de cobrança dos serviços realizados pela referida empresa GNS nas contas mensais de consumo da CEG, alegando a Concessionária, a esse respeito, e principalmente em sede de Recurso, "(...) que tal cobrança não pode ser enquadrada em dispositivo do contrato de concessão, posto que se trata de serviço não regulado"⁷.

⁵ Conforme consta às fls. 04. In verbis: "(...) No mês passado solicitei uma visita da CEG em minha residência, pois estava sentindo cheiro de gás na cozinha. No dia 7/7/11, veio um funcionário e verificou q estava com vazamento de gás em uma das bocas do fogão. Com isso, solicitei que eu assinasse um contrato de manutenção e informou q entraria em contato nos próximos dias p/ fazer o reparo (...). Passado uma semana, sem nenhum contato da companhia (...) solicitei o cancelamento de todo e qualquer contrato de manutenção, tendo em vista que na primeira chamada, já não havia sido atendida. De acordo com a atendente Carolina (...) o serviço foi cancelado e não haveria cobrança. Assim contratei no dia seguinte a empresa TECVAL, para efetuar o reparo do vazamento de gás na minha casa. Entretanto, para minha surpresa, quando fui conferir a conta de gás (...) verifiquei que me cobraram por um serviço, não autorizado, que nunca foi prestado e que inclusive havia cancelado. Estou me sentindo enganada, como podem me cobrar por um serviço que não realizaram e que foi expressamente cancelado. (...)".

⁶ Conforme consta às fls. 03.

⁷ E ainda: i) "(...) de modo algum a relação comercial do cliente se deu com a Concessionária, tendo este contratado o serviço junto à GNS e anulado com a cobrança do referido serviço na sua conta de gás, como uma facilidade de pagamento"; ii) "(...) existe uma relação comercial entre o cliente e a GNS e uma relação econômica entre a CEG e GNS, posto que o cliente contrata o serviço da GNS, que, por sua vez, cede os créditos à Concessionária, que realiza a cobrança em sua fatura, ou seja, tratam-se de duas situações/relações distintas"; iii) "(...) tal cobrança não pode ser enquadrada em dispositivo do contrato de concessão, posto que se trata de serviço não regulado".

Sem prejuízo a sua posterior apreciação, entendo que tal hipótese não traz novas luzes à resolução deste feito, porque inafastável, *in casu*, a conclusão de má prestação dos serviços oferecidos pela Recorrente ao usuário em questão.

Isso porque, alheio à discussão sobre a possibilidade de cobrança de serviço prestado por terceiros na conta de consumo da Concessionária, bem assim se regulada ou não a empresa que o prestou, ao realizar cobrança flagrantemente indevida através de sua conta de consumo a CEG incorre em má prestação de serviço, conduta veementemente rechaçada pelo Contrato assumido.

Quero dizer com isso que, para a fundamentação da falha ora punida com a penalidade de multa, pouco importa se o valor cobrado refere-se à serviço prestado diretamente pela Concessionária ou não, devendo-se considerar, apenas, que o mesmo é indevido e realizado no bojo da conta de consumo da CEG.

Nesta toada, deve-se ressaltar, inclusive, que a penalidade recorrida não se fundamentou na prática de cobrança de serviço de terceiro no bojo da conta de consumo da CEG, mas nos *"fatos narrados no presente processo, relativos ao atendimento à cliente e por não ter atendido o requerimento da Ouvidoria desta AGENERSA"*⁸, de sorte que tal debate na presente fase de Recurso se revela desimportante para a resolução deste objeto, considerando, para tanto, que mesmo na hipótese de constatação de irregularidade em tal conduta de cobrança, estaria esta Agência Reguladora adstrita ao instituto da vedação à *reformatio in pejus*.

Feitas estas breves considerações, e retomando a análise do mérito do Recurso em baila, a Recorrente suscita que "(...) a situação veiculada no presente processo, por sua notável insignificância dentro do universo de clientes atendidos, não se mostra de tal razoável magnitude a ensejar a avaliação pelo Órgão Regulador"⁹, pretendendo, sob tal argumento, ver "(...) aplicado o princípio da insignificância (...)", justificado "(...) quando a conduta do agente, embora formalmente típica (subsunção do fato a norma), não atinge o bem jurídico tutelado suficientemente para que se possa concluir pela existência de irregularidade".

⁸ Grifo meu.

⁹ Neste mesmo sentido, alega a Recorrente: "Ora, no universo de clientes atendidos pela CEG, que envolve mais de 740 mil clientes, episódios isolados, como o aqui analisado, não poderiam ensejar tão pesada penalidade."

