

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1122

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1122

DE 19 DE JUNHO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG - FORNECIMENTO DE GÁS NATURAL VEICULAR - GNV.

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-12/020.475/2010, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Baixar o presente processo em diligência, para manifestação do Poder Concedente sobre a questão tratada nos autos.

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

Rio de Janeiro, 19 de junho de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza

Conselheiro - Presidente

Darcilia Aparecida da Silva Leite

Conselheira - Relatora

Luigi Eduardo Troisi

Conselheiro

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro

Processo nº. E-12/020.475/2010
Data de Autuação 06/12/2010
Concessionária CEG
Assunto Fornecimento de gás natural veicular - GNV
Sessão Regulatória 19/06/2012

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.475/2010

Data 06/12/2010 Fls.: 163

Relatório

Rúbrica: 

Trata-se de Recurso protocolizado nesta Autarquia em 11/01/2012, por Auto Posto de Serviços Recar Ltda¹, contra a Deliberação AGENERSA nº. 936/2011².

Inicialmente, o Recorrente aponta a tempestividade da peça³ e, a seguir, apresenta suas razões, apontando que "(...) o Posto Revendedor (...) em novembro de 2008, recebeu da CEG, um comunicado, informando sobre a possibilidade de viabilizar tecnicamente o fornecimento de GNV, assim que fosse iniciado o projeto NOVAS FONTES 3- Reforço AV. Brasil, o que já ocorrera há mais de 2 ANOS", que "O recorrente, uma vez devidamente cadastrado, passou a figurar em uma lista disponibilizada pelo site da própria CEG como o primeiro a ser beneficiado com a referida instalação", que "Posteriormente, esta lista foi suprimida do referido site, após uma divisão efetuada internamente pela CEG, que instalou o GNV em posto revendedor, que estava em posição inferior à posição do recorrente", entende que "A manobra realizada foi tão cristalina e evidente, que o site não mais apresentou a referida lista, para evitar as reclamações, que se iniciaram em face da CEG", por isso "(...) a questão de viabilidade comercial deve ser desconsiderada; a uma, porque a própria CEG não avaliou esta questão quanto decidiu fornecer GNV para outros postos da região e em posição inferior na lista de instalação; a duas, porque a questão das frotas de carros flex também não importa para o aludido argumento, já que a margem de demanda de GNV só tem aumentado; por fim, porque a região está em 

¹ Fls. 126/133.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 936 DE 20 DE DEZEMBRO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA CEG – FORNECIMENTO DE GÁS NATURAL VEICULAR - GNV.

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-12/020.475/2010, por maioria, DELIBERA:

Art. 1º - Declarar a Concessionária CEG isenta de responsabilidade por qualquer prejuízo ocorrido ao Auto Posto Recar.

Art. 2º - Declarar a inexistência, nos autos, de documentos que caracterizem a obrigação da Concessionária CEG em fornecer Gás Natural Veicular— GNV ao Auto Posto Recar.

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

Rio de Janeiro, 20 de dezembro de 2011.

José Bismarck Vianna de Souza - Conselheiro-Presidente-Revisor; Darcília Aparecida da Silva Leite - Conselheira; Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro; Sérgio Burrowes Raposo - Conselheiro-Relator - Voto Divergente.

³ "O voto ora recorrido foi proferido na sessão regulatória de 20/12/2011, e publicado no Diário Oficial, em 30/12/11 (sexta-feira), sendo 10 dias o prazo estabelecido em Lei, para apresentação do recurso, logo o protocolo na presente data é tempestivo."

pleno crescimento, tanto que a CEG já prepara a instalação dos equipamentos para fornecimento de GNV em outros postos", afirma que "Através de uma breve análise do voto de vista do I. Conselheiro José Bismar[c]k Vianna de Souza, entendeu o seguinte: a) Que a CEG em momento algum assinou contrato com o revendedor ou com a Ipiranga; b) Que as obras realizadas pelo posto para comercialização do GNV ocorreram sem qualquer garantia formal pela CEG", que "(...) a matéria abordada na decisão ora recorrida (...) não é de extrema complexidade e não necessita de conhecimento técnico sobre a viabilidade comercial, cuja questão foi suscitada pela CEG, como a única forma de defender-se da absurda violação perpetrada em face do posto revendedor", ressalta que "(...) este entendimento não é só do recorrente, mas também da própria Procuradoria Geral desta Agência Reguladora (...)"; considera "(...) EVIDENTE QUE A CEG VIOLOU O CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS (...) INDEPENDENDO DA EXISTÊNCIA DE CONTRATO FIRMADO COM A REFERIDA CONCESSIONÁRIA"; informa que "(...) o que se postula (...) é à observância da imparcialidade, da igualdade e da transparência de procedimentos, com o cumprimento do contrato de concessão, a fim de que o recorrente seja beneficiado com o fornecimento do GNV a ser contratado com a CEG, que não poderia ter ultrapassado o direito do mesmo, fornecendo o referido combustível para outros postos em posição inferior a dele na lista de pedidos a serem atendidos pela concessionária", alega que "(...) não há outro impedimento para a CEG promover o fornecimento, sendo irrelevante a questão da capacidade técnica e de mercado da região (...)"; entende que "Correta é a decisão do I. Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca (fls. 114/116), que acompanha o entendimento da própria CAENE (...)"., verifica que "(...) a CEG, em momento algum, neqou os fatos e documentos apresentados pelo recorrente, havendo apenas uma justificativa de que não teria interesse comercial para a região onde está situado o posto", afirma que "(...) A CEG NÃO PODE PAUTAR-SE APENAS NO SEU INTERESSE COMERCIAL, POIS TEM UM CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS A CUMPRIR, SENDO O RECORRENTE UM BENEFICIÁRIO DESTE CONTRATO"; frisa que "(...) o argumento da CEG é perfeitamente solucionado pelo próprio contrato de concessão como dispõe a primeira parte do item 1, do §1º da Cláusula Quarta (...)"; que "(...) EM MOMENTO ALGUM A CEG ALEGA u

* Como se verifica da promoção de fls. 104/106, cuja conclusão pedimos vênha para transcrever: "E ainda, é latente a recusa injustificada por parte da CEG em atender as determinações desta autarquia no que tange a trazer aos autos o estudo de rentabilidade do posto e a proposta de investimento, sendo estas condutas per si transgressões ao instrumento contratual de concessão. Considerando o exposto, corroboramos com o parecer da douta CAENE no sentido de que as condutas da concessionária infringiram às normas contratuais, estando, portanto, incurso nas penalidades previstas no contrato de concessão".

