

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1420

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO

DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ATO DO CONSELHO DIRETOR

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1420

DE 19 DE DEZEMBRO DE 2012

CONCESSIONÁRIA CEG - Ocorrência registrada na Ouvidoria da AGENERSA - instalação de gás. Ocorrência 523.461.

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-12/020.465/2012, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 17, inciso VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão da não observância ao prazo de 48 (quarenta e oito) horas para colocação de medidor, conforme disposto no Anexo II - Requisitos de Qualidade e Segurança dos Serviços, Parte 2 - Serviços aos Usuários/Prazos de Atendimento, item 13 - Prazo de Atendimento aos Usuários, letra A - Serviços Obrigatórios, do Contrato de Concessão.

Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 3º - A presente Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2012

José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro - Presidente - Relator

Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro

Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro

Processo nº. : E-12/020.465/2012.
Data de autuação: 06/08/12
Concessionária: CEG
Assunto: Ocorrência registrada na Ouvidoria da AGENERSA -
 instalação de gás. Ocorrência 523.461
Sessão Regulatória: 18/12/2012

RELATÓRIO

Trata-se de processo instaurado¹ para análise da reclamação autuada na Ouvidoria desta AGENERSA sob o nº. 523.461, em 18/07/2011, através da qual o usuário Orlando Niegski Neto alega que "(...) solicitou à CEG a instalação de gás (...) e, após a visita de um técnico foi feito um orçamento de R\$500,00 do aparelho e R\$800,00 para resina. Questionou este valor, que chegou a baixar para R\$ 500,00 (a resina). Depois de acertado, já aguarda há mais de três semanas e o medidor ainda não foi instalado. (...)"; e que "(...) Passados aproximadamente 40 dias desde a minha primeira solicitação, até a presente data, não houve a instalação do meu aquecedor."

¹ Através do REQ AGENERSA/SECEX Nº. 291, de 06/08/2012 - fls. 02/03 e por determinação contida no Voto de Vista por mim proferido nos autos do processo regulatório nº. E-12/020.365/2011.

² E ainda: E-mail de 25/07/2011: "Meu pedido até hoje não foi atendido, já que empresa GNS não entrou em contato para marcar a instalação do equipamento, e se passaram 21 dias desde a minha solicitação. Ligo para esta empresa diariamente, mas a área de atendimento se recusa a atender minha demanda e alega que somente a área técnica pode entrar em contato comigo. A CEG se esconde por trás da GNS, mas a própria CEG é quem indica a mesma para realizar este tipo de serviço. A CEG disponibiliza, inclusive, o pagamento parcelado à GNS através de débito na conta da CEG. Contratei o serviço da GNS pela indicação da CEG, e agora, quando exijo que a CEG cobre explicações da GNS, a CEG está tirando corpo fora."

E-mail de 10/08/2011: "Solicito ajuda desta agência reguladora para a solução do meu problema com a empresa GNS, prestadora de serviços da CEG. Passados aproximadamente 40 dias desde a minha primeira solicitação, até a presente data, não houve a instalação do meu aquecedor. Já houve duas marcações de visita que não foram cumpridas, uma inclusive seria hoje. Isto tem gerado transtornos e desgaste, tendo em vista a necessidade de o responsável estar no local em dia útil e horário comercial. Mesmo informando que eu havia efetuado uma reclamação junto à agência reguladora, fui informado pelo atendente que eu deveria me submeter aos prazos e regras da GNS, porque ela é quem faria instalação, e não a agência reguladora. Ao longo destes 40 dias pude constatar que o telefone 4002-3983 é constantemente desligado antes do horário previsto para fim do atendimento aos clientes. Normalmente, 15 min antes do previsto não há mais de atendimento, pois a própria gravação finaliza a ligação. Além disso, por diversas vezes (muitas!), não pude ser atendido porque o sistema estava "fora do ar", e sempre que deixava meu telefone para que retornassem, isso nunca aconteceu. Agrava tudo isto o fato de a empresa não possuir qualquer outro meio de comunicação com os clientes. Ao perguntar sobre isso, se havia ouvidoria ou contato por email, fui informado que não há."