Não obstante a irresignação da Recorrente, sua alegação não merece ser provida por este Conselho-Diretor, especialmente porque a falha punida retrata notória má prestação de serviço, e certamente o Princípio invocado não é suficiente à alteração dos termos do Contrato de Concessão, aqui, especificamente no que tange à prestação adequada do serviço.

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

Em outras palavras, a aplicação do Princípio da Insignificância reclamado pela Recorrente colide com outros princípios de aplicação específica à seara administrativa e à concessão de serviços públicos em si.

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

0010798-60.2007.8.19.0037- APELACAO

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

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDÉBITO. ENFITEUSE. PAGAMENTO DE FORO ANUAL. ÍNFINO VALOR. DESCUMPRIMENTO. PENALIDADE DE COMISSO. ALEGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUE NÃO PODE SER ACOLHIDA. APLICAÇÃO DA NORMA MUNICIPAL. COBRANÇA ATUALIZADA DO FORO 1. O autor/apelante está inconformado com a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados.2. Alega que em nenhum momento o Município apelado comprovou que teria sido celebrado um novo contrato com a Administração Pública.3. A existência ou não de um novo contrato não é capaz de afastar a obrigação do autor/apelante, que por iniciativa própria deixou de cumprir seu dever de pagar o foro.4. No presente caso, o autor descumpriu unilateralmente o seu dever contratual básico que era de

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.514/2011

Data 10/11/2011 Fls. 95

pagar o foro anual, não sendo possível se admitir que o foreiro ao seu bel prazer e baseado em seu próprio entendimento simplesmente deixe de cumprir suas obrigações, alterando a essência do contrato celebrado e mais, impondo sua vontade sobre a Administração.⁵ O princípio da insignificância não tem o condão de alterar o contrato celebrado e nem de excluir o dever assumido, podendo, quando muito, ser invocado em sede de execução fiscal, se for o caso. 6. Destarte, não é possível que o alegado princípio possa se sobrepor a outros de mesma ou de maior importância, criando tratamento diferenciado entre contribuintes, ferindo os Princípios da Isonomia, Impessoalidade e mesmo da Supremacia do Interesse Público.⁷ Quanto à impossibilidade de o Município apelado fazer sua reavaliação com base na valorização imobiliária da propriedade do apelante, trata-se de aplicação da legislação municipal, descabendo qualquer análise neste sentido.⁸ Desprovidimento do recurso." (grifos nossos)

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.514/2011

Data 10/11/2011 Fls.: 96

Rubrica: Af

Portanto, é possível afirmar que não penalizar sua regulada na presente situação, tornaria esta AGENERSA conivente com a não prestação do serviço adequado, já que há uma comprovada má prestação do serviço público concedido.

A aplicação de penalidade diante de uma comprovada falha na prestação do serviço de suas reguladas se revela como dever legal desta Agência Reguladora, que, como Autarquia Especial que é, portanto integrante da Administração Pública Indireta, não pode ignorar o disposto no Contrato de Concessão para se furtar à aplicação de penalidade, sob pena de, assim, violar o Princípio da "Indisponibilidade", a respeito do qual ensina José dos Santos Carvalho Filho¹⁰ que "*Os bens e interesses não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos*".

ll

¹⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 28.

Diante de tudo isso, infligir sanção à Concessionária na hipótese vertente, não configura mera discricionariedade desta Autarquia, mas sim observância aos deveres legais impostos por sua Lei de Criação, notadamente no seu art. 4º, I e IV¹¹.

Como derradeira razão de recorrer, a CEG lança a tese de *"Irrazoabilidade/Desproporcionalidade da Penalidade Aplicada"*, sob o argumento de que *"(...) não é suficiente, para a validade dos atos do Poder Público, a mera observância dos procedimentos constitucionais ou legais que condicionam a sua regular edição. A diferenciação jurídica carece de motivação idônea, obedecendo-se critérios aceitáveis do ponto de vista racional e deve, principalmente, estar de acordo com finalidades constitucionalmente válidas"*.

Por oportuno, faço uma abordagem, ainda que sucinta, dos princípios supostamente violados quando da aplicação da penalidade de multa por meio da Deliberação AGENERSA nº. 975/12.

A começar pelo Princípio da Razoabilidade, da definição do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho¹² é possível concluir que o ato administrativo só será dotado de falta de razoabilidade quando for ilícito, ou seja, quando não embasado em norma legal, ou mesmo quando se distanciar de sua finalidade.