⁵ Sallenta que "(...) o entendimento de que a reclamação do ora recorrente não pode prosperar pela inexistência de contrato com a CEG e pela inexistência de garantias da CEG para fornecimento de GNV é (...) equivocado e improcedente para o caso"; que "(...) o contrato de concessão de um serviço público deve ser imparcial e transparente, o que não se verifica no caso em tela, cabendo ressaltar que independe de haver contrato ou não com a CEG".

⁶ §1º Obriga-se, ainda, a CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo das demais obrigações assumidas neste instrumento, a: 1- Atender novos pedidos de fornecimento a consumidores; desde que satisfeitas as condições de rentabilidade de acordo com as taxas previstas no §8º da Cláusula SÉTIMA abaixo, de modo a garantir o equilíbrio econômico-

POSSÍVEL PERDA DE RENTABILIDADE E DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO, ASSIM COMO NÃO HÁ INSUFICIÊNCIA DE MATÉRIA PRIMA PARA O FORNECIMENTO DO GNV AO RECORRENTE", que "(...) **TAMBÉM NÃO HÁ PROVAS PARA TODA E QUALQUER ALEGAÇÃO DA CEG, MESMO AS QUE FORAM FEITAS DE FORMA PRECLUSIVA JÁ QUE NÃO RESPEITADOS OS PRAZOS ESTABELECIDOS PARA SUA DEFESA**", que "(...) *correta é a aplicação do caput da Cláusula Quarta, do contrato de concessão (...) e que "À luz deste dispositivo legal, correto é o entendimento de que a recorrida tem a obrigação de expandir o serviço que se comprometeu prestar, observando a imparcialidade e a transparência, motivo pelo qual deve ser reconhecida como procedente a presente reclamação, independente da existência de contrato firmado ou não, já que o pretendido é a obrigatoriedade de uma contratação de fornecimento de GNV com a referida concessionária"*, conclui, protestando pelo conhecimento "(...) do presente recurso, por tempestivo, para, no mérito, dar-lhe provimento, reformando a decisão de primeiro grau proferida na sessão regulatória realizada em 20/12/2011 e publicada no DO de 30/12/2011, para determinar que: a) A CEG atenda ao pedido de fornecimento feito pelo recorrente, firmando contrato com o mesmo e procedendo com as instalações a ponto de permitir o consumo e a revenda do GNV dentro de um prazo de 90 dias; b) A CEG seja multada nos termos previstos na cláusula 10 do contrato de concessão c/c art. 17, inciso I, da Instrução Normativa CODIR nº 001/07; c) A CEG reative a lista de pedidos a serem atendidos pela Concessionária, referente à instalação de GNV; d) Que a Secretaria Executiva, em conjunto com as Câmaras Técnicas CAENE e CAPET, promovam a lavratura dos autos de infração nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007; e) Seja intimado o Ministério Público do Estado do Rio, de Janeiro, para que tome ciência da presente Reclamação e adote as medidas que entender necessárias"

Às fls. 134, encontra-se cópia da Resolução do Conselho-Diretor nº. 276, de 24/01/2012, na qual consta a distribuição do Recurso à Relatoria do ex-Conselheiro Sérgio B. Raposo.

Instada a se manifestar⁸, a Procuradoria da AGENERSA apresenta Parecer da lavra do i. Procurador-Geral, às fls. 136/137, no qual opina "(...) no sentido de seguir o voto do Conselheiro Relator, Dr. Roosevelt, pois a concessionária não apresenta requisitos impeditivos ao atendimento do pedido do recorrente"; afirma que "Não há alegação de perda de rentabilidade, nem insuficiência de matéria prima ou ameaça a segurança, conforme previsão contratual"; *u*

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."

⁷ Todos os grifos como o original.

⁸ Por força do despacho de fls. 135, da lavra da assessoria do ex-Conselheiro.

que "A cláusula quarta, § 1º item 1 é norma auto aplicável que exige justificativas adequadas da concessionária para negar novos pedidos de fornecimento"; que "Aliás, a ampliação do fornecimento de gás é pressuposto da universalização do serviço e do princípio da generalidade (artigo 6º, I da Lei 8987/95), devendo haver maior rigor na interpretação de normas ou cláusulas que incentivem essa universalização", ressalta que "Conforme mencionado no voto do Ilustre Relator, não há prova nos autos sobre a alegada inviabilidade comercial do Posto, tendo havido recusa da CEG em apresentar estudos de rentabilidade que demonstrem suas alegações, conforme ressaltado no parecer anterior dessa Procuradoria", entende que "(...) a proposta de investimento tem que ser apresentada ao cliente, cabendo ao mesmo decidir se o investimento é vantajoso ou não", acredita, "(...) Quanto à ordem de preferência dos Postos no fornecimento de GNV, (...) que esta Agência poderia discutir o assunto em outro processo para fins de normatização da matéria, evitando quebra de isonomia entre os clientes" (grifos no original).

Através do Ofício AGENERSA/ASSESS/SR nº. 037, de 01/03/2012⁹, a assessoria do ex-Conselheiro Sérgio Raposo encaminha cópia digital do feito ao Recorrente e aponta o prazo de 10 (dez) dias para apresentação de razões finais.

Às fls. 138, o processo é encaminhado à SECEX para redistribuição, "(...) por força de encerramento do mandato do Conselheiro Sergio Burrowes Raposo (...)".

Em 14/03/12, o Recorrente apresenta suas razões finais¹⁰ onde afirma, inicialmente, sua tempestividade¹¹, apresenta um breve relato¹² e *u*

⁹ Fls. 137.

¹⁰ Fls. 139/144, juntada aos autos através do Termo de fls. 145, datado 16/03/2012.

¹¹ "O Reclamante recebeu a notificação (...) em 02/03/2012 (...), sendo estabelecido o prazo de 10 dias, logo o protocolo na presente data é tempestivo."

