

CONCESSIONÁRIA CEG –
OCORRÊNCIA nº 517.827.
INTERESSADO: MARIA MARCOS DOS
SANTOS.

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-12/020.44 9/2010, por maioria,

DELIBERA:

Art.1º. – Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG, porque tempestivo, em face da DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 712, de 24 de fevereiro de 2011, integrada pela DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 750, de 27 de abril de 2011, para no mérito negar-lhe provimento.

Art.2º. – Ratificar os termos da DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 712, de 24 de fevereiro de 2011.

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

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2011.

José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente
Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Revisora
Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro
Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro
Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro-Relator
(Voto vencido)



AGENERSA

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

Processo nº: E-12/020.449/2010
Autuação: 17/11/2010
Concessionária: CEG
Assunto: Ocorrência nº: 517827
Relato: 31 de outubro de 2011

SEÇÃO DE REGISTRO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 17/11/2010
Proc. E- 12/020.449/2010
Fls: 133x

RELATÓRIO

Trata-se do Recurso¹ protocolizado nesta Agência Reguladora em 20/05/11, pela concessionária CEG, em face da Deliberação AGENERSA nº. 809/11², de 15/08/11.

O presente regulatório foi instaurado pela CI OUVID nº. 128/10³, de 17/11/10, baseado na ocorrência nº. 517.827, onde o cliente reclama sobre o serviço de assistência técnica em seu aquecedor não prestado pela CEG, sob a justificativa de que a garantia de instalação do aparelho já terminou e que a empresa trabalha só com peças originais, hoje indisponíveis no mercado.

O processo é enviado à SECEX, em 29/07/11, para publicação da Deliberação AGENERSA nº. 809, de 28/07/11.

¹ FI.100/112

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 809

DE 28 DE JULHO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG – INSTALAÇÃO E FORNECIMENTO DE GÁS NATURAL. OCORRÊNCIA 515279.

O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – A GENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/020.449/2010, **por maioria, DELIBERA:**

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,001% (um 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 de haver interrompido a prestação do serviço assistência técnica em aparelho residencial.

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

Art. 3º - Determinar à Concessionária CEG que volte, imediatamente, a prestar os serviços descritos no Anexo II.

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

Rio de Janeiro, 28 de julho de 2011.

JOSÉ BISMARCK V. DE SOUZA
DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE
MOACYR ALMEIDA FONSECA
ROOSEVELT BRASIL FONSECA
SÉRGIO BURROWES RAPOSO

Conselheiro-Presidente
Conselheira
Conselheiro
Conselheiro
Conselheiro-Relator (Voto Vencido)

³ FI. 02/07

DATA: 17/11/2010

Proc. E- 12/020.449/2010

AGENERSA

Fls: 134



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

O processo é sorteado para este gabinete, conforme a resolução do Conselho Diretor nº. 250/11⁴, de 23/08/11 e em 31/08/11, o processo é encaminhado ao meu gabinete. A seguir apresento, resumidamente, os termos do Recurso:

Inicialmente a Concessionária: "(...) *pleiteia que seja (...) concedido efeito suspensivo ao presente Recurso, para sobrestar os efeitos da Deliberação AGENERSA n.º 809/11 no que tange à multa imposta no Art. 1º e a obrigação de fazer imposta no Art. 3º, ante a necessidade de se conferir a Concessionária o direito (...) ao contraditório e ampla defesa, antes de se impor o encargo da multa, que poderá levar à eventual inscrição em dívida ativa, comprometendo a situação legal da Concessionária.*

Importante observar que a Concessão do efeito suspensivo deverá ser providência automática, na medida em que é inexequível a multa imposta pela AGENERSA antes da decisão final administrativa.

Deste modo, é necessária a concessão do pedido de efeito suspensivo, sob pena de configuração de um dano material considerável para a empresa, mesmo em caso de provimento do presente Recurso, uma vez que a inscrição na Dívida Ativa, ainda que por um breve período de tempo, podem prejudicar seriamente as atividades da Concessionária. Além disso, a Concessionária entende ser fundamental a concessão de tal efeito, para que haja possibilidade do Conselho Diretor analisar todas as argumentações (...) antes de se manifestar definitivamente sobre o assunto (...).