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

Portanto, verifica-se a impertinência das alegações da Concessionária no que se refere à alegação de violação do Princípio da Razoabilidade. Passo, então, a analisar

¹¹ Lei Estadual nº. 4.556/2005 - "Art. 4º - Compete à AGENERSA, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:

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

(...)

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

¹² "Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis (...). Significa dizer (...) que não pode existir violação ao referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude. Acertada, pois, a noção de que o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade (...) quando se pretende imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a ideia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal" (grifos no original). FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 31/32.

a mesma arguição, agora com relação ao Princípio da Proporcionalidade, trazendo à colação palavras do doutrinador já citado¹³, a respeito do referido princípio,

"Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido."

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.514/2011

Data 10.1.11/2011 Fls.: 98

Rúbrica: 

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

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

Por fim, e conforme já demonstrado, para a resolução do objeto do presente processo revela-se desnecessário esmiuçar a correção da cobrança de serviço de terceiro no bojo da conta de consumo da Concessionária CEG. No entanto, e tão-somente em homenagem ao Princípio da Eventualidade, passo ao enfrentamento de tal hipótese, já que a Concessionária, sobretudo à oportunidade de manifestação em razões finais, demonstrou intenção de debater a esse respeito.

Isso porque trouxe aos autos parecer jurídico¹⁴ no qual, em suma, afirma que
i) as atividades desenvolvidas pela empresa Gás Natural Serviços (GNS) não integram o

le

¹³ Obra já citada, p. 33

conceito de serviço público, caracterizando-se, pois, como "atividades econômicas em sentido estrito" e, por isso, não submetidas à regulação por esta Agência Reguladora; ii) que as atividades desenvolvidas pela Gás Natural Serviços não se caracterizam "(... como atividades correlatas, por não serem exploradas pela concessionária, ou por subsidiária sua, limitando-se o seu vínculo ao sistema de cobrança", e iii) que o exercício das atividades arroladas na letra "B" - Serviços Opcionais, do Anexo II, Parte 2 do Contrato de Concessão firmado com a CEG "(...) dependerá de seu exclusivo juízo de oportunidade e conveniência, não podendo ser exigida pelo Estado, nem fiscalizada pela AGENERSA".

Serviço Público Estadual
Processo n.º E-12/020.514/2011
Data 10/11/2011
Fls.: 99
Rúbrica: AI

Devo lembrar que a matéria versada no d. Parecer Jurídico não é inédita nesta Agência Reguladora, de sorte que sem prejuízo aos apontamentos que entender necessários, e sem que soe repetitivo, socorro-me dos fundamentos esposados por ocasião do voto que proferi nos autos do processo regulatório nº. E-12/020.449/2010¹⁵ que, em breves linhas, tratou da obrigação contratual da mesma Concessionária CEG à prestação do serviço de assistência técnica.

Portanto, de início, ressalto não pairar dúvidas quanto à conclusão de que o serviço de assistência técnica não se confunde com serviço público, sobretudo porque não se reveste do requisito da essencialidade, característico de tal modalidade de serviço.

Para melhor esclarecimento, reproduzo, também aqui, o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶ sobre "serviço público". *In verbis*:

"Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instruído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo."

ll

¹⁴ Datado de 26/03/2012 e elaborado por "Siqueira Castro Advogados".

¹⁵ Que deu azo à edição da Deliberação AGENERSA nº. 809, de 28/07/2011, aprovada por maioria desta Conselho-Diretor.

¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 25ª Ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2007, p. 659.

Assim como naquela oportunidade, tal definição revela-se importante para ressaltar que, por não ser essencial à coletividade, o serviço de assistência técnica não pode ser considerado público.

Logo, partindo da premissa de que tal atividade não constitui serviço público passando ao largo da necessidade de delegação pelo Poder Público, conclui-se pela incompetência da AGENERSA para fixar parâmetros ou fiscalizar a prestação do mesmo por parte da GNS, sob pena de estar regulando serviço submetido à livre iniciativa, prestado por pessoa jurídica não pertencente ao rol das concessionárias sob sua regulação.

Ocorre, entretanto, que se trata de serviço previsto no Contrato de Concessão, pontualmente na letra "B", da Parte 2, do Anexo II, dentre os Serviços Opcionais (condicionados a aceitação do consumidor), motivo pelo qual, como adiante se detalhará, a Concessionária deve oferecê-lo, eis que a opção prevista dirige-se ao usuário.

O segundo ponto a ser enfrentado, refere-se à afirmação de que o serviço de assistência técnica prestado pela GNS não se caracteriza como atividade correlata.