¹² Aponta que "(...) o Reclamante protocolou a presente Reclamação em 02/12/2010, visando obter através desta Agência Reguladora, a determinação da CEG, de cumprimento de sua obrigação de fornecer o GNV no seu estabelecimento (...) através de contrato assinado com a Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga", destaca "(...) o documento juntado pelo Reclamante (...) em que a CEG, diz que há possibilidade de viabilizar tecnicamente o fornecimento de GNV em seu endereço, condicionando a construção e colocação em carga do Projeto Novas Fontes 3, reforço AV. Brasil", afirma que "(...) este projeto, já está em prática há mais de 3 anos, e a viabilidade prometida pela CEG, ainda não foi concedida, para o Reclamante, apenas para outros Postos Revendedores na mesma região, que obtiveram êxito em sua instalação após a realização do projeto supracitado", que "(...) o processo foi encaminhado a CAENE, que de imediato oficiou a CEG, para que a mesma, dentro de 3 dias informasse quais as providências necessárias para o fornecimento de GNV, no endereço do Reclamante", que "Em resposta (...) a CEG argumentou que naquele momento não havia interesse comercial naquela região, vez que foi analisada a viabilidade comercial, entre os critérios estabelecidos no Procedimento de Comercialização de GNV - NC748 - BRA", que "A seguir a CAENE, encaminhou um novo ofício a CEG, de fls. 74, referindo-se ao CONTRATO DE CONCESSÃO EM SUA CLÁUSULA QUARTA - OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA", aduz que "(...) a CAENE estabeleceu um prazo de 24 horas para que a CEG proferisse um novo pronunciamento, apresentando uma proposta ao cliente, ora Reclamante, levando-se em conta os aspectos contratuais vigentes", que "Absurdamente, a CEG se limitou a ratificar sua resposta anterior, insistindo na alegação de que não havia interesse comercial, considerando sempre a viabilidade técnica, econômica e sua ordem cronológica em relação às demais solicitações", ressalta que "(...) a CEG frisou a Ordem cronológica, mas sem explicitar quanto a POSIÇÃO 1 DA LISTA, QUE ERA OCUPADA PELO RECLAMANTE, E QUE AGORA

conclui, requerendo a este Conselho-Diretor "(...) determinar que: a) A CEG cumpra imediatamente suas obrigações contratuais, enquanto concessionária de um serviço público, em fornecer o GNV no endereço do RECLAMANTE; b) Seja reativada a lista de pedidos a serem atendidos pela concessionária, referente à instalação de GNV, que foi excluída do site da RECLAMADA, injustificadamente, ferindo o princípio da transparência; c) O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, seja intimado para que tome ciência da presente Reclamação e adote as medidas que entender necessárias; d) A CEG seja multada nos termos previstos na cláusula 10 do contrato de concessão c/c art. 17, inciso I, da instrução normativa CODIR nº 001/07; e) Determinar à secretaria Executiva, em conjunto com as Câmaras Técnicas CAENE E CAPET, a lavratura do Auto de Infração Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007" e "Ao final, julgar subsistente a presente reclamação e aplicar as penas previstas em lei, devendo ser observada a reincidência nos casos semelhantes, que determinarão o quantum da multa cominada a CEG e, até mesmo, a cassação da permissão do serviço público que lhe foi concedido pelo Estado do Rio de Janeiro (...)".

Às fls. 146, encontra-se cópia da Resolução do Conselho-Diretor nº. 290, de 27/03/2012, na qual consta a distribuição do indigitado Recurso à minha Relatoria.

Mediante o Ofício AGENERSA/ASSESS/DL nº. 005¹³, de 09/04/2012, a assessoria deste Gabinete encaminha à CEG cópia digitalizada de inteiro teor dos autos, comunica a conclusão de sua instrução e assina o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de razões finais. *u*

SIMPLESMENTE NÃO EXISTE MAIS, POIS FOI SUPRIMIDA DO SITE DA CONCESSIONÁRIA, E AINDA VÁRIOS OUTROS POSTOS REVENDEDORES, JÁ OBTIVERAM A INSTALAÇÃO DO GNV, COMO AFIRMADO EM FLS. 87, JÁ SÃO 12 POSTOS GNV EM CARGA", observa que "Mediante a resposta totalmente insatisfatória da CEG (...) foi preferido o último parecer da CAENE (...) favorável ao cumprimento da obrigação da concessionária, inclusive recomendando a aplicação das sanções previstas pelos descumprimentos contratuais (...)", que "Corroborando com os pareceres da CAENE, o parecer do Procurador Geral da Agenersa (...) foi totalmente favorável ao Reclamante, no sentido de que as condutas da CEG, infringem normas contratuais, incorrendo nas penalidades previstas no contrato de concessão, principalmente quanto ao descumprimento dos itens 1,2,4,11 e 13 da cláusula quarta do contrato em comento", que "O brilhante voto proferido pelo I. Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca (...) também considerou não satisfatórias as alegações da CEG (...) e sabiamente, sugeriu ao conselho diretor (...) que a CEG atenda ao pedido do Reclamante, fornecendo o GNV, inclusive sob pena de aplicação de multa legalmente prevista", que "(...) o I. Conselheiro-Presidente José Bismarck Vianira de Souza (...) pediu vista dos autos para análise" e que "(...) proferiu seu voto discordando do voto do I. Conselheiro Relator, (...), e sugerindo ao Conselho diretor a isentar a CEG de responsabilidade por qualquer indenização ao Posto Reclamante, bem como declarar inexistente nos autos documentos que caracterizam a obrigação da concessionária ao fornecimento do GNV ao Posto", que "(...) o voto de vista proferido pelo Relator Presidente, limita-se a dizer que em nenhum momento a CEG assinou contrato com o Reclamante, ou com a Ipiranga, logo não havia compromisso formal com as partes, que mesmo assim realizaram obras para o recebimento do GNV", afirma que "(...) não HÁ QUALQUER PONDERAÇÃO QUANTO AOS DESCUMPRIMENTOS DO CONTRATO DE CONCESSÃO, POR PARTE DA CEG E AINDA DA FALTA DA APRESENTAÇÃO DOS ESTUDOS DE RENTABILIDADE, APONTADOS PELA CAENE E CORROBORADOS PELA PROCURADORIA GERAL DA AGENERSA", que "(...) para surpresa do Reclamante, através da deliberação da Agenersa nº 936, o Conselho Diretor, por maioria, (...), seguiu na íntegra o voto de vista do I. Conselheiro Presidente, isentando a CEG, de qualquer responsabilidade na presente Reclamação", salienta que "(...) de forma sábia, I. Procurador Geral da Agenersa manifesta-se mais uma vez favoravelmente ao Reclamante (...) pois entende que não há nos autos comprovação dos requisitos impeditivos à instalação do GNV ao cliente, Auto Posto Recar".

¹³ Fls. 148, recebido pela CEG na mesma data.

Em 19/04/2012, a CEG protocoliza nesta AGENERSA a correspondência DIJUR-E-723/12¹⁴, através da qual, após breve relato dos autos¹⁵, cita o Recurso interposto e considera que "(...) a referida peça processual

¹⁴ Fls. 149/155.