No mérito, a Concessionária apresenta uma breve síntese dos fatos processuais ocorridos até então, e resume: "*Diante do histórico acima relatado, a CEG apresentará, a seguir, os argumentos pelos quais entende que deverá a Deliberação nº 809/11 ser reformada, para rever a multa aplicada e a obrigação de fazer imposta*"

A Concessionária apresenta os argumentos do Recurso:

Do objeto do Contrato de Concessão: "*Mister se faz observar que o objeto do Contrato de Concessão é a distribuição de gás canalizado, consoante cláusula primeira, abaixo transcrita:*

**"CÁUSULA 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,

⁴ Fl. 113



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

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, através de canalizações; e
- b). O desempenho de atividades correlatas, compatíveis com a natureza do serviço referido na letra "a" acima."

Conforme se verifica, o objeto do Contrato de Concessão é a prestação do serviço de fornecimento de gás, sem prejuízo do desenvolvimento de atividades correlatas.

Tais atividades são permitidas à Concessionária, pois guardam compatibilidade com o serviço de fornecimento de gás, entretanto, não se mostram obrigatórias, não estando nem mesmo listadas no Contrato, de modo que se trata de uma faculdade da Concessionária prestá-las ou não.

Ainda que se pudesse admitir que a Concessionária tem a obrigatoriedade de prestar serviço de assistência técnica, tal fato só poderia ser admitido quando a mesma realizasse a comercialização dos aquecedores.

Não obstante isso, não pode a Agência impor à CEG que preste eternamente o serviço de assistência técnica, devendo interpretar este prazo para prestação com observância do princípio da razoabilidade, especialmente, quando o prazo de garantia já expirou, como no caso das reclamações em exame. (GN).

Outrossim, deve também ser levado em consideração que a Concessionária não é fabricante do produto e que não tem ingerência sobre o fato do mesmo ter parado de fabricar determinadas peças.

No que tange a razoabilidade do prazo para manifestação de assistência técnica: (...) em que pese o já exposto, importa ressaltar que os bens de consumo têm prazo de vida útil que deverá ser observado, caso a caso, não podendo a Concessionária prestar garantia eterna aos produtos que um dia comercializou no mercado. Isto é, na legislação pátria, não existe fixação de prazo determinado para que seja prestada a assistência técnica, consoantes dispositivos abaixo reproduzidos:

Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078 de 1990:

"Art. 32 – Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.



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

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

DATA: 17/11/2010

Proc. E- 12/020.449/2010

AGENERSA

Fls. 136 X

*Parágrafo único – Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida **por período razoável de tempo, na forma da lei.** (grifos nossos)*

Decreto 2.181, de 20/03/1997.

Art. 13 – Serão consideradas, ainda, práticas infrativas, na forma dos dispositivos da Lei nº 8.078, de 1990:

(...)

*XXI – deixar de assegurar a oferta de componentes e peças de reposição, enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto, e, caso cessadas, de manter oferta de componentes e peças de reposição **por período razoável de tempo, nunca inferior à vida útil do produto ou serviço;**” (grifos no original)*

Assim, não definiu a legislação o que seria o “período de tempo razoável”, ficando a critério e ao bom senso do Judiciário e da administração pública, em geral, avaliarem caso a caso.

*Jurisprudência nesse sentido consta, inclusive, anexada nos autos do processo no que tange a Apelação Cível 2008.001.26059, onde o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu, resumidamente, que: “Nesse contexto, percebe-se que não foi por descaso que a ré não encontrou as peças de reposição do produto em questão, mas sim pelo fato da própria máquina estar em desuso, inclusive no mercado nacional. Diante de tais fatos, **não há como responsabilizar as rés pelo defeito apresentado no produto, tampouco pela ausência de peças para consertá-lo,** eis que não seria razoável exigir de empresa brasileira a fabricação ou importação de peças para uma filmadora produzida fora do país há quinze anos e que sequer foi produzida, importada ou comercializada pela empresa brasileira.” (grifos no original).*

Diante da ausência de definição da mensuração do que seria tempo razoável, devem ser analisadas todas as peculiaridades do caso em comento.

Primeiramente, que o aquecedor é um bem utilizado com grande frequência, na maioria dos casos diariamente, o que acelera o desgaste do bem se compararmos com uma máquina filmadora.