Através do Ofício AGENERSA/SECEX nº. 504, de 10/08/2012, a Secretaria-Executiva informa à CEG a autuação do presente processo e, por despacho de fls. 07, remete os autos à Ouvidoria e à CAENE³.

Pela Resolução do Conselho-Diretor nº. 320, de 22/08/2012⁴, verifica-se a distribuição deste processo à Relatoria da ex-Conselheira Darcília Aparecida da Silva Leite.

Às fls. 11, consta o OFÍCIO CAENE Nº. 202/12, de 04/09/2012⁵, através do qual solicita, no prazo de 02 (dois) dias úteis, pronunciamento da CEG sobre a ocorrência em tela.

Através da correspondência DIJUR-E-1713, de 06/09/2012, a CEG encaminha "(...) histórico desta ocorrência."⁶

Consta, às fls. 14, o OFÍCIO CAENE Nº. 225/12, de 17/09/2012⁷, através do qual solicita, no prazo de 03 (dois) dias úteis, o encaminhamento de "(...) CD contendo as gravações telefônicas de todos os atendimentos feitos a esse cliente desde seu 1º contato com essa Concessionária." A esse respeito, a CEG protocolizou a correspondência DIJUR-E-1856, de 21/09/2012, informando que solicitou cópia dos autos e requerendo, a contar do atendimento à sua solicitação, a dilação do prazo por 5 (cinco) dias úteis.⁸ (destaque no original)

As fls. 21, consta o Ofício CAENE nº. 271, de 18/10/2012, expedido à CEG e através do qual a Câmara Técnica de Energia solicita, no prazo de 03 (três)

³Às fls. 08 a Ouvidoria acosta e-mails endereçados ao usuário reclamante tornando-o ciente da instauração do presente processo, bem assim solicitando informação se foi atendido, salientando que de acordo com a GNS o aquecedor foi instalado em 16/08/2011.

⁴Cópia às fls. 10 - acostada aos autos mediante o Termo de Juntada de Documentos de fls. 09.

⁵Recebido pela Concessionária em 05/09/12.

⁶Fls. 13: Primeira Resposta: 19/07/2011 - Informamos que o serviço foi contratado com a empresa GNS e o cliente deverá entrar em contato através do número 4002-3983.

Segunda Resposta: 8/8/2011 - De acordo com a Empresa responsável, quando foi realizado serviço de Manutenção Periódica, o cliente não teria aprovado o orçamento. No dia 30/7, a Empresa GNS esteve no local para realizar, por solicitação do cliente, orçamento de venda de aquecedor."

Fls. 14 - ORDEM DE SERVIÇO DA CEG: Dt. Início Visita/Exec: 10/10/11 - 13:20; Dt. Fim Visita/Exec: 10/10/11; Área Responsável: GNS; Empreiteira: Fix master do brasil serviços tecnicos LTDA-ME; D. Agendamento: 10/10/2011; Dt. Solicitação: 03/10/2011; Situação: Realizado.

Fls. 15/16 - Certificado de Inspeção / Informe de Defeitos nas instalações a gás individuais. (FIX MASTER DO BRASIL SERVIÇOS TÉCNICOS LTDA)

⁷Recebido pela Concessionária em 18/09/2012.

⁸Cópia fornecida à Concessionária em 04/10/2012, através do Ofício AGENERSA/SECEX nº. 651, de 03/10/2012 - fls. 19.



dias, "(...) sejam encaminhados (...) os Laudos de todas as visitas realizadas no imóvel do cliente."