¹⁵ "Trata-se de processo administrativo instaurado (...) em função do recebimento de reclamação feita pelo Auto Posto de Serviços RECAR Ltda. O posto alega, em resumo, que em 04/11/2008 teria recebido da CEG comunicado informando sobre a possibilidade de viabilizar tecnicamente o fornecimento de GNV tão logo fosse construído e colocado em carga o projeto Novas Fontes 3 — Reforço Av. Brasil (Fases 1, 2 e 3). Adicionalmente, o posto demonstra seu inconformismo, alegando que o projeto supracitado foi concluído há mais de um ano e que teria apresentado, tempestivamente, todos os documentos necessários a disponibilização do serviço de GNV. (...) consta das fls. 33 dos autos, correspondência enviada pela CEG ao cliente, (...), onde é informado que: i) havia possibilidades de viabilizar tecnicamente o fornecimento de GNV para o posto, condicionado à construção e colocação em carga do Projeto Novas Fontes 3; ii) solicitou envio dos documentos necessários, no prazo de 60 (sessenta) dias; iii) que a comunicação não gera qualquer tipo de obrigatoriedade para a CEG em fornecer gás para o estabelecimento comercial em questão, pois o efetivo fornecimento dependerá, entre outros fatores, da disponibilidade do sistema de distribuição de gás natural, da tempestiva apresentação da documentação e da respectiva regularidade, além da obtenção das licenças necessárias à realização das obras de instalação de ramal para o posto. Em função disso, em 09/02/2011, a CEG enviou DIJUR-E-202/11, onde informou, em resumo, que: 1) A solicitação de fornecimento de GNV ao Posto Recar encontrava-se devidamente cadastrada na posição 1, da área 1, do Município de São João de Meriti e, no momento, não havia interesse comercial para aquela região; 2) Em função da redução das vendas de GNV, apuradas a partir de 2007, e mantidas ao longo dos últimos anos, realizamos a avaliação da viabilidade comercial (vendas estimadas x vendas realizadas e vendas estimadas x capacidade instalada) entre outros critérios estabelecidos no Procedimento de Comercialização de GNV — NC-748-BRA; 3) No caso específico, a área onde o Posto Recar está situado, tem 4 postos ligados sendo a capacidade instalada, de 800 m³/mês, maior do que a venda média real apurada no período de janeiro a dezembro/10 (868.210 m³/mês); 4) Realizamos um acompanhamento permanente do mercado para avaliação do crescimento da frota de GNV e das vendas realizadas em cada região no sentido de buscar alcançar as condições de atendimento às solicitações cadastradas em nossa base de dados, considerando sempre a viabilidade comercial, técnica, econômica e sua ordem cronológica em relação às demais solicitações; 5) Em que pese isso, 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 e econômicas, e sua ordem cronológica em relação às demais solicitações e que o referido processo permanece em análise. Desta feita, tão logo seja possível, a CEG entrará em contato com o solicitante. Em decorrência disso, às fls. 74, a CAENE alegou que a Concessionária deveria observar ao disposto na Cláusula 4a, §1º, Item 1, in verbis: (...). Nesse contexto, a CEG reiterou os termos da correspondência supramencionada e, adicionalmente, informou que o mercado de veículos novos no Brasil está muito aquecido nos últimos anos, o que significa que a frota entrante neste mercado é quase que em sua totalidade de modelos Flex (álcool/gasolina). Com este cenário o volume de GNV nos últimos anos vem caindo, conforme tabela abaixo, o que significa que a abertura de um novo posto não incrementa a venda total de GNV para a distribuidora, consequentemente o cálculo de rentabilidade no segmento fica comprometido. As micro-áreas, como é o caso em tela, são avaliadas sistematicamente dentro do procedimento de comercialização de GNV — NC-748-BRA. (...) a CEG reiterou que a Cláusula Quarta do Contrato de Concessão não se aplicaria, tendo em vista os itens 1 a 5 da NC-748-BRA, além do disposto na Cláusula 14 do Contrato que dispõe, em seu inciso IV, que até que a AGENERSA determine de outra forma, permanecerão válidas todas as Resoluções de natureza técnica, editadas pela CEG, e em vigor na data de assinatura do Contrato. (...) a Concessionária esclarece que se formos interpretar a Cláusula 4º, §1º, Item 1, dispõe, especificamente, do oferecimento da possibilidade de co-participação para os pedidos de fornecimento de consumidores. Ocorre que, o STJ já se manifestou no sentido de que a relação jurídica entre distribuidor e revendedor é de caráter mercantil, não podendo o posto de GNV ser considerado como consumidor (Resp 782852): 'RECURSOS ESPECIAIS. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. OMISSÃO. NÃO CONSTATAÇÃO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE REEXAME DE PROVAS EM RECURSO ESPECIAL. ÔBICE SUMULAR. RELAÇÃO ENTRE DISTRIBUIDORES E POSTOS REVENDÉDORES DE COMBUSTÍVEIS, MERCANTIL. 1. Não caracteriza omissão quando o tribunal adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte. 2. Embora seja dever de todo magistrado velar pela Constituição Federal, para que se evite a supressão de competência do egr. stf, não se admite a apreciação, na via especial, de matéria constitucional. 3. Orienta a Súmula 07 desta Corte que a pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial. 4. A relação existente entre distribuidores e revendedores de combustíveis, em regra, não é de consumo, sendo indevida a aplicação de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, especialmente para admitir a postergação do pagamento de mercadorias. 5. Recursos especiais parcialmente conhecidos para, na extensão, dar parcial provimento apenas ao da Distribuidora, para reconhecer como indevida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e, por conseguinte, afastar a possibilidade de postergação, pelo autor, do pagamento de combustíveis.' (...) ao contrário do que foi alegado pela CAENE, o posto de GNV não se enquadra como consumidor, logo, não cabe a aplicação da Cláusula 4a §1º, Item 1 do Contrato de Concessão. (...) a CEG voltou a se manifestar nos autos, por meio da DIJUR-E-405/11, de 03/03/2011, onde, além de reiterar os argumentos já expostos, informou (...) que a questão está ligada diretamente a rentabilidade do negócio de GNV. A ligação de um novo posto em região onde a capacidade instalada é maior do que a venda realizada pelos postos de GNV existentes faz com que a rentabilidade do negócio tenda a zero. Isso porque, a demanda não irá aumentar, e ocorrerá a divisão do mercado, prejudicando diretamente os postos já ligados. A Concessionária esclareceu (...) que nas Deliberações referentes à 2ª RTI da CEG e da CEG RIO (...) constam os números de clientes (GNV) propostos por município, pelas Concessionárias (...) em resposta ao Ofício CAPET 015/2008 — Processo E-12/020.214/2007 e se refere à distribuição de clientes propostos por município. O citado anexo (...) informou que, no ano de 2011, teríamos como meta a ser atingida, acumulada a ligação/abastecimento de 11 postos e, até 03/03/2011, a CEG colocou em carga, no município de São João de Meriti 12 postos. (...) a CEG está cumprindo com a sua proposta (...) ou seja, nossos compromissos de investimentos resultantes da 2ª RTI na

