



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.235/2011

Data 25/05/2011 fls.: 341

Rubrica Rbf

Processo nº:	E-12/020.235/2011
Autuação:	25/05/2011
Concessionária:	CEG
Assunto:	Ocorrência nº52.1384 - Fornecimento de GNV. Apuração de possível descumprimento de cláusula contratual.
Sessão Regulatória:	25 de março de 2013

RELATÓRIO

Processo Regulatório iniciado pela SECEX¹ em virtude da CI² enviada pela Ouvidoria desta Agência que relata a ocorrência nº 521.384, seguido de seu histórico (fls. 05/07), destacando-se (fls. 03/04):

"Venho por meio desta, solicitar orientações de como proceder com relação à ocorrência nº521384, que trata de reclamação sobre não atendimento da CEG à solicitação de fornecimento de GNV ao AUTO POSTO RECANTO DAS PALMEIRAS LTDA.

O solicitante informa que seu pedido teve início em setembro de 2002 e que, em julho de 2005, a CEG entrou em contato orientando que ele reiterasse seu interesse em contratar o fornecimento de GNV para o posto, o que foi feito.

Em julho de 2008, o referido posto estava em 15º lugar na listagem pela ordem de inclusão junto à Concessionária, quando então houve uma permuta de posição com outro posto, fazendo com que ele subisse para o 4º lugar, o que foi devidamente homologado pela CEG.

Em maio de 2009, a Concessionária enviou ao solicitante uma correspondência informando da viabilidade do fornecimento, mas, passados dois anos, ainda não há sequer uma previsão para que isso se realize.

Registrada a ocorrência nesta Ouvidoria e enviada à CEG para esclarecimentos, recebemos como resposta a informação de que 'ainda não há uma previsão para o atendimento e o processo

¹ REQ AGENERSA/SECEX Nº. 143, Rio de Janeiro, 25 de maio de 2011.

² CI OUVI0 Nº. 26/2011, Rio de Janeiro, 24 de maio de 2011.

pl.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

permanece em análise', e que 'há dois anos a CEG teve que promover uma revisão no procedimento de comercialização de GNV e o local onde o posto encontra-se instalado não apresentava as condições necessárias para o prosseguimento do processo de fornecimento de GNV e, até o momento, essa situação permanece inalterada.'

(...)

A nova resposta da CEG foi, entre outras coisas, de que, 'em função da redução das vendas de GNV apuradas a partir de 2007 e, mantida ao longo dos últimos anos, a CEG identificou a necessidade de realizar, também, a avaliação da viabilidade comercial (vendas estimadas x capacidade instalada)'

(...)

Diante dessa resposta, e tendo sido questionada pelo cliente de 'por que se prioriza o POSTO TAQUARA (que só não foi ligado por falta de licença ambiental), que se encontra bem depois na base de dados, e que se encontra a poucos metros de outro já em operação, em detrimento de outro bem mais colocado e distante de outros', pedi à CEG que me enviasse o estudo comparativo desse tal posto Taquara e sua posição na lista de espera da CEG, pedindo que esses dados me fossem entregues comparativamente ao estudo do cliente reclamante.

Dessa vez, a resposta que recebi da Concessionária foi, entre outras coisas, de que 'a questão está diretamente ligada à rentabilidade do negócio, GNV. A ligação de um novo posto em região onde a capacidade instalada é maior do que a venda realizada pelos postos GNV existentes tende este a zero. Assim, ratificamos a resposta anterior, a qual complementamos com os itens 3 e 6 e, Informamos que existem procedimentos de Comercialização de GNV - NC - 748 - BRA que, conforme contrato de concessão - cláusula 14, IV' 'até que a ASEP - RJ determine outra forma, permanecerão válidas todas as Resoluções de Natureza Técnica, editadas pela Concessionária e em vigor na data de assinatura do presente contrato.' 'Frisa-se e entende-se que, as Normas Internas - NT - NC - BRA ..., são aprovadas pelo regulador, justificando assim o item 4, no momento que a AGENERSA ainda não regulou o assunto' ..."

Em 30/05/2011 a Concessionária foi cientificada³ do processo regulatório, para exercício da ampla defesa e contraditório, bem como, através de e-mail enviado pela Ouvidoria da AGENERSA, o cliente foi informado da autuação do presente feito.

Encaminhados os autos para instrução, a CAENE solicita⁴ à Concessionária CEG cópia do estudo de viabilidade de fornecimento de GNV ao estabelecimento. Em resposta⁵, a CEG apresenta razões da não realização do serviço, destacando-se:

³ Ofício AGENERSA / SECEX nº. 310, de 26 de maio de 2011.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

(...)

• A questão está diretamente ligada à rentabilidade do negócio GNV. A ligação de um novo posto em região onde a capacidade instalada é maior do que a venda realizada pelos postos GNV existentes tende a zero.⁶

1- Informamos que, a CEG, irá realizar os maiores esforços no sentido de buscar alcançar as condições de atendimento às solicitações cadastradas em nossa base de dados, considerando sempre a viabilidade comercial, técnica, econômicas e a sua ordem cronológica em relação às demais solicitações e que o referido processo permanece em análise e, tão logo seja possível, a CEG entrará em contato com o solicitante e informará a essa CAENE.

2- Ressaltamos ainda que, o mercado de veículos novos no Brasil está muito aquecido nos últimos anos, isto significa que a frota entrante neste mercado é quase que totalidade de MODELOS FLEN (álcool/gasolina). Com este cenário o volume de GNV nos últimos anos vem caindo, conforme tabela abaixo, isto significa que a abertura de um novo posto não incrementa venda total de GNV para distribuidora, conseqüentemente o cálculo rentabilidade no segmento fica comprometida. As micro áreas, como é o caso em tela, são avaliadas sistematicamente dentro do Procedimento de Comercialização de GNV - NC - 748 - BRA.

(...)

3- As deliberações referentes à 2ª RTI da CEG e CEG RIO, nos processos das revisões quinquenais constam os números de clientes (GNV) propostos por município, pelas concessionárias e, enviados ao regulador através da correspondência DER - 020/2008 de 02/09/08 em resposta ao Ofício CAPET nº 015/2008 - Processo E-121020.214/2007 e se refere à distribuição de clientes PROPOSTOS por município.

Este citado anexo, proposta apresentada por essa Concessionária, CEG, que, no ano de 2011, tínhamos como meta a ser atingida, acumulada, a ligação/abastecimento de 276 postos e hoje, dia 23/05/2011, temos nesse município do Rio de Janeiro, caso em tela, já 283 postos GNV em carga.