Além disso, importa ressaltar que a CEG não se furtou de fornecer a garantia dada pelo fabricante ao cliente, muito embora não seja a Concessionária a fabricante dos aquecedores.

Outrossim, deve-se analisar, ainda, que o fabricante parou de produzir a peça, necessária para que a Concessionária pudesse prestar aos clientes o serviço de assistência técnica, mesmo já estando expirado o prazo de garantia.



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

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 17/11/2010
Proc. E-12/020.449/2010
Fls. 137 x

Assim, não se recusou a CEG a prestar a assistência técnica, entretanto, não poderá a Concessionária ser sancionada por fato alheio a sua vontade, qual seja, o fato do fabricante ter parado de produzir as peças do aquecedor. Ainda que se pudesse admitir tal responsabilização deveria ser levado em conta o tempo decorrido desde a compra dos aquecedores pelos clientes até a data em que os mesmos apresentarem problemas.

Conclui-se, então, que essa Agência deverá rever o posicionamento adotado, considerando todas as peculiaridades levantadas e levando em conta o precedente mencionado acima, que desconsiderou a responsabilidade das rés, uma vez que a peça necessária deixou de ser produzida e, ainda, que transcorreu período razoável de tempo. (...).

Importa levantar, por fim, que caso os consumidores tivessem adquirido o aquecedor com empresa particular, tendo expirado o prazo de garantia, certamente não seria esta empresa coagida a prestar assistência técnica, especialmente em relação a peça que não é mais produzida pelo fabricante.

Assim, entendimento diverso, poderia, inclusive, gerar problema concorrencial, pois a Concessionária seria obrigada a prestar serviço de assistência técnica eternamente enquanto que o particular somente teria que oferecê-lo durante o prazo de garantia. Tal entendimento fere o princípio da isonomia.

Tratando-se da obrigação de fazer, o exposto no (...) Art. 3º da Deliberação atacada determina que a CEG volte, imediatamente, a prestar os serviços descritos no Anexo II, parte 2, item 13, letra B, do Contrato de Concessão, notadamente o serviço de assistência técnica em aparelhos residenciais e comerciais por ela comercializados, eis que a opção prevista se dirigiria aos usuários.

A CEG entende que a imposição de tal obrigação (...) pode abrir perigoso precedente. Isto porque, a determinação de que a Concessionária obrigatoriamente preste o referido serviço, sem mencionar o período de tempo razoável para tanto, pode gerar inúmeras confusões.

Por exemplo, a Concessionária recomenda que os clientes façam revisão em seus aquecedores, de 2 (dois) em 2 (dois) anos, observando a segurança dos mesmos. Da forma como a obrigação de fazer foi imposta, corre-se o risco de um cliente que não faz revisão periódica em seu aquecedor, após período indeterminado de tempo, requeira que a CEG preste assistência técnica, com base na obrigação de fazer em comento.

Tal determinação viola o princípio da segurança jurídica, podendo desestabilizar a relação entre a Concessionária e os particulares.



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

AGENERSA

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 27/31/2010
Proc. E-12/020.449/2010
Fls. 138x

Cumprе destacar, ainda, que tal obrigação de fazer fere o princípio da livre concorrência, posto que obrigação a estipulada como opcional no Contrato de Concessão, passará a ser obrigatória.

O desdobramento disso, é que tal serviço, que pode ser prestado por qualquer particular, passará a ser obrigatório para a Concessionária. Assim, está a Agência impondo determinação contrária ao próprio Contrato de Concessão.

Tratando-se da irrazoabilidade/desproporcionalidade da penalidade aplicada, (...) na hipótese da manutenção dos termos da Deliberação AGENERSA nº. 809/11, (...) cumpre esclarecer que, com o advento da nova ordem constitucional, o instituto do devido processo legal e, em seu bojo, o da razoabilidade e da proporcionalidade dos atos do Poder Público, devem ser fielmente observados.

É assinalável, ainda, como se sabe, 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.

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.

O Prof. José dos Santos Carvalho Filho assim dispõe em sua obra Manual de Direito Administrativo, 13ª edição, pág. 23:

“Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplex 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 para os indivíduos;

3). proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superem as desvantagens”. (grifos no original)

O segundo fundamento, ou requisito, para que se preencha o princípio da proporcionalidade, é a exigibilidade, mais conhecida como necessidade do ato.