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.475/2010

Data 06/12/2010 Fls.: 168

não trouxe novos argumentos aos autos, limitando-se a reproduzir o que já havia alegado ao longo da instrução processual", aduz que "(...) o argumento principal do posto é o suposto descumprimento da Cláusula 4ª, §1º, Item 1 do Contrato de Concessão, o que já foi descaracterizado pela CEG uma vez que, conforme decisão do STJ a relação entre distribuidora e revendedor não é relação de consumo e sim relação mercantil, o que faz com que os postos de GNV não estejam enquadrados na citada cláusula do contrato que fala, especificamente, em consumidor", traz a baila "(...) argumentação feita pelo próprio poder Concedente, em defesa da Concessionária (...) na sessão regulatória de 29/03/2012, especificamente quanto a processo similar, sob n.º E-12/020.235/2011", quando "(...) o representante do Poder Concedente alegou que a NC748-BRA surgiu em consonância com o momento vivido pelo mercado", que "(...) em 2002, a Petrobrás e o Governo incentivaram o consumo de GNV e, com o crescimento exponencial da demanda, foram feitas listas por micro-regiões, originando a norma comercial atualmente existente", que "O ilustre representante lembrou bem que, com a ascensão do carro flex, o cenário mudou, diminuindo-se muito o consumo de GNV (...)"; afirma que "(...) a questão da inviabilidade comercial, se refere ao fato de que, ao ligar um posto próximo, em região onde a capacidade instalada é maior do que a demanda de vendas, prejudica os postos que já estão ligados, fazendo com que os mesmos não tenham o lucro esperado", aponta que "A alteração do procedimento, com a vigência da NC-748-BRA ocorreu juntamente com a alteração industrial e o Poder Concedente está ciente dessas mudanças, que foram feitas com transparência e justificativa", assevera que "Ainda foi lembrado que a Agência Reguladora não estabelece política pública, pois não tem legitimidade para tanto, cabendo tal providência ao Poder Concedente", que "Quando política pública se adéqua aos novos tempos, é preciso que isso repercuta no Contrato, se não isso limita a atuação da Agência, que é órgão do Estado", que "Adicionalmente, o Conselheiro Presidente (...) se manifestou, naquela ocasião, (...) no sentido de que eventual determinação por parte da AGENERSA 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

u
municipalidade discutida está sendo cumprida e importa ressaltar que a análise não está atrelada a um posto específico. (...) Em 18/08/2011, a CEG apresentou DIJUR-E-2318/11, (...) esclarecendo, mais uma vez, que não se tratava de inviabilidade técnica, mas sim de inviabilidade comercial, pois a micro região em que o posto Recar se encontra possui a demanda muito inferior a capacidade instalada. (...) a instalação de um novo posto dividiria o mercado, prejudicando os postos já instalados na região e, ainda, demandando investimentos por parte da Concessionária que não estão previstos. (...) Insta ressaltar que a colocação em carga de novo posto, demanda a disponibilização de mais gás na linha, possivelmente na modalidade take or pay e, caso o posto não consumindo todo o gás disponibilizado, os demais consumidores atendidos por aquela rede (na ponta/fim de rede), serão seriamente prejudicados, pois ocorrerá uma baixa de pressão. (...) o Conselheiro Revisor, José Vianna Bismarck de Souza proferiu brilhante voto de vista, entendendo que a CEG não possui obrigatoriedade no atendimento do posto, por não ter firmado qualquer tipo de contrato com o mesmo (...)."

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.475/2010

Data 06/12/2010 Pág.: 169

abastecimento imediato" e entende que "(...) prestou todos os esclarecimentos necessários para ratificar que deve a Deliberação AGENERSA n.º 936/2011 ser mantida, negando-se provimento ao Recurso interposto pelo Posto Recar."

Às fls. 156, consta o Ofício AGENERSA/DL n.º 021¹⁶, encaminhado por esta Relatoria à Secretaria de Estado da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro, instruído com cópia integral deste feito, informando "(...) que o mesmo encontra-se à disposição, neste Gabinete, por 10 (dez) dias, para, querendo, o Poder Concedente Estadual apresentar manifestação sobre o assunto tratado".

Encontra-se às fls. 158, cópia da publicação da Deliberação AGENERSA/CD n.º 935/2012, no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro do dia 30/12/2011 e, às fls. 159, cópia da Ata da 13ª Sessão Regulatória da AGENERSA, realizada em 20/12/2011¹⁷.

Pelo Ofício AGENERSA/DL n.º 022¹⁸, esta Relatoria encaminha à Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços cópia integral deste feito, informando "(...) que o mesmo encontra-se à disposição, neste Gabinete, por 10 (dez) dias, para, querendo, o Poder Concedente Estadual apresentar manifestação sobre o assunto tratado".

É o Relatório.



Darcília Leite

Conselheira-Relatora

¹⁶ De 03/05/2012, recebido no destinatário na mesma data.

¹⁷ Ambas acostadas aos autos mediante o Termo de Juntada de Documentos de fls. 157.

¹⁸ De 24/05/2012, recebido por representante da SEDEIS na mesma data.

Processo nº: E-12/020.475/2010.
Data de autuação: 06/12/2010.
Concessionária: CEG.
Assunto: Fornecimento de Gás Natural Veicular - GNV.

Sessão Regulatória: ~~24/05/2012~~ 19/06/2012 *u*

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.475/2010

Data 06/12/2010 Fm.: 171

Voto

Rúbrica: *f*

Trata-se de apreciar o Recurso interposto por Auto Posto de Serviços Recar Ltda. em face da Deliberação AGENERSA nº. 936, de 20/12/2011, através da qual este Conselho-Diretor, por maioria¹, declarou a "(...) inexistência, nos autos, de documentos que caracterizem a obrigação da Concessionária CEG em fornecer Gás Natural Veicular - GNV ao Auto Posto Recar".

Antes de passar ao enfrentamento das razões de reforma ventiladas, conveniente que se faça - ainda que de maneira breve - explanação do processo em voga, de modo a permitir sua melhor compreensão.

Em resumo, o presente feito foi instaurado para análise de reclamação do ora Recorrente, que se considera injustificadamente preterido² pela Concessionária CEG no que se refere à "disponibilização do serviço de fornecimento de GNV".

Aduz o Auto Posto que feita tal solicitação à CEG, esta lhe enviou uma "carta de intenção" informando "sobre a possibilidade de viabilizar tecnicamente o fornecimento de GNV tão logo fosse construído e colocado em carga o projeto Novas Fontes 3 - Reforço Av. Brasil (fases 1,2,3)"³, bem assim sobre a documentação necessária⁴ para tal contratação, que, segundo afirma o Recorrente, foi-lhe apresentada tempestivamente.