Desta forma, fica claro que, estamos cumprindo nossa proposta e viabilizando até mesmo outras possibilidades com rentabilidade para o negócio, GNV neste município, ou seja, nossos

⁴ Ofício CAENE nº. 098/11, de 03 de junho de 2011, recebido em 03/06/2011.

⁵ DUUR-E-1184/11, de 08 de junho de 2011, protocolada em 07/06/2011.

⁶ Grifos como no original.

Rq



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

compromissos de investimentos resultantes na 2ª RTI na
municipalidade discutida, esta sendo cumprida e nada atrelado a
um posto específico de GNV (AUTO PORTO RECANTO DAS
PALMEIRAS LTDA)."

Processo regulatório distribuído à minha relatoria através da Resolução CODIR nº 249, de 09.08.2011. O processo, então, foi encaminhado para a CAENE, para continuação da instrução, análise e pronunciamento.

Em seu parecer, a Câmara Técnica de Energia (fl. 23) entende que:

"Esta CAENE solicitou à Concessionária CEG as providências necessárias para o fornecimento de Gás Natural Veicular, ao estabelecimento comercial Auto Posto Recanto das Palmeiras Ltda, por meio do Ofício CAENE Nº098/11.

A Concessionária respondeu de forma insatisfatória, levando-se em consideração o disposto no item 1, do Parágrafo 1º, da Cláusula Quarta (Obrigações da Concessionária) do Contrato de Concessão (alternativa para garantir o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato).

A Concessionária não encaminhou para o solicitante e/ou para esta CAENE estudo de viabilidade econômica, para a implantação do abastecimento de GNV, levando em consideração uma parceria, na qual o futuro cliente poderia arcar com até 90% do investimento.

Desta forma, é entendimento desta CAENE que a Concessionária descumpriu os itens 1, 2, 4, 11 e 13 da Cláusula Quarta do Contrato de Concessão, estando sujeita as penalidades previstas nos itens I e III da Cláusula Dez do mesmo dispositivo legal, devendo ser instada a encaminhar para esta Agência o citado estudo, com máxima brevidade."

A Concessionária foi intimada⁷ a apresentar as informações requeridas pela CAENE, tendo ela respondido⁸ de forma a ratificar sua defesa anterior (fls. 25/27), reesaltando a Delegatária que "(...) a Agência deverá realizar análise global do negócio de GNV, ou seja, que os compromissos de investimentos resultantes na 2ª RTI, na municipalidade discutida, estão sendo cumpridos", "a análise não poderá ser restrita apenas a um posto específico de GNV (Auto Posto Recanto das Palmeiras)" e discordando do posicionamento da CAENE, "(...) tendo em vista que não se trata, como já explicitado, apenas de viabilidade econômica, mas sim, de uma questão técnica e

⁷ Grifos como no original.

⁸ E-mail AGENERSA/ASSESS/RB nº015, de 28/09/2011.

⁹ DIFUR-E-3948/11, de 03/10/2011.

kd



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

comercial", salienta, ainda, que "(...) para abastecimento do posto, este precisa cumprir uma série de requisitos legais, junto à Prefeitura local e órgão ambiental, não dependendo a viabilidade única e exclusivamente da análise da Concessionária."

Em prosseguimento, a CAENE solicita¹⁰ novas informações à Concessionária sobre "(...) quais foram os investimentos realizados pela Concessionária CEG, no município do Rio de Janeiro, para clientes GNV, detalhadamente (ex: custo de canalização, ERM, medidores, etc.), comparando-os aos valores propostos quando da 2ª Revisão Quinquenal."

Responde¹¹ a Concessionária CEG, anexando em planilha os valores de investimentos propostos na 2ª Revisão Quinquenal para o segmento de GNV, com 1) "os valores dos custos unitários de GNV utilizados nos cálculos da proposta da 2ª Revisão Quinquenal de Tarifas da CEG, tais como já informados a esta Agência via correspondência DJRI - E - 391/07 (Pasta 2 - Planilha 4 - arquivos 00 e 04 do CD enviado), de 26/11/07, em resposta ao Ofício CODIR nº 01/07, de 25/09/07"; 2) o número de captações e o valor final dos investimentos; e 3) relação detalhada dos valores reais de investimentos financeiros em GNV no Município do Rio de Janeiro. (fls. 32/35)

À fl. 37 consta e-mail do cliente à Ouvidoria informando que a CEG "(...) está para ligar o posto Pistão aqui em Jacarepaguá que se encontra na 19ª posição na relação geral Zona Oeste 2 e sexto na zona Oeste 2-4 enquanto o Posto Palmeiras é 4º no geral e 2º na zona Oeste 2-3 (...) ", indagando quais critérios seriam esses.

Nova solicitação¹² da CAENE para a Concessionária CEG, requerendo 1) encaminhar em meio digital, planilha contendo todos os bairros do Município do Rio de Janeiro, referenciados as suas respectivas áreas, sub-áreas e demais subdivisões que existirem; 2) encaminhar em meio digital, as mesmas informações, solicitadas no item 1, desenhadas e referenciadas sobre planta digital do Município do Rio de Janeiro; 3) esclarecer o motivo pelo qual o Posto Pistão, localizado no bairro de Jacarepaguá, está sendo colocado em carga, antes do Posto das Palmeiras, também localizado no bairro de Jacarepaguá, apesar de estar em pior colocação na listagem produzida pela própria Concessionária.

Em resposta¹³ a Concessionária afirma que:

"A concessionária possui uma carteira de pedidos para fornecimentos de GNV, para postos de revendas de combustíveis, em anexo;

¹⁰ Ofício CAENE nº 244/11, de 28/11/2011.

¹¹ DUUR-B-2467/2011.

¹² Ofício CAENE nº 266/11, de 27/12/2011.

¹³ DUUR-E-0003/12, de 03/01/2012.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.235/2011

Data 25/05/2011 fls.: 3/16

Rubrica *Raf*

- Todo procedimento é sistemático, para cadastramento e atendimento, de uma solicitação para fornecimento de Gás Natural para uso veicular (GNV) estão estabelecidos no Procedimento de Comercialização de GNV-NC-748-BRA (anexo), este já de conhecimento desta CAENE e, anexado ao processo.

- Acrescentamos que a subárea onde se localiza o Posto Pistão, apresentou uma viabilidade maior de volume de vendas, em relação ao Posto Recanto das Palmeiras e à subárea em que este último se localiza.