Através da correspondência DIJUR-E-2083, de 22/10/2012⁹, a CEG esclarece que "(...) este cliente foi atendido por uma empresa particular, onde a mesma é integrante do Grupo Gás Natural Fenosa, e oferece serviços gerais relacionados à manutenção, instalação, reparos e realização de projetos para equipamentos de gás, além de comercialização de aquecedores e aliena os respectivos créditos, com deságio, a Companhia Distribuidora de Gás, que, por sua vez, realiza a respectiva cobrança por meio da conta de gás."; argumenta que "(...) a relação comercial em comento não contempla qualquer participação direta dessa Companhia no atendimento aos clientes, limitando-se o seu envolvimento à intermediação de pagamentos, em prol da comodidade e do conforto do cliente e da respectiva prestadora de serviços (...)", destaca que "(...) não raro, discussões acerca dos cogitados serviços são submetidas à apreciação da AGENERSA por clientes insatisfeitos e, por vezes, provocam a aplicação de penalidades administrativas por parte da cogitada Autarquia."; argui que "(...) Este entendimento já está sedimentado nesta AGENERSA, conforme o voto prolatado nos autos do regulatório E-12/020.514/2011, por ocasião da Sessão Regulatória ocorrida em 24/05/2012, então seguido a unanimidade pelo Conselho-Diretor (...)"¹⁰; por fim, assevera que "(...) resta esclarecida a impossibilidade de atuação desta AGENERSA no que se refere a eventuais falhas na prestação de serviço prestado pela GNS, além do fato de que a CEG não tem acesso a estas gravações."

As fls. 24/26, consta manifestação da CAENE na qual, após extenso relato, entende que "(...) a Concessionária descumpriu a Cláusula 1ª, Parágrafo 3º, além da Cláusula 4ª, Parágrafo 1º, Item 13, ambas do Contrato de Concessão.". Em complementação, a CAENE, às fls. 26v, destaca que "A instalação de aquecedores está incluída no Item (B) serviços Opcionais (condicionados a aceitação do consumidor) - Serviço de assistência técnica em aparelhos residenciais e comerciais em 72 horas - parte 2 serviços aos usuários/prazo de atendimento - Anexo II - do Contrato de

⁹Protocolizada nesta AGENERSA na mesma data.

¹⁰Transcreve: "(...) 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."

Concessão, onde já há entendimento do Conselho que a opcionalidade é do cliente, assim não há como a CEG se negar a prestar tal serviço querendo que este serviço seja entendido que foi uma contratada e não ela que prestou tal serviço já que o cliente solicitou à CEG tal serviço."

Provocada¹¹, a Procuradoria, às fls. 27/32, faz breve relatório para, então, destacar que "A Concessionária trás à baila novamente o assunto referente à empresa GNS, já que o serviço objeto dos autos em comento foi realizado por ela, afirmando que a AGENERSA não pode regular serviço submetido à livre iniciativa" e que "Realmente, se a GNS executar serviços por si própria, sem a interferência da Concessionária CEG, devemos concordar com Delegatária.", assinala que "Quanto à citação de trecho do Voto da conselheira Darcília Leite, fls. 100/105, do Processo E-12/020.514/2011, o mesmo foi reproduzido parcialmente, naquilo que interessou à Concessionária CEG (...) ¹² e que "(...) são trechos tirados do Voto da Ilustre Conselheira Darcília Leite, que, embora não faça referência ao objeto aqui tratado, trata-se objetivamente do mesmo problema: serviços executados pela empresa GNS."; entende que "A despeito de existir processo para o deslinde da questão, Processo E-12/020.327/2012, o desenrolar dos acontecimentos faz-nos crer mais robustamente, que a GNS é uma empresa terceirizada, e que existe algo muito além de uma simples relação econômica, pois se a empresa GNS presta serviço tido como obrigatório pela Concessionária CEG, este em regime de monopólio, não há como afastar a responsabilidade da Concessionária CEG em casos de má prestação de serviços, no caso realizados pela GNS."; argumenta que "A alegação da Concessionária de que a GNS presta serviços não regulados deixa de existir diante da previsão de tais serviços

¹¹ Pelo despacho de fls.26, *in fine*.

¹² Transcreve: "...Ocorre, entretanto, que se trata de serviço previsto no Contrato de concessão, pontualmente na letra "B", Parte 2, do Anexo II...a concessionária deve oferecê-lo...(...)"

"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"

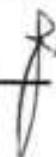
(...)

"Assim em que pese a alegação da concessionária de que se trata de atividade correlata.....sem que isso redunde em benefício do usuário."

