

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1164

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1164

DE 26 DE JULHO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO, CONVERSÃO E ASSISTÊNCIA TÉCNICA DE EQUIPAMENTOS A GÁS. APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL.

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-12/020.365/2011, por maioria,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD nº. 979, de 03/02/2012, vez que tempestivos, para no mérito negar-lhes provimento.

Art. 2º - Por autotutela, revogar a Deliberação AGENERSA/CD nº. 979, de 03/02/2012, tendo em vista a instauração do processo regulatório nº. E-12/020.327/2012;

Art. 3º - Apensar o presente processo ao processo regulatório nº. E-12/020.327/2012.

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

Rio de Janeiro, 26 de julho de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza

Conselheiro -Presidente

Darcilia Aparecida da Silva Leite

Conselheira - Revisora

Luigi Eduardo Troisi

Conselheiro

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro - Relator

(voto vencido)

Processo nº. E-12/020.365/2011
Data de Autuação 11/08/2011
Concessionária CEG
Assunto Instalação, manutenção, conversão e assistência técnica de equipamentos a gás - Apuração de possível descumprimento de cláusula contratual.
Sessão Regulatória 26/07/2012

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.365/2011

Data 11/08/2011 Fls.: 123

Rúbrica: f

Voto de Vista

Requeri vista deste feito na Sessão Regulatória de 19/06/2012, valendo-me da prerrogativa disposta no art. 73 do Regimento Interno desta Agência.

No intuito de rememorar o conteúdo dos autos e, assim, contribuir para a votação que ora se reinicia, faço, primeiramente, um resumo dos fatos.

Trata-se de processo instaurado por solicitação da Ouvidoria da AGENERSA, que pede orientações sobre como proceder com relação às Ocorrências nº. 523.461, 523.285, 520.981, 525.236, 525.213, 525.079, 524.791, 526.611, 526.067, 525.900, 525.885, 525.528, 526.205, 525305, 525.334 e 525.942, que versam sobre reclamações de usuários sobre a empresa GNS, indicada pela CEG para a realização de serviços de assistência técnica - *latu sensu* - em suas residências.

Instadas a se manifestarem, CAENE e Procuradoria são uníssonas em apontar a responsabilidade da CEG quanto aos serviços prestados pela GNS, seja em razão da cobrança por tais serviços se dar através da fatura mensal dos usuários, seja em função de culpa *in eligendo*.

Em sua defesa, a CEG rechaça o cometimento de descumprimento contratual, sob a alegação de que "(...) atualmente (...) não realiza o serviço de assistência técnica"¹; mas que "Sendo a GNS uma empresa privada e independente, sempre que há uma reclamação na AGENERSA, que nos seja encaminhada, sobre uma atividade executada por ela, fazemos a intermediação visando tão somente, atender a solicitação dessa autarquia e os interesses dos

¹ Declaração prestada pela CEG no histórico de atendimento da Ocorrência nº. 525.900 - fls. 57/58.

usuários de gás canalizado. Porém, é importante deixar claro que o usuário é diretamente atendido pela GNS, que nos envia uma resposta sobre o caso questionado. Assim, em deferência ao usuário e à AGENERSA, repassamos para essa Agência a resposta dada pela empresa que prestou o serviço por livre escolha do cliente. No entanto, já ressaltamos, que podemos não deter completa informação sobre as operações dessa empresa, uma vez que a mesma atua de forma independente e amparada no princípio da livre iniciativa"; contudo, presta esclarecimentos sobre todas as ocorrências tratadas nos presentes autos.

Apreciando a matéria, o i. Conselheiro-Relator proferiu o voto de fls. 86/88, que culminou na edição da Deliberação AGENERSA/CD nº. 979, de 03/02/2012, na qual a unanimidade dos Conselheiros presentes considerou a CEG responsável "(...) pelas falhas nos serviços concedidos prestados pela GNS, ou por qualquer outra empresa que preste tais serviços em regime de parceria, preposição, terceirização e afins"; e determinou a baixa do processo em diligência "(...) para que a Ouvidoria informe quais ocorrências não foram solucionadas e, em relação a cada uma delas, solicite a abertura de processo regulatório para que seja fiscalizada a adequada prestação dos serviços".

Inconformada, a CEG opôs Embargos à citada Deliberação, alegando a existência de omissão, consubstanciada na ausência de indicação "(...) quanto a base legal na qual o Conselho Deliberativo se baseou para fixar o entendimento esposado no artigo 1º (...)".