Importa esclarecer que se trata de procedimento dinâmico, no qual a Concessionária atualiza constantemente os dados de verificação de viabilidade comercial. Desta forma, se forem verificadas alterações nas condições de mercado, que justifiquem a ligação de um posto, a CEG providencia o abastecimento, consoante a capacidade do sistema.

Por fim, como pode ser verificado na lista em anexo, o Posto Recanto das Palmeiras é o 2º na posição da lista, na subárea em que se localiza."

A CAENE apresenta (fls. 43/111), então, seu parecer final, com documentos¹⁴, expondo:

"A Concessionária CEG advoga que a decisão de abastecer, ou não, um posto de combustível com gás natural veicular (GNV) é uma questão que está (...) diretamente ligada à rentabilidade do negócio e que a ligação de um novo posto em região onde a capacidade instalada é maior do que a venda realizada pelos postos GNV existentes tende a zero".

Acrescenta, na mesma correspondência que a CEG irá realizar os maiores esforços no sentido de buscar alcançar as condições de atendimento as solicitações cadastradas na respectiva base de dados, considerando sempre a viabilidade comercial, técnica, econômica e a sua ordem cronológica em relação as demais solicitações.

Esta é a questão fundamental do processo E-12/020.235/2011: atingir as viabilidades comercial e econômica.

¹⁴ Fotos do "google maps" indicando a distância em linha reta entre o Posto Palmeiras e o Posto Pistão; documentos de cadastro de solicitações para fornecimento de GNV no Município do Rio de Janeiro, classificação por zona e a Norma Comercial NC - 748 - BRA, Rev. 0/2009.12.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

A Concessionária informa que a subárea onde se localiza o Posto Pistão (Estrada do Tindiba, nº530, Pechincha, Jacarepaguá), apresentou uma viabilidade maior de volume de vendas, em relação ao Posto Recanto das Palmeiras (R. Pintor Leandro Joaquim, nº11, Cidade de Deus, Jacarepaguá) e a subárea em que este último se localiza.

A CEG não encaminhou os respectivos estudos de viabilidade citados. Encaminhou uma tabela de volumes mensais, em metros cúbicos, de 2005 a 2010, mês a mês, e respectivas totalizações.

Quando a Concessionária se refere a cálculos de rentabilidade, ela apresenta como referência a norma Procedimento de Comercialização de GNC-NC-748-BRA.

Afirma que as subáreas são avaliadas sistematicamente, tendo por base a citada norma.

Uma análise detida da NC-748 BRA registra que a Concessionária '(...) fará análises de viabilidade com a finalidade de verificar as condições para atendimento do fornecimento.'

A viabilidade comercial será avaliada levando em consideração '(...) as vendas reais versus (SIC) vendas estimadas na subárea onde o estabelecimento está localizado (...) e a viabilidade econômica será avaliada '(...) levando em consideração as vendas estimadas adicionais que o novo posto aportará na subárea e os investimentos necessários para atender e garantir as operações.'

A norma NC-748-BRA não estabelece metodologias para os cálculos de viabilidade comercial e econômica. Não determina os indicadores que estabelecem o ponto de corte, acima do qual um posto pode e deve ser colocado em carga. Não esclarece critérios de desempate ou de priorização.

A Concessionária aceita a solicitação de fornecimento de GNV, o solicitante tem um custo para se adequar técnica e legalmente para receber o abastecimento e depois fica em uma fila de espera, indefinidamente, até que os estudos de viabilidade apresentem resultado positivo.

Estudos estes que, na falta de uma clara metodologia, critérios bem definidos e transparência, acabam por tornar todo o procedimento sujeito a qualquer tipo de interferência ou manipulação.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/020.235/2011
Data 25/05/2011 fls.: 348
Rubrica *Rug*

O Posto Recanto das Palmeiras está localizado na interseção de Rua Pintor Leandro Joaquim com Estrada Marechal Miguel Salazar Mendes de Moraes. Esta estrada é a principal via de ligação entre o bairro da Taquara e a Av. Ayrton Senna (Linha Amarela).

O volume de tráfego na Estrada Marechal Salazar é intenso ao longo de todo dia, mormente após o processo de pacificação da Cidade de Deus. Não parece fatível que número de futuros clientes seja tão pouco afluente comercialmente.

Outro ponto a ser observado é a divisão das, assim denominadas, subáreas. O Posto Recanto das Palmeiras está localizado na subárea Zona Oeste II.3, a qual é limítrofe a Zona Oeste II.4, onde está inserido o Posto Pistão. Em linha reta, a distância entre eles é de aproximadamente dois quilômetros.

O Posto Pistão está em uma subárea que agrega a população de maior poder aquisitivo de Jacarepaguá, enquanto o Palmeiras se insere em uma subárea que agrega a população de menor poder aquisitivo de Jacarepaguá (excluído-se o bairro da Freguesia).

Não se pode se perder de vista que a CEG é uma empresa estatal de prestação de serviço público e não uma empresa particular, voltada exclusivamente para o lucro.

Em função do objeto do presente processo, a Concessionária deveria atender ao pleito do Posto Recanto das Palmeiras, a menos que comprove o prejuízo resultante de tal ligação e, de forma acessória, acreditar ser necessário a revisão da NC-748-BRA, com o estabelecimento de metodologia, de parâmetros e de regras claras, para a definição dos postos a serem contemplados, no futuro, com o abastecimento de GNV, de forma transparente."

Instada a se manifestar, a Procuradoria da AGENERSA pronunciou-se (fls. 114), valendo destacar:

"... Entendemos que razão cabe à CAENE, posto que após análise acurada, que, entre outros assuntos, a CAENE fala, às fls. 45, que a Concessionária CEG deveria atender o pleito do Posto Recanto das Palmeiras, a menos que comprove o prejuízo resultante de tal ligação e, de forma acessória, acreditando ser necessário a revisão da NC-748-BRA, com estabelecimento de metodologia, de parâmetros e de regras claras, para a definição dos postos a



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

serem contemplados, no futuro, com o abastecimento de GNV, de forma transparente.¹¹

Portanto de toda a documentação presente nos autos, somos pela aplicação das penalidades elencadas pela CAENE, fls. 23, com a verificação do arrazoadado da mesma CAENE às fls. 43/45, que contém a proposta acima aludida."

Instada¹⁶ a apresentar razões finais, a CEG discorre sobre o apresentado nos autos, junta documentos¹⁷, reitera que a meta de abastecimento dos postos foi superada, "(...) pois há 283 postos de GNV em carga", que "(...) a AGENERSA há de realizar análise global do negócio de GNV, ou seja, que os compromissos de investimentos resultantes na 2ª RTL na municipalidade discutida, estão sendo cumpridos, de modo que a análise não poderá ser restrita apenas a um posto específico de GNV (Auto Posto Recanto das Palmeiras)" e discorda do parecer da CAENE de fls. 23, "(...) no que tange às alegações de que a Concessionária deveria ter fornecido proposta de co-participação a este cliente."