"Ora, considerando que a CEG....não é demais concluir a vantagem auferida pela GNS, diga-se às custas às custas da concessão"

"Pelo exposto....faz-se necessário a abertura de processo específico, com a finalidade de analisar tal parceria"

Fls.104. (...) Assim, no caso em exame, é possível inferir o descumprimento por parte da CEG da obrigação contratual de prestar um dos Serviços Opcionais....o de assistência técnicano prazo de 48 horas, tendo em vista ter sido pactuado"



no Anexo II, Parte 2, item 13, alínea B, do Contrato de Concessão, em especial quanto aos serviços de assistência técnica em aparelhos residenciais e comerciais no prazo de 48 horas. (...) motivo pelo qual a concessionária deve oferecê-lo, **pois a opção prevista dirige-se ao usuário.**”; realça que “(...) a premissa levantada no item (f) do documento apresentado pela Concessionária CEG, (Proc. Nº. E-12/020.523/2011), fls.91, é explicativa do ponto de vista de sua **aceitação**, lembrando que, se a AGENERSA deve se resumir, exclusivamente, à fiscalização do cumprimento dos prazos estabelecidos, o que nos fazem presumir a **existência** de serviços.”¹³; registra que “(...) não pode querer, a Concessionária CEG, promover alteração unilateral do Contrato de Concessão, prerrogativa conferida somente à Administração Pública.”¹⁴; repisa que “Não se tem aqui a intenção de obscurecer o artigo 11 da lei 8.987/95, que autoriza ao concessionário o exercício de atividade econômica, concomitante ao serviço público delegado, o que quer se provar, no caso em tela, é que entendemos haver responsabilidade solidária entre a concessionária CEG e a empresa GNS.”; e que “Na verdade, a GNS não integra o conceito de atividade/serviço público, mas, entendemos, que somente enquanto a referida empresa exerce suas funções **individualmente**, não em solidariedade com a Concessionária CEG, que é o que sempre acontece nos diversos processos que aqui tramitam.”; lembra que “(...) segundo o Contrato de Concessão, a vistoria em instalações internas é um serviço obrigatório da Concessionária CEG, tratando-se na verdade de prestação de serviço

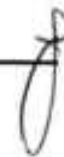
¹³(f) caso se admita, por mero exercício argumentativo, a legitimidade da atuação da AGENERSA relativamente às atividades elencadas no grupo “b” do dito Anexo 2, esta deverá se resumir, exclusivamente, à fiscalização do cumprimento dos prazos estabelecidos. Fls.91.”

¹⁴E ainda: “ Recorremos uma vez mais, ao Voto da Ilustre conselheira Darcilia Leite-, fartamente citado nos documentos pertinentes ao assunto -Voto - Processo nº. E-12/020.514/2011- 24/05/2012- Fls. 100/106.

“(...) 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, sendo 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 à aceitação do consumidor), deve prestá-lo em 48 horas(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.

Isto porque as metas de qualidade e segurança, estabelecidas no anexo II do contrato de Concessão celebrado com a CEG, constituem um dos pontos mais relevantes do serviço concedido (...).”

“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 compactuado(...).”



público. A empresa GNS presta um serviço obrigatório pela Concessionária CEG, este em regime de monopólio.¹⁵; menciona que "Reforçando esse argumento, se, a GNS atua como indicada da Concessionária CEG, torna-se claro a terceirização dos serviços, bem como há de se lhe atribuir responsabilidade pela má execução dos serviços."¹⁶; ilumina que "(...) a concessionária CEG é responsável pela inadequada prestação de serviços públicos prestados pela empresa GNS, ou qualquer outra empresa que preste igualmente tais serviços de parceria, preposição, terceirização e afins quando isso ocorrer."¹⁷; pontua que "(...) em que pese a autonomia da GNS enquanto empresa de caráter particular, e que as atividades desenvolvidas pela GNS, não integram o conceito de serviço público, conceito com o qual concordamos, mas, no nosso entender, enquanto a mesma atua individualmente, o que não é o caso."; salienta que "Não há contestação quando às atividades da GNS são exploradas em regime da livre iniciativa e sob regime de jurídico de direito privado. O que se contesta é que tal fato não ocorre quando a GNS atua em parceria com a Concessionária CEG, como compra, instalação ou assistência técnica em equipamento de gás, e não só na realização de cobrança por meio das contas de consumo de gás (...)."; corrobora "(...) com o Parecer da CAENE (...) inclusive quanto às penalidades ali dispostas."