O objetivo da sanção administrativa deve ser o de fazer com que o interesse público, cerne do processo administrativo, seja atendido. No caso em questão, não é razoável que se aplique multa à Concessionária tendo em vista que já haviam decorrido 3 (três) e 4 (quatro) anos, respectivamente, da compra dos



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

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

DATA: 27/11/2010

Proc. E- 12.020.449/2010

AGENERSA Fls: 139

aquecedores, de modo que já havia expirado o prazo de garantia. (grifos no original)

Nesse sentido, vislumbra-se que a imposição de penalidade de multa é medida que não está pautada na busca de um benefício em prol do interesse público.

Destarte, acreditando na avaliação criteriosa do Conselho Diretor, após todas as ponderações feitas e rogando pela efetiva aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso, requer a Concessionária que seja provido o presente Recurso, anulando-se a multa imposta na Deliberação nº 809/11. (grifos no original)

Por fim, a Concessionária conclui: “Ante o exposto, requer a esse E. Conselho Diretor que seja dado provimento ao presente Recurso, anulando-se a multa imposta no Art. 1º da Deliberação AGENERSA nº. 809/11, na forma requerida ao longo deste Recurso, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua imposição, por ser medida de extremo bom senso e Justiça.”

Em 01/09/11, o processo é encaminhado à Procuradoria para análise e pronunciamento quanto ao Recurso interposto pela Concessionária acostado às fls. 100/112, e esta apresenta seu parecer preliminar, às fls. 116/117, onde afirma: “(...) sendo certo que a matéria recorrida envolve discussão de pertinência de penalidade pecuniária, c/c a possibilidade de revisão do julgado, recomenda-se o **deferimento parcial do pedido preliminar de concessão de efeito suspensivo** no que tange à multa imposta pelo Art. 1º da deliberação em referência para salvaguarda de direitos das partes, em especial na presente situação dos autos em que há risco de dano irreparável ou de difícil reparação.” (grifos nossos)

No que tange ao pedido de efeito suspensivo referente à obrigação de fazer ditada pelo Art. 3º, esta Procuradoria não vislumbra risco de dano irreparável ou de difícil reparação à Recorrente, especialmente por se tratar de uma obrigação contratual, razão pela qual sugerimos deferimento do efeito suspensivo apenas para suspender aplicação da penalidade pecuniária.”

Por fim, o Procurador Geral conclui: “De acordo, considerando que a questão envolve uma reclamação de consumidor da Concessionária, o efeito suspensivo visa evitar que lhe seja repassada uma informação, acerca da penalidade, ainda pendente de recurso e, portanto, de modificação após o esgotamento dos recursos cabíveis”.

Através do ofício CODIR-SBR nº. 009/11⁵, de 21/09/11, a Concessionária é informada do **deferimento parcial** do efeito suspensivo. (grifos nossos)

⁵ Fl. 118



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

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

DATA: 27/11/2010

Proc. E-12/020.449/2010

AGENERSA

Fls: 140

Em 25/08/11, o processo é encaminhado à Procuradoria para que complemente seu parecer quanto ao teor do recurso interposto pela Concessionária às fls. 100/112.

Às fls. 124/129, consta o parecer da Procuradoria, o qual segue em parte:

"(...)

(...) Quanto aos outros argumentos dispostos em sua respeitável peça recursal, temos a dizer que a Procuradoria já havia se manifestado às fls. 27/28, com a citação do Decreto n.º 2.181, de 20 de março de 1997 e da Lei n.º 8078/1990, cuja regulamentação do art. 32 do CDC, é feita através do Decreto n.º 2.181/97, dispondo no inciso XXI, de seu art. 13, "tempo razoável", que o período não deverá ser inferior à vida útil do produto ou serviço.

Importante assinalar que a Procuradoria faz do voto de vista, parte integrante deste parecer, salientando o que nela está disposto, tal como: "no entanto, se é verdade que o serviço de assistência técnica não é objeto do respectivo Contrato de Concessão, também o é que tal atividade não lhe é estranha, uma vez que prevê expressamente em sua Cláusula Treze, inciso III, a possibilidade de cobrança de serviço" fl. 86.