Além disso, a CEG expõe, diante da informação da CAENE acerca da "(...) necessidade de revisão da NC - 748 - BRA, a fim de serem validados os métodos e parâmetros utilizados para definição dos postos a serem contemplados com o abastecimento de GNV", que "(...) faz juntar ao presente o Laudo Técnico (ANEXO D), elaborado pelo douto Centro de Estudos da Faculdade de Engenharia da UERJ, onde conclui-se que as ponderações realizadas pela Concessionária CEG englobam análise de viabilidade técnica e econômico financeira para implantação de quaisquer projetos dessa espécie".

Ressalta a Concessionária que "para que o projeto possa atender todas as peculiaridades técnicas e legais necessárias, a CEG não pode estabelecer o abastecimento a um posto sem cumprir todos os procedimentos estabelecidos - como feito no caso em tela" e que "(...) para abastecimento do posto, este precisa cumprir uma série de requisitos legais, junto à Prefeitura local e órgão ambiental, não dependendo a viabilidade única e exclusivamente da análise da Concessionária", concluindo que, por restar comprovada a ausência de culpabilidade da Concessionária, os autos devem ser arquivados, sem aplicação de sanção.

Levado à Sessão Regulatória de 29 de março de 2012, o feito foi retirado de pauta, ante as manifestações orais do usuário, do representante da SEDEEIS e a verificação da necessidade de juntada de documentos não constantes nos autos.

¹¹ Grifos como no original.

¹⁶ E-mail AGENERSA/ASSESS/RB nº34, de 07/03/12.

¹⁷ Fls. 120/191, dentre eles: 1) Laudo Técnico da UERJ (fls. 121/138); 2) NC - 748 - BRA (fls. 140/145); 3) Fluxograma do sistema de gestão da qualidade e meio ambiente - GNV (fls. 146/156); 4) Deliberação AGENERSA 371, de 30 de abril de 2009 (fls. 158/171); 5) Deliberação AGENERSA nº 427, de 27 de agosto de 2009 (fls. 172/189); 6) Lista de pedidos de fornecimento de GNV para a área III - Duque de Caxias (fls. 190/191).



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

À fl. 200 a Ouvidoria solicita a juntada neste feito de "(...) documentação arquivada nesta Ouvidoria (...), que havia sido apresentada pelo cliente, Sr. Mario Pires Alves, no dia 15/04/11, na ocasião de sua reclamação junto a esta AGENERSA, a qual deu origem à ocorrência nº 521384, que evoluiu para a abertura do presente processo."

Documentos juntados às fls. 201/241, entre eles:

1) Carta enviada pelo cliente à AGENERSA, com o relato da situação e requerimento de "(...) atendimento no sentido de colocação do referido posto em serviço porque é por demais sabido que a CEG é única fornecedora de GNV portanto não temos opção de fornecimento o que lhe confere a obrigação de fazer." (fls. 201/202);

2) Solicitação à CEG, em 30/09/2002, de viabilidade técnica de fornecimento de GNV ao endereço do interessado, e resposta¹⁸ da Concessionária à consulta realizada, esclarecendo que "(...) logo que haja condições de viabilizar o fornecimento de GNV, estaremos fazendo contato para informar prazo e condições para atendimento." (fls. 203/204);

3) Nova solicitação, reiterando o interesse no fornecimento de GNV, datada de 18/07/2005, e recebida pela CEG no mesmo dia;

4) Contrato de inversão de posições no cadastro de pedido de fornecimento junto à CEG, entre Auto Posto Recanto das Palmeiras LTDA (15ª posição na carteira de pedidos de GNV da CEG), e Auto Posto Moranguinho LTDA. (posição nº 04 na carteira de pedidos de GNV da CEG), pagamento pela permuta e requerimento de homologação de inversão à CEG, que recebeu tais documentos em 25/07/08 (fls. 206/210);

5) Listagem de pedidos GNV apresentada pelo cliente (fls. 211/213);

6) Apresentação dos documentos do revendedor, necessários para confecção de contrato de fornecimento, sendo conferido pela CEG o seu recebimento em 02/04/2009 (fls. 214/215);

7) Carta de 25/05/2009 com a informação de que "(...) há possibilidades de viabilizar tecnicamente o fornecimento ao Auto Posto Recanto das Palmeiras (...)", na qual a CEG novamente solicita os documentos acima (fls. 216/218);

8) E-mails trocados entre o cliente e a CEG (fls. 219/226);

9) Carta apresentada pelo cliente à AGENERSA, com a cronologia dos fatos, afirmando, entre outros, que fez investimentos e obras de infraestrutura para a instalação de GNV e que, em junho de 2009 a CEG "resolveu" "(...) desdobrar a listagem de

¹⁸De 14/11/2002.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

futuros postos a serem instalados em subzonas (...) no momento em que o Posto Recanto das Palmeiras ocupava o 4º lugar (fls. 231/234).

Através da DIUR - E - 726/12¹⁸ a CEG se manifesta para informar que a questão está diretamente ligada à rentabilidade do negócio, "(...) pois a ligação de um novo posto em região onde a capacidade instalada é maior que a venda realizada pelos postos de GNV, faz com que a rentabilidade do negócio tenda a zero (...) porque "(...) a demanda não irá aumentar, e ocorrerá a divisão do mercado, prejudicando diretamente os postos já ligados."

Aduz, em resumo, que o eventual atendimento de uma solicitação de fornecimento de GNV "(...) se dá com base em diversos critérios econométricos, mercadológicos e técnicos" e, assim, "(...) os apontamentos do solicitante de que os aludidos postos, que recentemente perceberam o início do fornecimento de gás natural, se compreendem próximos a outros postos que já dispunham de gás natural, não caracteriza qualquer comportamento discriminatório ou desconforme por parte da CEG, pois todas as solicitações são submetidas à análises de fatores pertinentes à manutenção de todo o negócio de gás natural."