Através do despacho de fls. 32 solicitou-se à Ouvidoria informação atualizada sobre a situação do usuário. A esse respeito, aquele órgão esclarece¹⁸ que "(...) enviei (...) um email solicitando que ele me confirmasse a execução da instalação

¹⁵ A esse respeito, indaga: "Como pode então, a Concessionária CEG tentar afastar sua responsabilidade em casos de má prestação por parte da empresa GNS?"

¹⁶ E destaca: " Art. 22- CDC-"os órgãos públicos , por si ou suas empresas, concessionárias ou permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento são obrigados a prestar serviços adequados, eficientes e, quanto aos essenciais, contínuos."

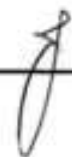
¹⁷ Ainda sobre o assunto: " Citamos ainda o Voto da ilustre Conselheira Darcília Leite- Voto- processo nº. E-12/00.514/2012-Fls.100/106.

"Aqui, por oportuno trago à baila lição do já citado doutrinador Marçal Justen Filho, quando explica que não obstante o exercício de tais atividades empresarias - 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.

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

Ora, considerando que a CEG presta 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".

¹⁸ Fls. 33.



de seu aquecedor - objeto de sua reclamação -, se ainda havia alguma pendência com relação a essa questão, e se ele se encontrava satisfeito com os serviços prestados pela Concessionária.", aduz que "(...) recebi, no mesmo dia, uma resposta incompleta, na qual o cliente informa que o serviço foi realizado, mas que ele não ficou satisfeito, e que gostaria que a AGENERSA desse andamento ao presente processo, pelo 'procedimento incorreto' da CEG.", e que, diante disso, "Enviei (...) novo email ao Sr. Orlando, no dia 09/11/12, pedindo que me relatasse, de forma mais detalhada, por que não ficou satisfeito com o serviço prestado: se foi mal feito, se demorou a ser executado etc. Contudo, até hoje não recebi resposta a este segundo email. Além disso, nos dias 12 e 13/11/12, tentei novamente contato telefônico com ele e, da mesma forma, não obtive sucesso"¹⁹.

Na data de 14/11/2012, são encaminhadas, ao usuário²⁰ e à CEG²¹, cópias integrais deste feito, comunicada a conclusão de sua instrução e assinado o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de razões finais.

Em 30/11/2012, a CEG protocoliza nesta Agência Reguladora a correspondência DIJUR-E-2359/2012, através da qual, após mencionar os argumentos da CAENE e da Procuradoria, entende "(...) superada a questão de que a AGENERSA não possui competência para fiscalizar os serviços prestados pela GNS, conforme se verifica dos votos prolatados nos processos regulatórios E-12/020.514/2011 e E-12/020.583/2011.", assevera que "Os citados órgãos mencionam que, uma vez que o serviço requerido pelo usuário consta no Anexo II, Parte 2, Item 13B do Contrato de Concessão e é condicionado a aceitação do consumidor, bastaria que o consumidor solicitasse sua prestação à Concessionária para que os mesmos se enquadrassem no escopo do citado Contrato.", nota que "(...) para que se configure eventual má-prestação de serviço pela Concessionária, **elementar que seja cabalmente provado que o usuário, de fato, solicitou a prestação do citado serviço à CEG e, ainda, que a esta**

¹⁹ E-mail encaminhado pelo usuário à Ouvidoria em 08/11/2012: "(...) o serviço foi realizado pela CEG na época, mas sinceramente eu não fiquei satisfeito com o serviço. Atualmente não tenho mais nada a resolver com a CEG mas gostaria que fosse dado andamento ao processo regulatório para que a CEG prestasse conta deste procedimento incorreto a AGENERSA e consequentemente a mim.

Pelo que ocorreu entendi que se tratam de procedimentos operacionais mal definidos pela CEG e não algo pontual que só aconteceu comigo (...)."

²⁰ Mediante E-mail AGENERSA/ASSESS/DL nº. 138, de 14/11/2012 - fls. 36,.