"Entendo, entretanto, que a matéria tratada no presente processo não se encerra apenas com a constatação de se tratar de serviço estranho ao objeto da Concessão, não obstante encontre amparo no respectivo contrato..." fl. 87.

"Para isso, trago à baila o disposto no Art. 11 da Lei 8.989/95..." fl.87, "... verifica-se que, na hipótese vertente, tendo sido solicitado à Concessionária – que, por disposição contratual, constante 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), deve prestá-lo em 48 (quarenta e oito horas)..." fl.90.

Quanto à irrazoabilidade e desproporcionalidade da penalidade aplicada, não é tarde lembrar que, o Contrato de Concessão em sua Cláusula Dez disciplina com clareza as penalidades aplicáveis à concessionária CEG. Dentre elas, se insere a penalidade de multa, objeto, pois, do presente Auto de Infração.

Em prosseguimento, através do §2º da aludida Cláusula depreende-se que a aplicação das penalidades disciplinadas fica condicionada à observância do princípio da proporcionalidade. Desse modo, serão aplicadas de acordo com a gravidade da infração.

Nessa linha de raciocínio, os parâmetros de aplicação de penalidades são de pleno conhecimento da Concessionária, o que torna inócua e desprovida de amparo legal o alegado.



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

AGENERSA Fls. 341

AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 27/11/2010
Proc. E-12/020.449/2010

A penalidade aplicada à Concessionária foi praticada de acordo com o instrumento concessivo, (...) observando o devido processo legal, cabendo tal prerrogativa ao Conselho Diretor da Agência Reguladora, segundo a Lei 4.556/2005.

Ademais, houve sim comprovação da culpabilidade da Concessionária, de acordo com o estabelecido nos autos.

O princípio da proporcionalidade compõe-se de três aspectos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.
(...)

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.
(...)

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 a 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.

A Procuradoria conclui: "Portanto, esta Procuradoria reafirma seu parecer de fls. 27/28, onde consta a necessidade da Concessionária prestar a devida assistência ao cliente, sugerindo ao ilustre Conselheiro-relator o improvimento do recurso apresentado, mantendo in totum, a deliberação AGENERSA n.º 809/11."

Por meio do ofício AGENERSA/ASSESS/SR n.º. 165/11⁶, de 24/10/11 a Concessionária foi instada a oferecer razões finais, no prazo de 02 (dois) dias.

Através da correspondência DIJUR-E-2192/11⁷, de 25/10/11, a Concessionária, em resposta ao ofício acima, teceu suas considerações finais, como segue:

"Em atendimento ao ofício em referência, servimo-nos da presente para reiterar os termos do Recurso interposto pela CEG em face da Deliberação AGENERSA n.º. 809/11, acostado às fls. 110/112. (...) "

É o relatório.

Sérgio Raposo
Conselheiro-Relator.

⁶ Fl. 130

⁷ Fl. 132



AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIROSECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DATA: 27/11/2010

Proc. E- 12/020.449/2010

Fls. 142

Processo nº.: E-12/020.449/2010
Autuação: 17/11/2010
Concessionária: CEG
Assunto: Ocorrência nº: 517827
Relato: 31 de outubro de 2011

VOTO

Trata-se de Recurso protocolizado nesta Agência em 20/05/11, pela concessionária CEG, em face da Deliberação AGENERSA nº. 809/11, a qual reproduzo abaixo, em parte:

“Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,001% (um 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 de haver interrompido a prestação do serviço assistência técnica em aparelho residencial

(...)

Art. 3º - Determinar à Concessionária CEG que volte, imediatamente, a prestar os serviços descritos no Anexo II. ”

O presente regulatório foi instaurado pela CI OUVID nº. 128/10¹, baseado na ocorrência nº. 517.827, onde o cliente reclama sobre o serviço de assistência técnica em seu aquecedor não prestado pela CEG, sob a justificativa de que a garantia de instalação do aparelho já terminou e que a empresa trabalha só com peças originais, hoje indisponíveis no mercado.

Inicialmente a Concessionária: “(...) pleiteia que seja (...) concedido efeito suspensivo ao presente Recurso, para sobrestar os efeitos da Deliberação AGENERSA n.º 809/11 no que tange à multa imposta no Art. 1º e a obrigação de fazer imposta no Art. 3º, ante a necessidade de se conferir a Concessionária o direito (...) ao contraditório e ampla defesa. (...).