Acrescenta, em apertada síntese, que i) as "(...) ponderações da Concessionária CEG encontram resguardo no zelo desta pela manutenção da ordem econômica", fato "(...) corroborado pela argumentação feita pelo próprio Poder Concedente, em defesa da Concessionária, neste mesmo processo, na sessão regulatória de 29/03/2012"; ii) o representante do Poder Concedente alegou, na ocasião, que a NC - 748 BRA surgiu em consonância com o momento vivido pelo mercado, sendo que, "(...) com o crescimento exponencial da demanda, foram feitas listas por micro-regiões, originando a norma comercial atualmente existente"; iii) a Agência Reguladora não estabelece política pública, "(...) pois não tem legitimidade para tanto, cabendo tal providência ao Poder Concedente" e "quando política pública se adequa aos novos tempos, é preciso que tal adequação provoque repercussão no Contrato (...)"; iv) o Conselheiro - Presidente se manifestou, na mesma ocasião, "(...) apresentando argumento de elevada relevância, no sentido de que eventual determinação por parte da AGENERSA, no sentido de obrigar a CEG a atender à solicitação em questão, causaria um desequilíbrio no Contrato de Concessão, pois os cerca de 800 (oitocentos) postos que estão na lista de espera, ingressariam com demanda na Agência, pleiteando seu abastecimento imediato."

A Concessionária cita, ainda, decisão do Superior Tribunal de Justiça, afirmando que posto de GNV não se enquadra na definição de consumidor, não havendo, assim, descumprimento da cláusula Quarta, § 1º, item 1, do Contrato de Concessão, e finaliza requerendo o arquivamento do presente processo, sem aplicação de sanção "(...) pelo não atendimento à solicitação de fornecimento de gás ao Auto Posto Recanto das Palmeiras ou determinação de obrigação por parte da CEG neste sentido", uma vez que, em resumo, "(...) a Concessionária informou que as deliberações referentes à 2ª RTI da CEG e da CEG RIO, contém os números de clientes de GNV propostos, por

¹⁸ Fls. 245/252.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

município, pelas Concessionárias e enviados ao regulador através da correspondência DER - 02/2008, de 02/09/2008, em resposta ao ofício CAPET 015/2005 (processo E - 12/020.214/2007)" e que "tal proposta se refere à distribuição de clientes PROPOSTOS por município."

A fl. 253 consta o ofício AGENERSA/RB nº 18, por mim enviado à SEDEEIS²⁰, que respondeu²¹ da seguinte forma:

"Durante a apresentação do processo E-12/020.235/2011, sobre fornecimento de gás natural veicular — GNV, na Sessão Regulatória Ordinária da Agenesra no dia 29/03/2012 prestei os seguintes esclarecimentos:

Que em 2007, a Petrobras, única fornecedora de gás natural para as concessionárias de gás do estado, recebeu do governo federal a responsabilidade contratual de suprir prioritariamente as termelétricas a gás instaladas para atender ao mercado de energia elétrica. Este fato implicou numa completa revisão na política pública estadual, posto que os volumes de gás natural, tanto para o setor industrial quanto para o GNV foram restritos e impedidos de crescimento, ocorrendo naquele momento inclusive, um plano de contingenciamento de gás.

Naquela época, seguindo a sinalização de redução de novas ligações de postos de GNV solicitada pela Petrobras, foi gerada uma nova Lista de Pedidos atendendo este novo critério, que foi entregue pela CEG a Diretoria do Sindicomb - RJ, Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis, Lubrificantes e Lojas de Conveniência do RJ e também ao poder concedente. Foi realizado um reordenamento da Lista de Pedidos de Fornecimento de GNV levando-se em consideração prioritariamente a ligação de futuros novos postos em locais onde ainda não houvesse postos de GNV em sua proximidade, fato este totalmente diferenciado do que aconteceu no início do programa em nosso estado. Contudo, esta lista manteve o ano de cadastro de solicitação de ligação junto a concessionária pelo proprietário do posto como referência. Logo, a quantidade de somente 54 postos de GNV previstos na 2ª Revisão Quinquenal da CEG, já levou em consideração a desaceleração do mercado de GNV no país. Com a implantação de 66 novos postos de GNV desde 2008 até a presente data, o volume mensal, anteriormente histórico, de comercialização média de 165 000 m3 de GNV por posto foi redistribuído com estes novos postos.

²⁰ Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços do Estado do Rio de Janeiro

²¹ Fls. 254/257.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020-235/2011

Data 25/05/2011 nº: 353

Rubrica Rly

ocorrendo o decréscimo de comercialização média de GNV por posto para 140000 m3 por mês.

Mesmo com o governo do estado do Rio de Janeiro mantendo o desconto de 75% no IPVA, para os veículos que são convertidos a GNV, a redução de conversões a partir de 2008 foi enorme, conforme ilustra o quadro de conversões de veículos leves, elaborado pelo IBP — Instituto Brasileiro de Petróleo e Gás em todo o Brasil, em anexo.

Também em anexo, a Tabela de Proposta de Incremento Líquido de Clientes de GNV da CEG a partir de 2008, onde verificamos que nos dez primeiros anos de concessão da CEG foram instalados 375 postos de GNV, em média 188 postos de GNV por quinquênio, contra 66 postos instalados nos últimos cinco anos.

No início deste ano, solicitamos ao Detran - RJ o número de veículos pagantes de IPVA. Em fevereiro de 2012 o Detran — RJ nos informou ser 564.145 os veículos leves que usam GNV atualmente, dos 850.000 veículos convertidos desde o início do programa em todo o estado."

Remetido o ofício AGENERSA/RB nº 20 ao Exmº. Secretário de Estado Chefe da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro, solicitando pronunciamento a esse Poder Concedente Estadual, a Colenda Secretaria considerou que não possuía "(...) condições técnicas para se manifestar sobre o pleito formulado pelo AUTO POSTO RECANTO DAS PALMEIRAS LTDA (...), por se tratar de matéria estritamente técnica (...)", oportunidade em que entendeu que "(...) cabe, nesta feita, exclusivamente à AGENERSA (...) decidir a respeito do litígio, zelando pelo fiel cumprimento do contrato de concessão e pela estrita observância de suas cláusulas" e que, "acaso eventuais pleitos similares possam comprometer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que não parece ser o caso, haverá manifestação desta Pasta, devendo, contudo, esta nobre Agência informar qual será o impacto financeiro sobre o contrato de concessão."