²¹ Mediante Ofício AGENERSA/DL nº. 128, de 14/11/2012 - fls. 37, recebido pela CEG na mesma data.



teria se recusado a prestá-lo.”, aduz que “(...) o cliente presume ter requerido à CEG uma vez que a cobrança do serviço foi feita na fatura da Concessionária, o que não deve ser analisado no processo em comento, uma vez que existe processo específico para tratar do tema ‘relação entre as Concessionárias CEG e CEG RIO e GNS’; salienta que “(...) que para concluir que a CEG descumpriu os prazos do Anexo II. Parte 2, Item 13B, deveria haver uma ‘elementar do tipo’, qual seja, a aceitação do cliente, de modo que, deveria estar cabalmente provada o registro de tal solicitação junto a CEG.”; argumenta que “(...) não identificou em seus sistemas nenhuma solicitação de compra e instalação de aquecedor pelo cliente em questão, motivo pelo qual não possuía as gravações requeridas pela CAENE.”; frisa que “(...) não caberia à Concessionária a apresentação de provas negativas, no sentido de que o cliente não teria solicitado a ela o serviço em discussão, mas sim ao cliente comprovar que teria solicitado a prestação de serviço à CEG e, ainda, que teria havido negativa por parte da mesma.”²²; pontua que “(...) o CPC adotou a teoria estática de distribuição do ônus da prova, (...) ou seja, prova é de quem alega. No entanto, a teoria estática não resolve os casos de prova diabólica ou negativa. Para tentar resolver essa questão, surgiu a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, em que o ônus da prova é distribuído para quem puder suportá-lo. Tal teoria foi amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência, tendo como fundamento o princípio da igualdade.”²³; destaca “(...) que para concluir que a

²² A esse respeito, destaca: “(...) que a prova diabólica (Probatio Diabolica ou Devil’s Proof) é aquela modalidade de prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida como, por exemplo, a prova de um fato negativo.

Sendo assim, é importante salientar que prova diabólica é uma expressão utilizada nas hipóteses em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil de ser produzida. Ou seja, nenhum meio de prova possível é capaz de permitir tal demonstração. Dessa maneira, a prova diabólica, muitas vezes, ocorre nos casos em que se tem que provar algo que não ocorreu, constituindo-se em uma autêntica prova negativa.

Ora, o princípio da impossibilidade da prova negativa baseia-se nos ensinamentos do direito canônico de que somente o Diabo poderia provar um fato negativo. Dessa forma, deve-se afastar a chamada probatio diabolica.”

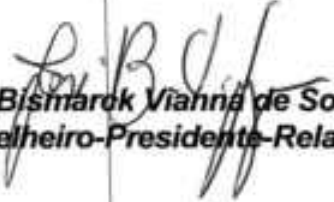
²³ E ainda: “No que se refere à distribuição do ônus da prova no Processo Penal, cumpre destacar que o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertence exclusivamente à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (provas diabólicas). Sobre esse tema, a 1ª Turma do STF, no julgamento do HC 73338, Relator Min. CELSO DE MELLO, julgado em 13/08/1996, asseverou que o réu, no Processo Penal, não tem a obrigação de provar sua própria inocência. Cita-se a ementa do referido julgamento:

“E M E N T A: HABEAS CORPUS - PROVA CRIMINAL - MENORIDADE - RECONHECIMENTO - CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI Nº 2.252/54) - INEXISTÊNCIA DE PROVA ESPECÍFICA - IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA IMPUTADA AO RÉU - CONDENAÇÃO POR OUTROS ILÍCITOS PENAIIS - EXACERBAÇÃO DA PENA - DECISÃO PLENAMENTE MOTIVADA - LEGITIMIDADE DO TRATAMENTO PENAL MAIS RIGOROSO PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. MENORIDADE - COMPROVAÇÃO - CERTIDÃO DE

CEG teria descumprido o Contrato de Concessão, não basta que o serviço tenha sido executado e solicitado à GNS, mas que reste comprovado nos autos que a CEG teria efetivamente se recusado a prestar os serviços (...) mediante requerimento do usuário no caso específico.”; requerendo, por fim, “(...) que archive o processo em comento, uma vez que não há, nos autos, provas ou sequer indícios que se presumam concluir pelo descumprimento contratual (...).”.