¹ Fl. 02/07



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

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 27/11/2010
Proc. E- 12/020.449/2010
Fls. 143

(...). No mérito, a Concessionária apresenta uma breve síntese dos fatos processuais ocorridos até então, e resume: *“Diante do histórico acima relatado, a CEG apresentará, a seguir, os argumentos pelos quais entende que deverá a Deliberação nº 809/11 ser reformada, para rever a multa aplicada e a obrigação de fazer imposta”*

A Concessionária apresenta os argumentos do Recurso, em resumo:

Do objeto do Contrato de Concessão: *“Mister se faz observar que o objeto do Contrato de Concessão é a distribuição de gás canalizado, consoante cláusula primeira (...).*

O objeto do Contrato de Concessão é a prestação do serviço de fornecimento de gás, sem prejuízo do desenvolvimento de atividades correlatas. Tais atividades são permitidas à Concessionária, pois guardam compatibilidade com o serviço de fornecimento de gás, entretanto, não se mostram obrigatórias, não estando nem mesmo listadas no Contrato, de modo que se trata de uma faculdade da Concessionária prestá-las ou não.

Ainda que se pudesse admitir que a Concessionária tivesse a obrigatoriedade de prestar serviço de assistência técnica, tal fato só poderia ser admitido quando a mesma realizasse a comercialização dos aquecedores.

Não obstante isso, não pode a Agência impor à CEG que preste eternamente o serviço de assistência técnica, devendo interpretar este prazo para prestação com observância do princípio da razoabilidade, especialmente, quando o prazo de garantia já expirou, como no caso das reclamações em exame. (GN).

No que tange a razoabilidade do prazo para manifestação de assistência técnica: (...) em que pese o já exposto, importa ressaltar que os bens de consumo têm prazo de vida útil que deverá ser observado, caso a caso, não podendo a Concessionária prestar garantia eterna aos produtos que um dia comercializou no mercado. Isto é, na legislação pátria, não existe fixação de prazo determinado para que seja prestada a assistência técnica, consoantes dispositivos abaixo reproduzidos:

Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078 de 1990:

“Art. 32 – Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto.

Parágrafo único – Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida **por período razoável de tempo, na forma da lei.** (grifos nossos)

Decreto 2.181, de 20/03/1997.



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

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DATA: 27/11/2010

Proc. E-12.020.449/2010

Fls. 144

Art. 13 – Serão consideradas, ainda, práticas infrativas, na forma dos dispositivos da Lei nº 8.078, de 1990:
(...)

XXI – deixar de assegurar a oferta de componentes e peças de reposição, enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto, e, caso cessadas, de manter oferta de componentes e peças de reposição **por período razoável de tempo, nunca inferior à vida útil do produto ou serviço.** (grifos no original)

Assim, não definiu a legislação o que seria o “período de tempo razoável”, ficando a critério e ao bom senso do Judiciário e da administração pública, em geral, avaliarem caso a caso.

Diante da ausência de definição da mensuração do que seria tempo razoável, devem ser analisadas todas as peculiaridades do caso em comento.

Primeiramente, que o aquecedor é um bem utilizado com grande frequência, na maioria dos casos diariamente, o que acelera o desgaste do bem se compararmos com uma máquina filmadora.

Outrossim, deve-se analisar, ainda, que o fabricante parou de produzir a peça, necessária para que a Concessionária pudesse prestar aos clientes o serviço de assistência técnica, mesmo já estando expirado o prazo de garantia.

Assim, não se recusou a CEG a prestar a assistência técnica, entretanto, não poderá a Concessionária ser sancionada por fato alheio a sua vontade, qual seja, o fato do fabricante ter parado de produzir as peças do aquecedor. Ainda que se pudesse admitir tal responsabilização deveria ser levado em conta o tempo decorrido desde a compra dos aquecedores pelos clientes até a data em que os mesmos apresentarem problemas.

Conclui-se, então, que essa Agência deverá rever o posicionamento adotado, considerando todas as peculiaridades levantadas e levando em conta o precedente mencionado acima, que desconsiderou a responsabilidade das rés, uma vez que a peça necessária deixou de ser produzida e, ainda, que transcorreu período razoável de tempo. (...).