As fls. 280/282 a CAENE realiza análise dos autos, inclusive quanto à manifestação da SEDEEIS, entendendo que há de se avaliar a Cláusula Quarta do Contrato de Concessão, que "tal aspecto de análise de um único caso isolado, não dá a dimensão dos diversos outros postos de abastecimento que por ventura estejam na mesma situação e não procuraram a agência reguladora, para avaliação dos aspectos regulatórios" e que "com base no tripé da regulação" devem ser considerados "(...) cinco aspectos de fator decisório contidos nos autos (...)", a saber:

"a) Segundo a Política do Governo do Estado é a ligação de futuros novos postos em locais onde ainda não houvesse postos de GNV em sua proximidades (vide Nota Técnica da SEDEEIS);



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

(b) Que o Ilmo. Sr. Secretário de Estado Chefe da Casa Civil, Dr. Regis Fichtner, através do Ofício CC no. 1208/2012, de 17 de julho de 2012, do Ilmo Sr. Secretário de Estado Chefe da Casa Civil, Dr. Regis Fichtner, em resposta ao Ofício AGENERSA /RB no. 20/12, de 28/06/2012, informando que o assunto do presente processo é de matéria estritamente técnica, cabendo a AGENERSA, zelar pelo fiel cumprimento do contrato de concessão pela estrita observância das suas Cláusulas.

(c) Concessionária informa que estava previsto a ligação de 276 postos como meta acumulada até 2011, pela 2ª Revisão Contratual, e que já em Março daquele ano já havia 283 postos de GNV em carga. Tal fato, dá conta que o previsto como meta na 2ª Revisão Quinquenal já havia sido ultrapassado, ou seja, os investimentos previstos, já haviam sido ultrapassados;

(d) O cliente já realizou investimentos para recebimento do serviço público de distribuição de gás natural para o mercado de GNV;

(e) Já em agosto de 2012, foi iniciado o Processo da 3ª Revisão Quinquenal do Contrato de Concessão da CEG"

Sugere a CAENE, ao final, que o Conselheiro Relator considere para a 3ª Revisão Quinquenal o abastecimento do referido posto, rogando o pronunciamento da Procuradoria quanto aos documentos acostados às folhas 207 a 213.

A Procuradoria requer, antes, o pronunciamento da Concessionária, que manifesta-se através da DIJUR - E - 2019/12²².

A Delegatária discorre acerca do constante às fls. 207/213, especificamente no que tange ao contrato de permuta de posições entre os postos de gasolina Recanto das Palmeiras e Auto Posto Moranguinho, citados à fl. 10 deste relatório.

Consigna que tal tratativa "(...) se deu única e exclusivamente por iniciativa das partes, sem nenhum tipo de intervenção da CEG, que somente foi comunicada acerca da troca de posição dos postos e, tendo em vista a conveniência dos envolvidos e a possibilidade técnica de atender a permuta, naquele momento, alterou as posições da lista", afirmando a CEG que, "(...) com o passar do tempo, a Concessionária identificou que tal procedimento estava ocorrendo com certa frequência, como uma espécie de 'comércio', sem que fossem observadas as peculiaridades necessárias, como, por exemplo, a viabilidade técnica e comercial do negócio" e, "em que pese isso, identificada a problemática supracitada, a CEG coibiu este tipo de negociação, inclusive com elaboração de Norma Comercial (NC-748-BRA) não acatando mais eventuais permutas de posição eventualmente realizada entre os postos."

²² Fls. 302/304.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

Aduz que i) "(...) o citado contrato de permuta, assinado em 2008, é anterior a elaboração da Norma Comercial atualmente utilizada pela Concessionária — NC-748-BRA, sendo esta a balizadora no estabelecimento dos critérios de atendimento dos postos de GNV"; ii) discorda da sugestão da CAENE de que o abastecimento do posto seja considerado para a 3ª Revisão Quinquenal, uma vez que, se acatada, "(...) a NC-748-BRA, parâmetro balizador para atendimento aos pedidos dos postos de disponibilização de GNV, estará sendo descumprida, pois independentemente da viabilidade econômica e comercial de atendimento ao posto, da saturação da rede no entorno e a existência de outras subáreas em que haja mais rentabilidade para o negócio, dentre outros critérios, a AGENERSA estaria determinando o atendimento da citada demanda"; iii) "tal iniciativa viola, inclusive, o princípio da isonomia, pois existem outros postos na lista, na mesma região, porém em outras subáreas que podem vir a atender os critérios da NC-748-BRA antes do posto em comento, de modo que estaria a AGENERSA prejudicando o atendimento destes postos com a citada determinação."

Reitera, então, "(...) que os critérios da NC-748-BRA devem prevalecer, não admitindo exceção, pois, ainda que se pudesse prever para a 3ª RTI o atendimento de uma determinada quantidade de postos nesta região, não se poderia inferir, necessariamente, que o posto em comento seria atendido, mas sim, que o posto atendido seria o que preenchesse os critérios da norma em questão (...)".

Requer a CEG, por fim, o arquivamento dos autos, sem aplicação de sanção.

À fl. 311 a Procuradoria solicita à CAENE análise da Norma Técnica NC - 748 - BRA e pronunciamento, tendo em vista a alegação de descumprimento da referida Norma se acatada a sugestão quanto à 3ª Revisão Quinquenal.

Às fls. 312/314 a CAENE informa que a NC - 748 - BRA, "(...) edição de 2009 (...)", sofreu revisão em 2011, apresentando, em sequência, suas alterações.

Conclui a Câmara Técnica "(...) que o parecer do Sr. Gerente da CAENE, foi baseado em argumentos juntados na NT SEDEEIS, informações advindas da Concessionária, não havendo portanto um descumprimento da Norma NT - 748 - BRA."

Em seu parecer, a Procuradoria entende que os aspectos levantados pela CAENE "(...) se fazem prosperar (...)", observa que a transação econômica realizada entre os proprietários dos postos "(...) não teve o beneplácito da Concessionária CEG e portanto, em razão disso, tal fato ficou fora da regulação e fiscalização da AGENERSA", aborda a troca de posições e o cadastro da Concessionária, cita os argumentos despendidos pela CEG e o parecer da CAENE, lembra que a permuta entre os postos "(...) se deu anteriormente a elaboração da Norma Comercial - NC - 748 - BRA", corroborando, por fim, com o entendimento da CAENE às fls. 280/282 e 312/314.