Assevera que, diante disso, firmou contrato com a Distribuidora de Petróleo Ipiranga para cessão dos equipamentos necessários à comercialização do GNV, bem assim realizou, às suas custas, a adequação de infraestrutura igualmente necessária ao armazenamento daquele combustível, mas que, não obstante a construção e colocação em carga do Projeto Novas Fontes 3 - outrora arguido como *u*

¹ Vencido o l. Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca, Relator originário do processo.

² Isso porque afirma - diga-se, sem contestação por parte da CEG - que de acordo com uma listagem disponibilizada no sítio eletrônico da Concessionária, ocupava o 3º lugar na fila para atendimento, pela Delegatária, ao abastecimento de GNV, mas que, entretanto, tal listagem desapareceu e pretendentes piores colocados passaram sua frente, de modo que, hoje, já se encontram abastecidos com tal combustível.

³ Grifos conforme original.

⁴ Dentre as quais licenças ambientais.

condicionante à viabilidade de seu abastecimento - há mais de ano, até hoje não viu satisfeita sua pretensão de abastecimento por Gás Natural Veicular.

Com base em tais fundamentos, e dentre outros pedidos, requer que esta Agência Reguladora determine à CEG "(...) o imediato cumprimento das suas obrigações em fornecer o GNV no endereço do RECLAMANTE (...)", valendo anotar que tal solicitação está instruída, no que ora interessa, com (i) cópia do Contrato de Cessão de Marcas, Fornecimento de Produtos e Outros Pactos com Revendedor, firmado entre a Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga e o Auto Posto de Serviços Recar Ltda.; (ii) cópia do Pacto Adjetivo para o Gás Natural Veicular (GNV), cujos signatários são os mesmos do Contrato de Cessão há pouco citado; (iii) carta encaminhada pelo representante legal do Reclamante à CEG esclarecendo que a partir daquela data⁵ a Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga passaria à "efetuar as negociações referentes a instalação de Gás Natural Veicular no referido posto"; (iv) cópia da carta GGC-E 321/08⁶, encaminhada pela CEG ao Auto Posto Recar Ltda. informando sobre a possibilidade de viabilização do fornecimento pretendido e solicitando documentação para análise, entre outras coisas.

Levado a apreciação deste Conselho-Diretor na Sessão Regulatória de 30/11/2011, o Relator originário do processo - o i. Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca - sugeriu, além da aplicação de penalidade, que fosse determinado à Concessionária o atendimento ao pedido da Reclamante, utilizando como fundamento o disposto no caput e no §1º, item 1 da Cláusula Quarta do Contrato de Concessão.

Requerida vista, o feito foi novamente apreciado na Sessão Regulatória de 20/12/2011, oportunidade na qual o i. Conselheiro-Presidente José Bismarck Vianna de Souza, por maioria, viu prevalecer sua sugestão de declarar "(...) isenta de responsabilidade a Concessionária CEG por qualquer indenização ao Auto Posto Recar (...)" após concluir pela "(...) inexistência, nos autos, de documentos que caracterizem a obrigação da Concessionária CEG em fornecer Gás Natural Veicular - GNV ao Auto Posto Recar."

Inconformado, o Auto Posto Reclamante protocolizou o Recurso em baila, no qual reedita os pedidos insertos na petição que deu azo à instauração deste processo e, forte na alegação de descumprimento ao Contrato de Concessão, louva, para reconhecimento de tal entendimento - e por favoráveis lhes serem -, os posicionamentos *u*

⁵ 10/12/2008.

⁶ Datada de 04/11/2008.

da CAENE⁷ e da Procuradoria da AGENERSA⁸, bem assim o voto proferido pelo Relator originário do processo, então vencido na Deliberação AGENERSA nº. 936⁹, editada por ocasião da prolação do Voto de Vista.

Passando propriamente à análise do mérito do Recurso, importante anotar, preliminarmente, a juntada, às fls. 158, de cópia da publicação da Deliberação recorrida na Imprensa Oficial, em 30/12/2011, do que se comprova sua tempestividade, já que protocolizado nesta AGENERSA em 11/01/2012, portanto em observância ao prazo de 10 (dez) dias estabelecido no art. 77 do respectivo Regimento Interno.

Prosseguindo, da apreciação do presente feito, é forçoso concluir pela ausência de relação contratual específica entre o Recorrente, Auto Posto, e a Concessionária CEG, ora Recorrida.

Ocorre que, como bem argumentado pelo Recorrente, *"trata-se de uma questão maior, latu sensu e não meramente contratual"*, de modo que entendo que no âmbito desta Agência Reguladora o Auto Posto Recar Ltda., mesmo diante da finalidade lucrativa intrínseca à providência pleiteada, não pode ser visto simplesmente como possível signatário de um contrato puramente mercantil, mas, pelo contrário, deve ser encarado como usuário dos serviços públicos concedidos - *já que sua natureza de empresa privada não o afasta de tal condição* - e por isso destinatário dos direitos previstos no respectivo Contrato de Concessão.

Quero dizer, com isso - e sem prejuízo à conclusão materializada na Deliberação AGENERSA nº. 936, uma vez que como já apontado, dos elementos informadores dos autos realmente não se verifica relação contratual mercantil entre Recorrente e Recorrida - que entendo que o correto enfrentamento do objeto deste feito reclama, de fato, e como originariamente sugerido pelo i. Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca, a aplicação da Cláusula Quarta, §1º, item 1 do Contrato de Concessão, notadamente por caracterizar evidente *"pedido de fornecimento"*. In verbis o dispositivo:

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

1 - atender novos pedidos de fornecimento a consumidores, desde que satisfeitas as condições de rentabilidade de acordo

⁷ Que entende que "(...) a Concessionária descumpriu os itens 1,2,4,11 e 13 da Cláusula Quarta do Contrato de Concessão (...) - fls. 94
⁸ Que "(...) corrobora com o parecer da douta CAENE no sentido de que as condutas da concessionária infringiram [infringiram] às normas contratuais (...)".
⁹ De 20/12/2011.

com as taxas previstas no §9º, da Cláusula SÉTIMA abaixo, de modo a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, podendo a CONCESSIONÁRIA deixar de atender aos novos pedido 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 investimento, visando sempre atingir as condições de rentabilidade acima referidas;"

Nesta mesma toada se pronunciou o Procurador-Geral desta AGENERSA, pontualmente às fls. 136, quando afirma que "A cláusula quarta, §1º item 1 é norma auto aplicável (...)".

Contrapondo a aplicação do dispositivo em tela, a Recorrida traz à voga entendimento proferido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial nº. 782852, para sustentar a tese de que o Auto Posto não pode ser considerado "consumidor", conforme textualmente mencionado na Cláusula Quarta, §1º, item 1 do Contrato de Concessão. Vejamos o que diz:

"Ocorre que, o STJ já se manifestou no sentido de que a relação jurídica entre distribuidor e revendedor é de caráter mercantil, não podendo o posto de GNV ser considerado como consumidor (REsp 782852)."