Importa levantar, por fim, que caso os consumidores tivessem adquirido o aquecedor com empresa particular, tendo expirado o prazo de garantia, certamente não seria esta empresa coagida a prestar assistência técnica, especialmente em relação à peça que não é mais produzida pelo fabricante.



AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIROSECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DATA: 27/11/2010

Proc. E-12/020.449/2010

Fls. 145

Assim, entendimento diverso, poderia, inclusive, gerar problema concorrencial, pois a Concessionária seria obrigada a prestar serviço de assistência técnica eternamente enquanto que o particular somente teria que oferecê-lo durante o prazo de garantia. Tal entendimento fere o princípio da isonomia.

Tratando-se da obrigação de fazer, o exposto no (...) Art. 3º da Deliberação atacada determina que a CEG volte, imediatamente, a prestar os serviços descritos no Anexo II, parte 2, item 13, letra B, do Contrato de Concessão, notadamente o serviço de assistência técnica em aparelhos residenciais e comerciais por ela comercializados, eis que a opção prevista se dirigiria aos usuários.

A CEG entende que a imposição de tal obrigação (...) pode abrir perigoso precedente. Isto porque, a determinação de que a Concessionária obrigatoriamente preste o referido serviço, sem mencionar o período de tempo razoável para tanto, pode gerar inúmeras confusões.

Tratando-se da irrazoabilidade/desproporcionalidade da penalidade aplicada, (...) na hipótese da manutenção dos termos da Deliberação AGENERSA nº. 809/11, (...) cumpre esclarecer que, com o advento da nova ordem constitucional, o instituto do devido processo legal e, em seu bojo, o da razoabilidade e da proporcionalidade dos atos do Poder Público, devem ser fielmente observados.

Destarte, acreditando na avaliação criteriosa do Conselho Diretor, após todas as ponderações feitas e rogando pela efetiva aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso, requer a Concessionária que seja provido o presente Recurso, anulando-se a multa imposta na Deliberação nº 809/11. "

A Procuradoria da AGENERSA apresenta parecer preliminar, onde afirma: "(...) sendo certo que a matéria recorrida envolve discussão de pertinência de penalidade pecuniária, c/c a possibilidade de revisão do julgado, recomenda-se o **deferimento parcial do pedido preliminar de concessão de efeito suspensivo** no que tange à multa imposta pelo Art. 1º da deliberação em referência para salvaguarda de direitos das partes. "

A Concessionária foi informada do **deferimento parcial** do efeito suspensivo.

Em seguida a Procuradoria apresenta parecer final, o qual se segue transcrito em parte:

(...) Quanto aos outros argumentos dispostos em sua respeitável peça recursal, temos a dizer que a Procuradoria já havia se manifestado às fls. 27/28, com a citação do Decreto n.º 2.181, de 20 de março de 1997 e da Lei n.º 8078/1990, cuja regulamentação do art. 32 do CDC, é feita através do Decreto n.º 2.181/97, dispondo no inciso XXI, de seu art. 13, "tempo razoável", que o período não deverá ser inferior à vida útil do produto ou serviço.



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

AGENERSA

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 17/11/2010
Proc. E- 12.1020.449/2010
Fls. 146

Importante assinalar que a Procuradoria faz do voto de vista, parte integrante deste parecer, salientando o que nela está disposto, tal como: “no entanto, se é verdade que o serviço de assistência técnica não é objeto do respectivo Contrato de Concessão, também o é que tal atividade não lhe é estranha, uma vez que prevê expressamente em sua Cláusula Treze, inciso III, a possibilidade de cobrança de serviço” fl. 86.

“Entendo, entretanto, que a matéria tratada no presente processo não se encerra apenas com a constatação de se tratar de serviço estranho ao objeto da Concessão, não obstante encontre amparo no respectivo contrato (...).”

“Para isso, trago à baila o disposto no Art. 11 da Lei 8.989/95... Verifica-se que, na hipótese vertente, tendo sido solicitado à Concessionária – que, por disposição contratual, constante 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), deve prestá-lo em 48 (quarenta e oito) horas.”