pf



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

Manifestação do cliente às fls. 320/323, seguida de documentação juntada por ele às fls. 324/328. Em sua exposição, o reclamante faz breve resumo da questão dos autos e, em especial, i) combate a alegação da concessionária de fls. 243/252, argumentando que a CEG "(...) é uma Empresa Estatal de Prestação de Serviço Público, não podendo estar exclusivamente voltada para fins lucrativos, pesando-lhe ainda o fato de ser a única fornecedora do produto em questão- GNV, fato que lhe imputa a Obrigação de Fazer amplamente preceituada em nossa legislação"; ii) afirma que ocorreu reformulação na lista de postos de combustíveis, fato que beneficiou "(...) postos de abastecimento que se encontravam em posições inalcancáveis", sendo que tal lista foi retirada do site da Concessionária; iii) que a Concessionária CEG efetivou, "(...) mediante apresentação de contrato de permuta entre as partes (...)" a troca da listagem à época vigente afirmando o cliente que, com essa permissão, a Concessionária possuía condições de atendimento; iv) que, a fim de corroborar que existe a concordância da Concessionária nos processos de permuta, "(...) o Auto Posto Curicica Ltda. que se encontrava em primeiro lugar na listagem da Zona Oeste 11.3, portanto na mesma área do Auto Posto Recanto das Palmeiras, e que obteve sua colocação por permuta com Posto GNV — Rio Gás Natural (...)", já obteve a carga de GNV, "(...) mesmo estando em frente ao Posto Projac que também já estava sendo abastecido pela Concessionária"; v) que "(...) a Norma Comercial NC-748-BRA, a qual foi amplamente discutida e mencionada ao longo de todo o processo (...)", foi editada em data posterior ao pedido formulado por Auto Posto Recanto das Palmeiras, a efetiva concordância da Concessionária CEG, procedida no episódio da permuta, bem como a apresentação da carta de viabilidade técnica, e que "(...) uma nova norma não pode vir a prejudicar direitos já adquiridos."

O reclamante menciona, ainda, a ligação de alguns postos, afirmando sua proximidade com o Auto Posto Recanto das Palmeiras, alega que isso configura privilégio concedido a alguns em detrimento do direito de outros, e reitera a afirmação já feita nos autos acerca do crescimento no mercado de GNV, requerendo o imediato fornecimento de GNV ao Auto Posto em exame, uma vez que "(...) efetuou investimentos e aguarda há onze anos o atendimento de seu pleito."

Instada a apresentar razões finais, a Concessionária protocola a DIJUR - E - 403/2013 e reitera o já constante nos autos.

É o relatório.


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro Relator



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

Processo nº:	E-12/020.235/2011
Autuação:	25/05/2011
Concessionária:	CEG
Assunto:	Ocorrência nº52.1384 - Fornecimento de GNV. Apuração de possível descumprimento de cláusula contratual.
Sessão Regulatória:	25 de março de 2013

VOTO

A hipótese dos autos, entendendo, cinge-se à verificação da possibilidade de aplicação da Cláusula Quarta, §1º, item I, do Contrato de Concessão ao presente caso concreto, considerando o pedido de fornecimento de GNV- gás natural veicular - realizado pelo AUTO POSTO RECANTO DAS PALMEIRAS LTDA. e que o referido dispositivo contratual destaca, *in verbis*:

"CLÁUSULA QUARTA- OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

A CONCESSIONÁRIA obriga-se a prestar serviço adequado, visando sempre expandi-lo, acompanhando o desenvolvimento tecnológico mundial, mantendo-se permanentemente atualizada e obrigando-se, ainda, a utilizar equipamentos, instalações e métodos operativos que garantam os melhores níveis de segurança, qualidade, continuidade e confiabilidade do serviço, bem como mantendo recursos humanos adequadamente habilitados.

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

I - atender novos pedidos de fornecimento a consumidores, desde que satisfeitas as condições de rentabilidade de acordo com as taxas previstas no §9º, da Cláusula SETÍMA abaixo, de modo a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, podendo a CONCESSIONÁRIA deixar de atender aos novos pedidos de fornecimento nas hipóteses de insuficiência de matéria prima ou ameaça à segurança, e naquelas em que seja obrigada a realizar investimentos, por ela não previstos, no sistema de distribuição, fica desde já ajustado que, caso se faça necessária a participação direta do consumidor no investimento necessário para atender ao próprio pedido de fornecimento, tal participação ficará limitada a 90% (noventa por cento) do total do



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

Serviço Público Estadual
Processo nº E-121020-235/2011
Data 25/05/2011 Pgs.: 358
Rubrica: *RL*

investimento, visando sempre atingir as condições de rentabilidade cima referidas."

Dito isso, compreendo que a questão deve perpassar, em primeiro lugar, a análise do enquadramento do reclamante como consumidor, já que o item daquela cláusula contratual dispõe acerca de atendimento a "(...) novos pedidos de fornecimento a consumidores (...)". (meu grifo)

Vale ressaltar, então, que, em observância à expressão "destinatário final" contida no art. 2º da Lei 8078/90¹, o STJ adotou, para efeito de aplicação do CDC², critério restritivo na definição do conceito de consumidor, registrando o autor Leonardo de Medeiros Garcia³ que, segundo a interpretação teleológica "(...) não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para o uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso não haveria a exigida destinação final do produto ou serviço."

Mas não é só. O Colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento, em interpretação também teleológica da citada regra, de que é necessário, ainda, para a definição de consumidor, a constatação, em concreto, da presença da vulnerabilidade da pessoa física ou jurídica. Nesse sentido é o trecho do voto proferido pela eminente Ministra Nancy Andrighi⁴, retirado da obra do autor supracitado⁵, abaixo transcrito:

"Para se caracterizar o consumidor, portanto, não basta ser, o adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço; deve ser também o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta. Nesse prisma, a expressão "destinatário final" não compreenderia a pessoa jurídica empresária. Por outro lado, a jurisprudência deste STJ, ao mesmo tempo que consagra o conceito finalista, reconhece a necessidade de mitigação do critério para atender situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada no caso concreto. Isso ocorre, todavia, porque a relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus polos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Porque é essência do

¹ "Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final."

² Legislação protetiva.

³ GARCIA, Leonardo de Medeiros. DIREITO DO CONSUMIDOR - CÓDIGO COMENTADO E JURISPRUDÊNCIA. Editora Impetus, 2011, 7 edição, pág. 13.

⁴ REsp. 476428/SC, publicado no dia 09/05/2005.

⁵ Ob. Cit. Págs. 20/21.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.235/2011

Data 25/05/2011 Pgs.: 359

Rubrica: Ruy

Código o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, I). Em relação a esse componente informador do subsistema das relações de consumo, inclusive, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão somente pela capacidade econômica, nível de informação, cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extrema necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores. Por isso mesmo, ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável, presumidamente ou não. Cite-se, a respeito, recente precedente da 4ª Turma, pioneira na adoção do critério finalista: o REsp. 661.143, de relatoria do Min. Jorge Scartezzini, j. 22/02/2005, do qual transcrevo o seguinte excerto, porque ilustrativo: 'Com vistas, porém, ao esgotamento da questão, cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente e desde que demonstrada in concreto a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais'. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço, apenas, como exceção, e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor."