Para a análise da situação concreta, confira-se o que prevê o art. 11 da Lei 8.987/95¹⁷ - norma legal que dispõe a tal respeito:

"Art. 11 – No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observando o disposto no art. 17 desta Lei."

Merece igualmente destaque o fato de que o Contrato de Concessão¹⁸ autoriza a promoção de atividades alternativas, complementares, acessórias ou de u

¹⁷ Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição, e dá outras providências.

projetos associados, em consonância com o art. 11 da Lei nº 8.987/95, desde que não afete as atividades objeto da concessão e que seja criada subsidiária.

Portanto - e em que pese a necessidade de analisar a regularidade do procedimento da Concessionária, diante das normas legais que regem a matéria -, mesmo que sob a alegação de exercício de prática exclusivamente comercial, ao assumir a realização de cobrança de serviço prestado por terceiros a Concessionária utiliza-se do sistema de cobrança vinculado à prestação do serviço público delegado, de sorte que suposto lucro auferido a esse título, deve, igualmente, submeter-se ao conceito delineado no artigo em baila para ser revertido em prol da modicidade tarifária, nos termos do parágrafo único do já citado art. 11 do Estatuto Federal das Concessões, que é expreso ao determinar o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro. *In verbis*:

"Art. 11 -*omissis*....."

Parágrafo Único - As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato."

A título de corroboração da necessidade de reversão em prol da modicidade tarifária do suposto lucro auferido pela CEG em razão da cobrança, em sua fatura de consumo, de serviço prestado pela GNS, trago à evidência os ensinamentos de Marçal Justen Filho¹⁹. *In verbis*:

"A organização empresarial da concessão envolve o surgimento de oportunidades economicamente relevantes, relacionadas indireta e acessoriamente com o serviço público concedido. Além da exploração do objeto principal, pode cogitar-se de organização econômica para obtenção de resultados econômicos derivados de outros aspectos da

¹⁸ "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 I, 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.

(...)

§ 5º - A CONCESSIONÁRIA poderá, através de subsidiária, explorar outras atividades, além das previstas no caput desta cláusula, desde que tal exploração não afete as atividades objeto da concessão."

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. 1ª Ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 368 e 369.

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.514/2011

Data 10/11/2011 Fls.: 101

Rúbrica: 

atividade desenvolvida. (...) A infra-estrutura necessária à prestação do serviço público comporta a oferta de outras utilidades ao mercado (...)"

Assim, em que pese a alegação da Concessionária de que não se trata de atividade correlata - *provavelmente buscando excluí-la da regra do dispositivo legal citado* - não é cabível que um Concessionário - *a quem foi confiada a prestação de um serviço essencial* - se aproveite de sua condição de prestador de serviço público para auferir lucro, sem que isso redunde em benefício ao usuário.

Ainda com relação ao aproveitamento de sua condição de concessionário para fins de auferição de lucro extra-concessão, trago à baila manifestação da ora Recorrente nos autos do processo regulatório nº. E-12/020.583/2011, especialmente quando discorre a respeito do procedimento adotado por seu *Call Center* quando "informa" da natureza dos serviços prestação pela citada GNS. Vejamos:

"A escolha pela realização do serviço junto a GNS é feita livremente pelo cliente e, impende ressaltar, que a CEG não redireciona a ligação à GNS, mas apenas informa que o cliente pode realizar o serviço **com uma empresa particular de sua livre escolha no mercado ou com a GNS**, empresa do Grupo Gás Natural Fenosa.

Em o cliente optando pela prestação de serviço pela GNS, a CEG informa o número de atendimento daquela empresa, cuja ligação é cobrada do cliente, não se tratando de redirecionamento de ligação e nem mesmo de cobrança de ligação feita ao *Call Center* da CEG, que disponibiliza o serviço de forma gratuita, nos termos do Contrato de Concessão" (grifos nossos).

Aqui, por oportuno, trago à baila lição do já citado doutrinador Marçal Justen Filho²⁰, quando explica que não obstante o exercício de tais atividades empresariais - *conexas, acessórias ou subsidiária* - serem regidas pelo Direito Privado, e portanto subordinarem-se ao princípio da livre iniciativa, o concessionário, em razão de sua condição de delegatário do serviço, o desempenha em situação de vantagem. Senão, vejamos:

²⁰ Obra já citada, p. 369.

"A relação material (econômica) entre o serviço público e a atividade econômica traduz-se numa vantagem específica para o explorador do serviço público. Há a possibilidade teórica de idêntica atividade ser desempenhada por qualquer particular, mas não nas mesmas condições em que se encontra o prestador do serviço."