(...) Em prosseguimento, através do §2º da aludida Cláusula depreende-se que a aplicação das penalidades disciplinadas fica condicionada à observância do princípio da proporcionalidade. Desse modo, serão aplicadas de acordo com a gravidade da infração.

A Procuradoria conclui: “Portanto, esta Procuradoria reafirma seu parecer de fls. 27/28, onde consta a necessidade da Concessionária prestar a devida assistência ao cliente, sugerindo ao ilustre Conselheiro-relator o improvimento do recurso apresentado, mantendo in totum, a deliberação AGENERSA n.º 809/11.”

Em suas razões finais, a Concessionária não trouxe novos fatos à lide, limitando-se a reiterar argumentos anteriores.

Isto posto, lembro aos colegas Conselheiros que fui o relator do processo ora sob recurso, tendo meu voto sido vencido pelo dos demais Conselheiros, razão pela qual sou competente para apreciar o recurso que me foi sorteado. Ironia do destino, obrigar-me a posicionar-me novamente sobre o mesmo assunto, agora já sabedor de que minha opinião difere da dos meus colegas. Porém, toda a ilustrativa discussão já havida sobre o assunto, não me fez mudar de idéia: basicamente acredito que nenhum fabricante, ou comerciante, possa ser obrigado a dar garantia infinita a qualquer produto. Tudo tem uma vida útil, inclusive nós mesmos, Conselheiros..... Se bem me lembro, o usuário em questão desejou fazer valer seus direitos mais de quatro anos após a instalação do aparelho. Parece-me muito tempo. Por outro lado, reconheço que errou a Concessionária ao instalar um aparelho, da fabricação que fosse, porém, sob sua responsabilidade, sem um termo de garantia especificando prazo de validade. Acho que errou o usuário ao pretender uma prática

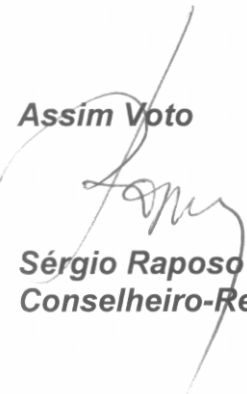


AGENERSA

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIROSECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro
DATA: 17/11/2010
Proc. E-52/020.449/2010
Fls. 147

que lhe fosse benéfica incompatível com o mercado. Errou a Concessionária ao não estabelecer previamente um prazo limitativo de garantia, compatível com a vida útil do aparelho.

Portanto, por coerência e por achar que devem prevalecer nas relações comerciais o regime da livre concorrência e serem adotadas como gerais as práticas comerciais semelhantes, quando na ausência de práticas específicas, reporto-me à minha argumentação inicial no presente processo, para propor ao Conselho acatar o pedido de Recurso da Concessionária, porquê tempestivo, para no mérito dar-lhe provimento, cancelando as determinações da Deliberação AGENERSA nº. 809/11.

Assim Voto
Sérgio Raposo
Conselheiro-Relator.

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 893

**CONCESSIONÁRIA CEG – OCORRÊNCIA Nº. 517.827.
INTERESSADO: MARIA MARCOS DOS SANTOS.**

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-12/020.449/2010**, por **maioria**,

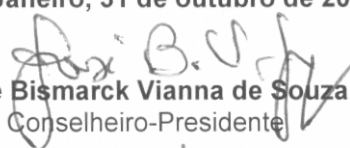
DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela concessionária CEG, porque tempestivo, em face da Deliberação AGENERSA nº. 712/11, de 24 de fevereiro de 2011, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 750/11, de 27 de abril de 2011, para no mérito negar-lhe provimento.

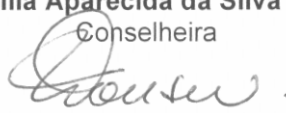
Art. 2º - Ratificar os termos da Deliberação AGENERSA nº. 712/11, de 24 de fevereiro de 2011.

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

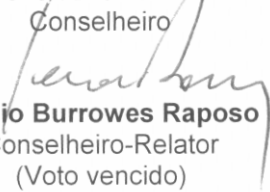
Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2011.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro


Sérgio Burrowes Raposo
Conselheiro-Relator
(Voto vencido)

SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO DA CASA CIVIL
AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e
Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DATA: 17/11/2010

Proc. E-12/020.449/2010

Fls. 148