Diante disso, e re-avaliando o posicionamento por mim sinalizado na Sessão Regulatória de 29/03/2012, entendo que para a hipótese dos autos deve-se tomar o conceito de consumidor adotado pelo Egrégio STJ para a incidência e proteção do CDC, de modo que a Cláusula Quarta, §1º, item 1, do Contrato de Concessão, não deve ser interpretada de forma ampla e abarcar determinados usuários como o dos autos, **mesmo detendo a Concessionária o monopólio na distribuição de gás**, não se verificando, em concreto, a vulnerabilidade exigida. (meu grifo).

Vejam que o caso em exame não denota a essencial necessidade de obtenção de gás, como a tem o consumidor pessoa física para a sua subsistência, mormente porque o Auto Posto Recanto das Palmeiras LTDA. visa, de forma predominante, o lucro, sendo certo que, em funcionamento, provavelmente já fornece outros combustíveis para o pleno exercício de seu negócio, constituindo o GNV mero complemento/incremento para a sua atividade econômica e lucrativa.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

Ainda que assim não fosse e se adotasse o exposto nas razões do voto proferido em sede de Recurso, nos autos de nº E-12/020.475/2010⁶ pela, à época, Ilma. Conselheira Darcília Leite⁷, sob o fundamento de que entendimento diverso "(...) significaria conferir à Concessionária a possibilidade de estabelecer política pública (...) ou (...) acabará por lhe conceder, ainda que por via transversa, o direito de, conforme sua conveniência, escolher a quem abastecer com GNV", consta, às fls. 254/257 dos presentes autos, manifestação do Poder Concedente Estadual, através da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços do Estado do Rio de Janeiro (SEDEEIS), destacando que "(...) a quantidade de somente 54 postos de GNV previstos na 2ª Revisão Quinquenal da CEG, já levou em consideração a desaceleração do mercado de GNV no país" e demonstrando, por meio de Nota Técnica, que em jogo está o interesse público.

Nesse aspecto, o citado documento informa a ocorrência de revisão em política pública estadual, explicando que tal fato não só ensejou, à época, a diminuição da ligação de Postos de GNV neste Estado, mas acarretou em plano de contingenciamento de gás, o que, ao que parece, influenciou a 2ª Revisão Quinquenal da Concessionária CEG e a confecção da NC 748 – BRA (Rev.0/2009), as quais, por sua vez, implicaram na fixação e previsão da quantidade de Postos a serem atingidos e na reorganização da listagem de pedidos de fornecimento já existente.

Tal situação, entendo, denota o pressuposto público, fazendo com que ele prevaleça diante do particular interesse no fornecimento imediato de GNV, seja com relação ao caso em exame ou qualquer outro pedido nesse sentido. Mitiga, ainda, a aplicação da cláusula contratual em espeque, considerando que a eficiência da Concessão vincula-se à satisfação da coletividade. Entendimento diverso poderia comprometer o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, considerado quando da 2ª Revisão Quinquenal da Concessionária⁸.

Dessa forma, não se verifica descumprimento contratual da Delegatária no que tange ao não fornecimento de GNV, sobretudo porque não restou configurada, no feito, relação contratual entre a CEG e o Auto Posto Recanto das Palmeiras LTDA.

Com efeitos, da situação apresentada nos autos e documentos juntados vislumbra-se a existência de direitos potenciais, não havendo obrigação da Concessionária ao atendimento do pleito em exame, inclusive no que tange à inalterabilidade da posição do Reclamante no cadastro de pedidos de fornecimento, considerando a alegação do cliente segundo a qual, em junho de 2009, a CEG "resolveu" "(...) desdobrar a listagem de futuros postos a serem instalados em subzonas (...) no momento em que o Posto Recanto das Palmeiras ocupava o 4º lugar (fls. 231/234).

⁶ Que trata de caso análogo.

⁷ Sessão Regulatória de 19/06/2012.

⁸ Porquanto criar-se-ia precedente e não se poderia conceder o direito a um sem estendê-lo a outros.



SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROOSEVELT BRASIL FONSECA

É que, diante da questão pública acima apresentada, não há direito à imutabilidade de posição cadastral anteriormente existente à edição das Deliberações¹ referentes à 2ª Revisão Quinquenal, sendo certo que eventuais prejuízos decorrentes de investimentos realizados pelo Auto Posto em voga devem ser suscitados e perquiridos na via adequada.

Registre-se, porém, e considerando que a Procuradoria da AGENERSA acredita " (...) ser necessário a revisão da NC-748-BRA, com estabelecimento de metodologia, de parâmetros e de regras claras, para a definição dos postos a serem contemplados, no futuro, com o abastecimento de GNV, de forma transparente", recomendo seja referido assunto observado e tratado no processo da 3ª Revisão Quinquenal, porquanto este Regulador deve exercer o poder fiscalizador ante o monopólio na distribuição de gás.

Posto isso, proponho ao Conselho - Diretor:

Art. 1º. Considerar que, nos presentes autos, não ocorreu descumprimento do Contrato de Concessão, por parte da Concessionária CEG, em razão do não atendimento ao pedido de GNV - gás natural veicular - formulado por Auto Posto Recanto das Palmeiras LTDA.

Assim voto.

Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro - Relator

¹ Deliberações 371 e 427, publicadas em 2009.

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

Serviço Público Estadual

ATO DO CONSELHO DIRETOR

Processo nº E-121020.035/2011

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1309
DE 25 DE MARÇO DE 2013

Data 25/05/2011 Págs. 362

Rubrica: *May*

CONCESSIONÁRIA CEG - OCORRÊNCIA Nº 52.1384 - FORNECIMENTO DE GNV.
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 E-12/020.235/2011, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º. Considerar que, nos presentes autos, não ocorreu descumprimento do Contrato de Concessão, por parte da Concessionária CEG, em razão do não atendimento ao pedido de GNV - gás natural veicular - formulado por Auto Posto Recanto das Palmeiras LTDA,

Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

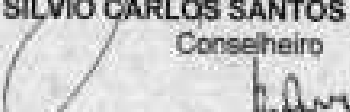
Rio de Janeiro, 25 de Março de 2013


JOSÉ BISMARCH VIANNA DE SOUZA
Conselheiro Presidente


MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro


LUIGI EDUARDO TROISI
Conselheiro


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
Conselheiro


ROOSEVELT BRASIL FONSECA
Conselheiro Relator