Ora, considerando que a CEG presta os serviços concedidos em regime de monopólio, e que essa Concessionária, de quem se pressupõe a expertise, indica uma determinada empresa para prestação de serviços de assistência técnica, não é demais concluir a vantagem auferida pela GNS, diga-se, às custas da Concessão.

Pelo exposto, e por ser tal questão alheia ao objeto dos autos, faz-se necessária a abertura de processo regulatório específico, com a finalidade de analisar tal "parceria" entre a Concessionária e a empresa GNS, tendo em vista sua repercussão na concessão, o que justifica e impõe a atuação desta Agência Reguladora.

Por derradeiro, passo à abordagem do entendimento de que a execução dos serviços arrolados na letra "B", da Parte 2, do Anexo II do Contrato de Concessão, são da análise de oportunidade e conveniência da Concessionária.

Tal assunto prescinde de maiores digressões a respeito, haja vista que já esmiuçado à ocasião do voto proferido nos autos do regulatório E-12/020.449/2010, de modo que reproduzo, aqui, aqueles fundamentos:

"(...) em que pese o fato de a assistência técnica em aquecedores não constituir serviço público, nem tampouco prejudicar sua prestação, verifica-se que, na hipótese vertente, tendo sido solicitado à Concessionária – que, por disposição contratual, constante 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)²¹, deve prestá-lo 

²¹ 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);

em 48 (quarenta e oito horas) -, impõe-se a atuação desta AGENERSA na sua função fiscalizadora, já que tem a atribuição legal de zelar pelo cumprimento dos termos lá dispostos.

(...)

Assim, no caso em exame, é possível inferir o descumprimento por parte da CEG da obrigação contratual de prestar um dos Serviços Opcionais (condicionados a aceitação do consumidor), qual seja, o de assistência técnica em aparelhos residenciais e comerciais, no prazo de 48 horas, tendo em vista ter sido pactuado²² que a Concessionária estivesse apta a atender os usuários nos prazos ali estipulados, no máximo, em 6 (seis) meses após a assinatura do Contrato, ou seja, até **20/01/1998**.

(...)

(...) o Contrato de Concessão, em seu Anexo II, exige que, no prazo máximo de 6 (seis) meses, a Concessionária esteja *"apta a atender aos usuários nos prazos estipulados acima"*, comprovando que 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.

Em decorrência da necessidade de que a CEG disponibilize ao usuário tal serviço, é compreensível a cautela dispensada ao elaborar o aludido Anexo II, parte efetivamente integrante



²² conversão de aparelhos residenciais e comerciais, 1 semana; detecção e eliminação de vazamento em aparelhos domésticos/comerciais, 48 horas; elaboração de projeto de instalações de ramais internos, 1 semana; serviço de assistência técnica em aparelhos residenciais e comerciais, 48 horas.

²³ 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); assistência técnica em aparelhos residenciais e comerciais, 48 horas. **"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"**.

do Contrato de Concessão e ao estabelecer mecanismo rígido para sua eventual alteração, conforme se depreende da leitura do item 21 do Parágrafo Primeiro da Cláusula Quarta:

"§1º - Obriga-se, ainda, a CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo das demais obrigações assumidas neste instrumento, a:

(...)

21 – atingir as metas de qualidade e segurança referidas no ANEXO II do presente Contrato, nos prazos e condições ali fixados, que poderão ser alterados, **a critério da ASEP-RJ, mas apenas no caso de solicitação da CONCESSIONÁRIA em que fique demonstrada a impossibilidade do cumprimento de tais metas.**" (Grifo nosso).

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. (...)"

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 975, de 03/02/2012, para no mérito negar-lhe provimento.

É o Voto.



Darcília Leite

Conselheira-Relatora

AGENERSA

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 3085



DE 24 DE MAIO DE 2012.

**CONCESSIONÁRIA CEG - REGISTRO DE
OCORRÊNCIA NA OUVIDORIA/AGENERSA
COM MAIS DE 30 DIAS OCORRÊNCIA
Nº.524791.**

**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-12/020.514/2011, por unanimidade,**

DELIBERA:

**Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da
Deliberação AGENERSA nº. 975, de 03/02/2012, para no mérito negar-lhe
provimento.**

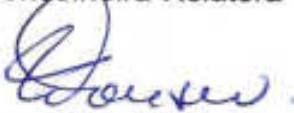
Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

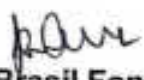
Rio de Janeiro, 24 de maio de 2012.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Relatora


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.514/2011

Data 10/11/2011

Folha: 106

Rúbrica: +