Para melhor enfrentamento da questão, conveniente que se discorra a respeito da decisão arguida como fundamento de contrarrazões da Concessionária, qual seja, a de não reconhecer o Auto Posto Recar como "consumidor".

Antes, porém, deve-se esclarecer que são partes no referido Recurso Especial o "Auto Posto Barbarela LTDA." e a "Esso Brasileira de Petróleo LTDA", sugerindo, com isso, similaridade àquela inicial relação verificada por este Conselho-Diretor¹⁰ entre o Auto Posto de Serviços Recar Ltda. e a Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga. u

¹⁰ Por ocasião do r. voto de vista de fls. 119/122.

Serviço Público Estadual
Processo n.º E-12/020.475/2010
Data 06/12/2010 Fls.: 174

Diante disso, volto a ressaltar que a relação que merece apreciação por este CODIR é aquela travada entre o Auto Posto Recar, na condição de usuário, e a CEG como detentora legal de serviço público concedido, de modo que a aplicação do entendimento firmado naquele processo judicial deve ser visto com reservas por este Ente Administrativo.

Se não por isso, a tese da ora Recorrida se ampara em trecho da ementa do acórdão proferido naqueles autos de Recurso Especial, da lavra do Eminentíssimo Ministro-Relator, Dr. Luis Felipe Salomão, que ora passo à transcrição:

"4. A relação existente entre distribuidores e revendedores de combustíveis, em regra, não é de consumo, sendo indevida a aplicação de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, especialmente para admitir a postergação do pagamento de mercadorias."

Já que apresentada pela Recorrida apenas a parte que lhe aproveita, importante trazer à baila, também, a base dos fundamentos que ensejaram tal entendimento jurídico, os quais, já adiante, escoraram-se na doutrina de João Batista de Almeida. Vejamos como constou do acórdão:

"Nesse sentido, confira-se o magistério de João Batista de Almeida:

'Advertem os autores não ser fácil a tarefa de definir o consumidor no sentido jurídico. Isso porque há certa tendência a aceitar a concepção econômica de consumidor, que nem sempre é transferida e acolhida pelo direito, já que considerações políticas podem interferir nesse conceito, restringindo-o ou ampliando-o, o que compromete a margem de precisão que uma definição jurídica deve ter.

Consumidor, sob o ponto de vista econômico - assinala Filomeno -, é 'todo indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele ou não adquirente, e seja ou não, a seu turno, também produtor de bens'. O conceito abrange, pois, não apenas aquele que adquire para uso próprio, ou seja, como destinatário final, mas também aquele que o faz na condição de

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/020.475/2010
Data 06/12/2010 Fls.: 175

intermediário, para repasse a outros fornecedores. Daí a inconveniência de transplantar a concepção econômica de consumidor para o campo jurídico.

[...]

Antônio Herman V. e Benjamin debruçou-se exaustivamente sobre o tema, discorrendo de forma detalhada sobre o conceito jurídico do consumidor, para exprimi-lo como sendo 'todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados à sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais'.

Parece-nos, no entanto, que tais conceitos são insuficientes, por serem incompletos e restritivos (Bulgarelli, Sidou e Comparato), à exceção daquele expendido por Benjamin, que é satisfatório e se coaduna com a orientação mais atualizada". (ALMEIDA, João Batista de. *Proteção Jurídica do Consumidor*. São Paulo, Saraiva, 6ª ed., 2008, ps. 39-40)"

Como se verifica, a expressão "*consumidor*" comporta conceitos diversos, de modo que não se mostra razoável a aplicação de qualquer deles - *como ora pretendido pela Recorrida* - sem que antes seja avaliada a seara na qual se insere, o que explica a utilização de sua conceituação jurídica no bojo daquele Recurso Especial no STJ.

Resta-me, pois, identificar se a expressão "*consumidor*" inserta na Cláusula Quarta, §1º, item 1 do Contrato de Concessão, possui viés jurídico ou econômico, de sorte a afastar ou reconhecer sua aplicabilidade em face do Auto Posto ora Recorrente.

A esse respeito, algumas peculiaridades devem ser consideradas para a justa resolução do objeto deste regulatório, a começar pelo fato de se tratar de uma Concessão de Serviço Público, seara na qual entendo que a expressão "*consumidor*" deve ser interpretada de maneira a abarcar qualquer que pretenda o fornecimento do serviço concedido, afastando, assim, interpretações que limitam sua abrangência.

Se não por isso, a se considerar que o dispositivo no qual está inserido¹¹ visa, justamente, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato - *que é, inclusive, um dos princípios fundamentais da Concessão* - me parece forçoso concluir que a u

¹¹ Cláusula Quarta, §1º, item 1 do Contrato de Concessão.

expressão "consumidor" de que ora se cuida possui cunho eminentemente econômico, de modo que sua inteligência alcança o Auto Posto Recorrente.

Importante destacar que entendimento diverso a este significaria conferir à Concessionária a possibilidade de estabelecer política pública, atribuição essa que, conforme salientado pela própria, compete, exclusivamente, ao Poder Concedente.

Isso porque não se pode perder de vista que o serviço concedido é prestado a título de monopólio pela CEG, e eximi-la da obrigação disposta no mencionado item 1, do §1º da Cláusula Quarta do Contrato de Concessão acabará por lhe conceder, ainda que por via transversa, o direito de, conforme sua conveniência, escolher a quem abastecer com GNV.

Superado esse ponto, insta iluminar que a observância dos termos conferidos ao Instrumento Concessivo se sobrepõem, no que conflitam, aos possíveis interesses econômicos particulares da Concessionária, de sorte que a mesma não pode¹² deixar de cumprir determinada regra contratual simplesmente por entender lhe ser desfavorável financeiramente, inclusive porque, se necessário for, poderá requerer o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

Diante disso, cai por terra a alegação da Recorrida de que "(...) a ligação de um novo posto em região onde a capacidade instalada é maior do que a venda realizada pelos postos de GNV (...) faz com que a rentabilidade do negócio tenda a zero", já que só me resta acreditar que a CEG esteja se referindo ao seu próprio negócio, uma vez que, como bem ressaltado pelo i. Procurador-Geral desta AGENERSA, com relação ao comerciante, cabe ao "cliente (...) decidir se o investimento é vantajoso ou não".

Ainda como pretendo argumento inibitório de sua obrigação de atender ao pedido objeto dos autos, a Concessionária traz o argumento de que a providência requerida demandaria "(...) investimentos (...) que não estão previstos", o que, teoricamente, corresponde à uma das justificativas previstas na Cláusula Quarta, §1º, item 1 do Contrato de Concessão para embasar a recusa de atendimento à novos pedidos.