Na Sessão Regulatória ocorrida em 24/05/2012, o i. Conselheiro-Relator, em seu voto de fls. 108/110, negou provimento aos embargos opostos, sob o fundamento de ausência de omissão na Deliberação AGENERSA/CD nº. 979/2012, ocasião em que o i. Conselheiro-Presidente, Dr. José Bismarck Vianna de Souza requereu vista do feito, reapresentando-o na Sessão Regulatória seguinte², na qual, em seu Voto de Vista, repisou a inexistência de omissão na citada deliberação, mas sugeriu a alteração da Deliberação embargada para considerar a Concessionária responsável "(...) pelas falhas nos serviços prestados pela empresa GNS na compra, instalação ou assistência técnica em equipamentos a gás, fornecidos aos consumidores da CEG".

Refeita a memória dos autos, passo à apreciação, primeiramente, dos Embargos opostos para, depois, apresentar minha análise sobre a matéria tratada nos autos.

² Ocorrida em 19/06/2012.

Rúbrica:

No que concerne aos Embargos de fls. 92/94, de fato desassiste razão à Concessionária uma vez que, como bem fundamentado no Parecer da Procuradoria da AGENERSA, ao qual me filio, "(...) ***os atos que dão a devida sustentação à decisão do referido órgão administrativo são o Relatório e o Voto proferidos pelo Conselheiro relator, que integram a Deliberação e oferecem subsídios claros, explícitos e congruentes, bem como fartamente fundamentados no que consta dos autos, isto é, documentos necessários à manifestação do Conselho Diretor para que a decisão se dê revestida de legalidade***"³; sendo certo que o voto de fls. 86/88 é claro ao apontar a infração às normas contidas no Contrato de Concessão e no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, fundamentando o entendimento ali esposado e indicando a desatenção aos serviços e prazos expressos no Anexo II, Parte 2, Item 13-B do Instrumento Concessivo.

Assim, resta evidente a inexistência qualquer vício passível de correção pela via dos Embargos, razão pela qual corroboro do entendimento de que os mesmos não merecem ser providos.

Ultrapassado esse ponto, observo que a questão tratada nos presentes autos é bastante controversa, já tendo sido analisada pelo Colegiado em outros processos, que igualmente versam sobre serviços prestados pela GNS.

Justamente em razão da relevância do tema, relembro o entendimento por mim firmado nos processos regulatórios n.º. E-12/020.514/2011 e E-12/020.053/2012 - *acompanhados pela unanimidade do Conselho-Diretor* -, nos quais defendi a incompetência desta Agência Reguladora para a fiscalização das atividades prestadas por empresa privada - *in casu* a GNS-, por não se constituírem em serviço público.

Assim, não cabe à esta Agência qualquer ingerência nas atividades prestadas pela GNS. Contudo, já se encontra igualmente sedimentado o entendimento no sentido da inafastabilidade do dever desta Autarquia de exigir que a prestação de serviço de assistência técnica seja disponibilizada pela Concessionária - *eis que a faculdade prevista no Contrato de Concessão se dirige ao usuário* -, exercendo, nesse mister, sua competência fiscalizadora.

u

³ Grifos como no original.

Em detida análise das ocorrências dispostas nos autos, resta clara a desobediência da CEG quanto às obrigações contratuais previstas no Anexo II, Parte 2, Item 13-B, eis que afirma, expressamente, que "(...) não realiza o serviço de assistência técnica"⁴; "(...) não realiza a construção de nova ramificação de gás"⁵; e "(...) não realiza comercialização de aquecedores (...) "⁶.

Ocorre que o presente processo foi instaurado não para a apreciação das ocorrências aqui relatadas - *que, em parte, já estão sendo tratadas em processos regulatórios específicos, salvo as ocorrências de n.º. 523.461, 523.285, 526.611, 526.067, 525.900, 525.885, 525.528, 526.205 e 525.942* -, mas para a análise de "*instalação, manutenção, conversão e assistência técnica de equipamentos a gás*".

Nesta oportunidade, registre-se que, para a apreciação das ocorrências acima citadas, a SECEX deverá providenciar a abertura de processos regulatórios específicos.

Prosseguindo, cumpre ressaltar a existência do Processo Regulatório n.º. E-12/020.327/2012⁷, sorteado para a Relatoria do Conselheiro-Presidente José Bismarck Vianna de Souza, instaurado em razão do Voto por mim proferido no já citado processo n.º. E-12/020.514/2011, *verbis*:

"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".

u

⁴ Ocorrência n.º. 525.900.

⁵ Ocorrência n.º. 525.885.

⁶ Ocorrência n.º. 525.305 e 525.334.

⁷ Cujo objeto é "Execução de serviço de assistência técnica prestado pela GNS".