Em Reunião Interna de 06/12/2012, o presente processo foi redistribuído a minha Relatoria.

É o relatório.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator

NASCIMENTO - AUSÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO TÍPICA DO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES.

(...) Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5) (HC 73.338, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 13/08/1996, DJ 19-12-1996 PP51766 EMENT VOL-01855-02 PP-00270).

Processo nº.: E-12/020.465/2012.
Data de autuação: 06/08/12
Concessionária: CEG
Assunto: Ocorrência registrada na Ouvidoria da AGENERSA -
instalação de gás. Ocorrência 523.461
Sessão Regulatória: 18/12/2012

VOTO

Trata-se de processo instaurado para análise da reclamação nº. 523.461, realizada na Ouvidoria desta AGENERSA por Orlando Niegski Neto, usuário do serviço concedido à CEG, através da qual narra, em suma, que contratou àquela Concessionária a instalação de gás em sua residência e que esta indicou a empresa GNS para a colocação de medidor – *o que foi atendido com atraso de mais de "(...) três semanas (...)"* -, bem assim para realização de serviço de assistência técnica, mais precisamente a instalação de aquecedor. Vejamos o que consta do Histórico do Atendimento de fls. 04/05:

"Cliente solicitou à CEG a instalação de gás (...) Depois de acertado, já aguarda há mais de três semanas e o medidor ainda não foi instalado. (...)

Meu pedido até hoje não foi atendido, já que a empresa GNS não entrou em contato para marcar a instalação do equipamento, e se passaram 21 dias desde a minha solicitação. (...) A CEG se esconde por trás da GNS, mas a própria CEG é quem indica a mesma para realizar este tipo de serviço. (...)

Solicito ajuda desta agência reguladora para solução do meu problema com a empresa GNS, prestadora de serviços da CEG. Passados aproximadamente 40 dias desde a minha primeira solicitação (...) não houve a instalação do meu aquecedor. (...)"



Conforme se verifica, são dois os pontos a serem enfrentados no presente voto. Um circunscrito à demora para colocação de medidor e o segundo referente à prestação do serviço de assistência técnica para instalação de aquecedor.

O presente caso ganha relevância diante da inusitada situação de que, em que pese ambos os serviços terem sido prestados ao usuário pela mesma GNS, será a natureza de cada qual que norteará a atuação desta Agência Reguladora, determinando, pois, o exercício de competências distintas.

Isso porque, quando da colocação de medidor na residência do usuário, dada a natureza de serviço público que reveste tal providência, a GNS atua como terceirizada da CEG, relação que não afasta desta AGENERSA a competência para exercício de sua função reguladora em face da Concessionária.

Por outro turno, tal entendimento não encontra guarida quando diz respeito à instalação de aquecedor, que por se tratar de serviço não essencial - *portanto, de natureza privada* -, encontra-se fora da competência regulatória desta Autarquia, sem prejuízo - *como melhor detalhado será a diante* -, da exigência de sua disponibilização aos consumidores.

Passando ao enfrentamento dos fatos e iniciando pela alegação do reclamante de atraso de "(...) *mais de três semanas (...)*" para colocação de medidor, importa ressaltar que a Concessionária não apresentou defesa, tampouco justificativa para a demora perpetrada, do que me parece forçoso concluir pela ocorrência de descumprimento ao Contrato de Concessão, notadamente do prazo de 48 (quarenta e oito) horas para adoção de tal providência, conforme previsto 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 A – Serviços Obrigatórios.

Já no que tange à instalação de aquecedores, é sabido por este Conselho-Diretor que a matéria não é nova nesta AGENERSA, que, diga-se, já sedimentou o entendimento de que o serviço de assistência técnica não possui natureza de serviço público, de sorte que sua regulação passa à margem da competência desta Autarquia.



Mesmo sem pretender esmiuçar o tema, eis que, como dito, trata-se de assunto já amplamente debatido no âmbito desta Agência Reguladora¹, devo lembrar que a natureza eminentemente particular do serviço de assistência técnica não tem o condão de, por si só, afastar possível conclusão de descumprimento contratual por parte da Concessionária.