É certo, contudo, que a Concessionária não faz prova, nem sequer aponta, quais seriam esses investimentos, não sendo demais lembrar que este Conselho-Diretor

¹² Salvo prévia autorização desta Agência Reguladora.

já firmou o entendimento de que alegações sem a correspondente comprovação não tem o condão de excluir responsabilidade contratualmente definida.

Por fim a CEG sugere que o não atendimento ao pedido de fornecimento de GNV ora apreciado, seria, por motivo de política pública, interesse do Poder Concedente, já que um de seus representantes teria se manifestado nesse sentido por ocasião da votação, em 29/03/2012, do processo "similar" nº. E-12/020.235/2011, do qual é parte o Auto Posto Recanto das Palmeiras Ltda. e que trata da Ocorrência nº 521384 - Fornecimento de GNV - Apuração de possível descumprimento de cláusula contratual.

Naquela oportunidade, o representante da SEDEIS - Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços¹³, teceu breves comentários sobre o tema, abordando a mudança no mercado do GNV de alguns anos para cá e afirmou que "(...) quando o Poder Concedente vem se manifestar, ela está ciente dessas mudanças. Isso é feito com transparência e com justificativa (...)".

Diante de tais considerações, passo à abordagem de tal tema.

Com o objetivo de afirmar a necessidade de observância de suas cláusulas pelos respectivos signatários, é comum, em matéria contratual, dizer que "o contrato faz lei entre as partes", cuja irrestrita interpretação para o presente caso conduz, como já dito, à constatação de violação contratual, em especial da Cláusula Quarta, §1º, item 1 do Instrumento Concessivo.

Tal regra, no entanto, deve ser vista com temperamentos no presente caso. Isso porque, considerada a essencialidade do serviço concedido, a eficiência da Concessão está diretamente vinculada à satisfação coletiva.

Para melhor entendimento, trago à voga a doutrina de Marçal Justen Filho¹⁴ quando fala sobre "A mutabilidade como inerência à concessão". *In verbis*:

"(...) é inquestionável que a mutabilidade é essencial às concessões (...) Tem vínculo direto com as características do próprio serviço público.

Os demais contratos administrativos (ditos de colaboração) relacionam-se indiretamente com a prestação de serviços

¹³ Sr. Jorge Loureiro.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. 1ª Ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 75.

públicos. Diversamente se passa com a concessão de serviço público, instituto vinculado indissociavelmente ao atendimento a necessidades coletivas essenciais. Esse vínculo inafastável entre a concessão de serviço público e a satisfação de necessidades coletivas essenciais conduz à necessidade de permanente adequação da atividade desenvolvida pelo concessionário à obtenção da melhor alternativa para a realização dos interesses em jogo.

Isso respalda a concepção de que a mutabilidade da concessão não pode ser enfrentada com os mesmos critérios atinentes àquela consagrada a propósito dos demais contratos administrativos. As condições de desempenho da atividade objeto da concessão são essencialmente mutáveis, tal como se passa com o serviço público prestado diretamente pelo próprio Estado.

Não é demais afirmar, portanto, que quando da execução do Contrato de Concessão o interesse da coletividade se sobrepõe ao interesse particular de determinado usuário, o que empresta supremacia ao Poder Concedente a ponto de conferir-lhe, em consequência, legitimidade para alteração unilateral do contrato. A esse respeito, vejamos o que diz José dos Santos Carvalho Filho¹⁵.

"Sendo a concessão um contrato administrativo, constitui característica natural do ajuste a desigualdade das partes, de modo a conferir posição de supremacia ao poder concedente.

(...)

Como corolário da preponderância do Estado nos contratos administrativos, incidem na concessão as cláusulas de privilégio ou **exorbitantes**, que são certas prerrogativas expressamente atribuídas ao Estado nos contratos administrativos. A Lei nº. 8.987/95 previu, em mais de uma passagem, aspectos que retratam essa preponderância. Cite-se, como exemplo, o art. 23, V, que admite possíveis alterações no contrato, e o art. 37, que contempla a retomada do serviço pela encampação, fundada em motivo de interesse público."¹⁶ *u*

¹⁵ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 338.

¹⁶ Grifo como original. Ademais, e por conveniência, transcrevo os citados artigos legais: "Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; Art. 37 - Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior."

Isso tudo para esclarecer que esta Agência Reguladora, como colaboradora que deve ser à prestação de um serviço eficiente e adequado, não deve ir de encontro às políticas do Poder Concedente já que estas são imbuídas com o pressuposto do interesse público.

Em razão disso ofertei ao Poder Concedente, em 03 e 24/05/2012, através de sua Secretaria de Estado da Casa Civil e de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços, respectivamente, a oportunidade de se manifestar sobre o assunto ora tratado, sendo certo que até a conclusão de elaboração deste voto não houve qualquer pronunciamento a esse respeito.

Desta forma, diante da relevância do tema, bem como considerando a manifestação do representante da SEDEIS - Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços, entendo necessário que o presente processo seja baixado em diligência, para manifestação do Poder Concedente, de forma a restar claro o seu entendimento sobre a matéria.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Baixar o presente processo em diligência, para manifestação do Poder Concedente sobre a questão tratada nos autos.

É o Voto.



Darcília Leite
Conselheira-Relatora

Serviço Público Estadual

Processo n.º E-12/020.475/2010

Data 06/12/2010 Pp.: 180

AGENERSA

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1122



DE 19 DE JUNHO DE 2012.

**CONCESSIONÁRIA CEG - FORNECIMENTO DE GÁS
NATURAL VEICULAR - GNV.**

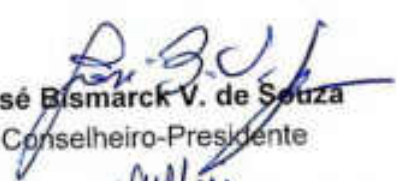
O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/020.475/2010, por unanimidade,

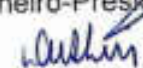
DELIBERA:

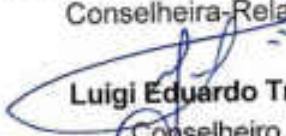
Art. 1º - Baixar o presente processo em diligência, para manifestação do Poder Concedente sobre a questão tratada nos autos.

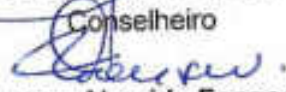
Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

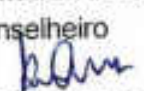
Rio de Janeiro, 19 de junho de 2012.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Relatora


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-12/020.475/2010

Data 06/12/2010 Fls.: 181