O indigitado processo, que atualmente se encontra em fase de instrução, trata, especialmente, sobre a execução do serviço de assistência técnica pela GNS e seu objeto abrange a questão contida nos presentes autos. Assim, por se tratar de processo específico, no qual a matéria será analisada de maneira aprofundada, a matéria aqui abordada certamente será melhor apreciada no bojo daqueles autos, o que recomenda o seu apensamento, em razão da evidente continência⁸.

Por esta razão, é que se verifica necessária a revogação da Deliberação AGENERSA/CD nº. 979/2012, de maneira a uniformizar a decisão sobre a matéria.

A revogação, que ora se sugere, tem por respaldo o texto expresso da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, abaixo disposta:

"Súmula nº. 473. A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

Nesse sentido, explica José dos Santos Carvalho Filho⁹:

"Trata-se de um poder inerente à Administração. Ao mesmo tempo em que lhe cabe sopesar os elementos de conveniência e oportunidade para a prática de certos atos, caber-lhe-á fazer a mesma avaliação para retirá-los do mundo jurídico.

(...)

A revogação vem exatamente ao encontro da necessidade que tem a Administração de ajustar os atos administrativos às realidades que vão surgindo em decorrência da alteração das relações sociais.

(...)

O pressuposto da revogação é o **interesse público**, dimensionado pela Administração. Cabendo a esta delinear o sentido do interesse público, porque sua função básica é a de gerir bens e interesses da

⁸ "A segunda causa de modificação da competência é a continência, definida no art. 104 do CPC, e que nada mais é do que uma espécie qualificada (ou especial) de conexão. Assim é que dá-se a continência entre duas ou mais demandas quando lhes forem comuns as partes e a causa de pedir, exigindo-se ainda que o pedido formulado em uma delas seja mais amplo do que o formulado na outra, devendo estar contido naquele" (CÂMARA, Alexandre Freitas, Lições de Direito Processual Civil, Volume I, Ed. Lumen Juris, 8ª ed., 2002, p. 105).

⁹ (CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo, Ed. Lumen Juris, 19ª ed., 2008, p. 151/152).

Rúbrica: 

coletividade, como vimos, vai buscar em cada caso os elementos que o configuram, de modo que, alteradas as condições anteriores que permitiram a prática do ato, não raro promove a sua retirada do mundo jurídico.

(...)

A esse respeito, é de anotar-se que a Administração dispõe de tal poder **'para rever a sua atividade interna e encaminhá-la adequadamente à realização de seus fins específicos'**¹⁰ (todos os grifos como no original).

Assim, considerando a instauração de processo regulatório específico para tratar da matéria, no qual serão analisados de forma pormenorizada, não só a "parceria" entre CEG e GNS, mas também a que título a referida empresa presta serviços por indicação da Concessionária, não pode subsistir a Deliberação ora atacada, de forma a se uniformizar, como dito acima, a decisão sobre a questão por parte desta Agência Reguladora.

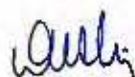
Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD n.º. 979, de 03/02/2012, vez que tempestivos, para no mérito negar-lhes provimento.

- Por autotutela, revogar a Deliberação AGENERSA/CD n.º. 979, de 03/02/2012, tendo em vista a instauração do processo regulatório n.º. E-12/020.327/2012;

- Apensar o presente processo ao processo regulatório n.º. E-12/020.327/2012.

É o Voto.



Darcilia Leite

Conselheira-Revisora

¹⁰ Cita Hely Lopes Meirelles, em Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, SP, 1993, p. 31.

**CONCESSIONÁRIA CEG - INSTALAÇÃO,
MANUTENÇÃO, CONVERSÃO E ASSISTÊNCIA
TÉCNICA DE EQUIPAMENTOS A GÁS.
APURAÇÃO DE POSSÍVEL DESCUMPRIMENTO
DE CLÁUSULA CONTRATUAL.**

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.365/2011

Data 11/08/2011 Fls.: 129

Rúbrica: 

**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-12/020.365/2011, por maioria,

DELIBERA:

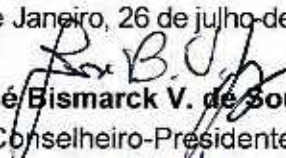
Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação
AGENERSA/CD nº. 979, de 03/02/2012, vez que tempestivos, para no mérito negar-lhes
provimento.

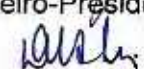
Art. 2º - Por autotutela, revogar a Deliberação AGENERSA/CD nº. 979, de 03/02/2012,
tendo em vista a instauração do processo regulatório nº. E-12/020.327/2012;

Art. 3º - Apensar o presente processo ao processo regulatório nº. E-12/020.327/2012.

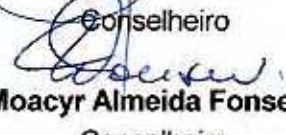
Art. 4º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de julho de 2012.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Revisora


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro-Relator
(voto vencido)