Isso porque, se a regulação de tal serviço de natureza privada fica alheia à atividade desta AGENERSA, o mesmo não se pode dizer quanto à exigência de sua prestação, haja vista que por expressa disposição contratual a CEG deve prestá-lo, em prazo determinado, sempre que solicitado pelos consumidores, *ex vi* o que consta do 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).

Quero dizer, com isso, que se não é da competência desta Agência Reguladora punir a CEG por suposta demora da GNS quando da instalação do aquecedor do usuário - *porquanto tal análise se revestiria de cunho regulatório* -, o mesmo não acontece com relação à hipótese de recusa sua à prestação do referido serviço, eis que, para tanto, a AGENERSA exerce sua competência legal² de fiscalizar o cumprimento do Contrato de Concessão.

A esse respeito, a Concessionária apresenta como tese de defesa o argumento de "(...) *que não identificou em seus sistemas nenhuma solicitação de compra e instalação de aquecedor pelo cliente em questão, motivo pelo qual não possuía as gravações requeridas pela CAENE.*", e que, diante disso, não poderia ser compelida a fazer prova negativa, sobretudo porque entende ser do cliente o ônus de "(...) **comprovar que teria solicitado a prestação de serviço à CEG e, ainda, que teria havido negativa por parte da mesma.**"³

De fato, é possível que a aquisição e a instalação de aquecedor não tenham sido solicitados diretamente à Delegatária, haja vista que o serviço anterior de

¹ A título de exemplificação, o assunto já foi tratado nos autos dos processos E-12/020.449/2010 e E-12/020.514/2011.

² LEI Nº 4.556, DE 05 DE JUNHO DE 2005 –

"**CRIA, ESTRUTURA, DISPÕE SOBRE O FUNCIONAMENTO DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.**"

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

(...)

IV - fiscalizar, diretamente ou mediante delegação, os aspectos técnico, econômico, 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;"

³ Grifo no original.

f

colocação de medidor estava sendo prestado pela empresa GNS, ainda que na qualidade de terceirizada sua.

Entendo, portanto, que a análise de possível descumprimento contratual da CEG por suposta recusa de prestação de serviço de assistência técnica encontra-se prejudicada.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 17, inciso VI⁴ da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão da não observância ao prazo de 48 (quarenta e oito) horas para colocação de medidor, conforme disposto no Anexo II – Requisitos de Qualidade e Segurança dos Serviços, Parte 2 – Serviços aos Usuários/Prazos de Atendimento, item 13 – Prazo de Atendimento aos Usuários, letra A – Serviços Obrigatórios, do Contrato de Concessão;
- Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007;

É como voto.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator

⁴ "Art. 17. Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do GRUPO II sempre que, sem justo motivo: VI. deixarem de atingir qualquer uma das Metas de Qualidade e Segurança referidas no ANEXO II dos Contratos de Concessão, nos prazos e condições lá fixados ou em novos prazos fixados pela AGENERSA, aplicando-se, nesses casos, uma penalidade de multa para cada item desatendido."

AGENERSA

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

Serviços Público Estadual
Processo nº E-12/020.465/2012
Data 06/08/12 Fls.: 56
Rubrica: 7



DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1420

DE 19 DE DEZEMBRO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - Ocorrência registrada na Ouvidoria da AGENERSA - instalação de gás. Ocorrência 523.461.

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-12/020.465/2012, por unanimidade,

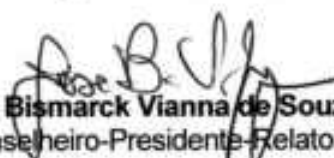
DELIBERA:


Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,0001% (um décimo de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 17, inciso VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão da não observância ao prazo de 48 (quarenta e oito) horas para colocação de medidor, conforme disposto no Anexo II – Requisitos de Qualidade e Segurança dos Serviços, Parte 2 – Serviços aos Usuários/Prazos de Atendimento, item 13 – Prazo de Atendimento aos Usuários, letra A – Serviços Obrigatórios, do Contrato de Concessão.


Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007.

Art. 3º - A presente Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 19 de dezembro de 2012.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro