

Ana Cláudia Beapou dos Santos Oliveira
Ana Cristina de Moraes
Andreas Weiss Balassiano
Carlo Suplicy de Figueiredo Forbes
Carolina Monteiro de Carvalho
Cristiano Carlos Kozan
Diego Herrera Alves de Moraes
Eduardo Migliora Zobarán
Elhor Cristóforo Cotañ
Enrico Spini Romanieio
Marco Varin Gasparetti
Nadia Teresinha Demoliner Lacerda da Silva
Patricia Ferreira Nakahara Machado
Rafael Fabriz D'Avila
Rodolpho de Oliveira Franco Probasio

Helena de Araujo Lopes Xavier
Iara Fernandes Vasconcellos

Aline Barreto de Moraes e Castro Philodemos
Amanda Cristóforo Bolonhês
Ana Luisa Flores Domingues
Andrea da Rocha Salviati
Beatriz Faustino França Mon
Beatriz Homem de Mello Bianchi
Bruno Menoncello Cedano
Carolina Lopez Sampaio
Cesar Augusto Rodrigues de Carvalho
Danusa Pereira Fernandes
Diego Orenstein
Eliás Saraiva Pacheco e Silva
Erika Scudeler Paulino

Fernanda Garibaldi Barreto de Oliveira Batista
Fernanda Lopes Correa
Francisco Amaral de Almeida Sampaio
Gabriela Miranda Naves
Giovanna de Almeida Wizzo
Graziela Coelho Silva
Isabel do Egypto Mazoni Andrade Setaro
Isabela Langarke Previato Mundie
Jessica Fruhauf Filka
José Carlos Afonari Teixeira
Juliana Galçada Monteiro
Kauê Almeida Curti
Leonardo Fernandes Burtamaqui
Lina Santiago Bahia
Luiza Cardeal Martorano
Manuela Casso Ribeiro
Mariana São Marcos da Alvarenga
Mariana Semenzato Antunes
Marina Cavalcante Tavares Calabug
Marina Couto Falcone de Melo
Matheus Quintal Bonilha
Nathalya David François
Nayara Ribeiro Silva
Paulo Inácio Cajandino
Priscila Raya Sanchez Freitas
Raphael Butleigh de Medeiros
Renata Rezetti Ambrósio
Thiago da Silveira Rabelo
Thiago Luis Carballo Elias
Tamas Istvan Agardi
Tomás Filipe Schoeller Borges Ribeiro Paiva
Veronica Rossi Martins
Vincius da Silva Ribeiro
Vitor Amorim Mendonça Alves

Excelentíssimo Conselheiro Presidente da Agência Reguladora de Energia e Saneamento
Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA, Senhor José Bismarck Vianna de Souza

PROT. AGENERSA 15/OUT/2018 15:13 019039

AGENERSA Protocolo	
ID 4346	
Data 15/10/2018	
Horário 15:13	Fernanda da Silva
Publica	ID Funcional 431027-7
	Assistente - SECEX
	AGENERSA

Ref.: 4ª Revisão Quinquenal da CEG
Processo n.º E-12/003.124/2017

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GRANDES CONSUMIDORES INDUSTRIAIS DE ENERGIA E DE CONSUMIDORES LIVRES – ABRACE, com sede no Setor Bancário Norte – SBN, Quadra 01, Bloco B, n.º 14, Salas 701/702, Brasília, DF, CEP 70041-902, inscrita no CNPJ/MF sob n.º 53.812.772/0001-94 (doravante “ABRACE” ou “Petitionária”), neste ato representada por seu procurador, com fundamento no artigo 3º, inciso III, da Lei n.º 5.427, de 1º de abril de 2009,¹ em atenção ao Aviso publicado no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 10 de outubro de 2018, vem se manifestar conforme segue.

¹ Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: (...)

Em 20 de agosto de 2018, no âmbito do processo relativo à 4ª Revisão Quinquenal da Companhia Estadual de Gás do Rio de Janeiro ("CEG"), foi disponibilizado o Relatório Final elaborado pela Universidade Federal Fluminense – UFF, na condição de consultora externa contratada pela AGENERSA, para fins de suporte à revisão tarifária ("Relatório Final"), em que "[f]oram adotados dois cenários para incorporação dos [ativos] intangíveis, que correspondem a interpretações do terceiro termo aditivo ao contrato de concessão".² Isto porque, conforme constou do relatório:

"A validade do terceiro termo aditivo foi contestada na audiência pública de apresentação da proposta de revisão da CEG pelas associações de consumidores
Dessa forma, a Economia/UFF optou por considerar dois cenários para o cálculo da base de remuneração da CEG. No primeiro, são considerados os efeitos do terceiro termo aditivo e o pagamento da outorga é incorporado a base. No segundo, o pagamento da outorga não é incluído na base de remuneração.³ (destacamos)

Diante disso, em 04 de outubro de 2018, a referida Concessionária protocolou petição junto à AGENERSA, sustentando, em apertada síntese, a inviabilidade de se considerar um dos cenários propostos no Relatório Final apresentado pela UFF, qual seja, aquele que desconsidera o 3º Termo Aditivo para o cálculo da revisão tarifária, excluindo-se o valor pago a título de "outorga compensatória" da base de ativos regulatórios.⁴

De acordo com a Concessionária, admitir que a revisão tarifária se opere nesse cenário (i) violaria o princípio da segurança jurídica, eis que o aditivo teria sido objeto de discussão em todas as instâncias da administração do Estado do Rio de Janeiro e, portanto, celebrado com o respeito ao devido processo legal, e (ii) traria graves impactos econômico-financeiros, na medida em que conduziria a uma redução significativa da base tarifária. Diante disso, a CEG requereu à AGENERSA a suspensão do cronograma fixado para o processamento da revisão tarifária, bem como manifestação quanto à inviabilidade jurídica e econômico-financeira do segundo cenário considerado pela UFF, garantindo-se que o valor relativo à "outorga compensatória" integre a base de ativos regulatórios e, conseqüentemente, a contrapartida tarifária a ser fixada.

III. formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;"

² Vide página 6 do Relatório.

³ Vide página 89 do Relatório.

⁴ Lembre-se que, por meio do 3º Termo Aditivo, celebrado em 1º de dezembro de 2014, a CEG se comprometeu a adimplir as obrigações assumidas por ocasião do 2º Termo Aditivo mediante a implantação de novas redes de distribuição de gás canalizado por meio de gasodutos virtuais, com capacidade para atender a demanda dos municípios de Mangaratiba e Maricá até o final de 2005, na forma prevista na 3ª Revisão Quinquenal, mediante contraprestação, no valor de R\$ 152.490.000,00 (cento e cinquenta e dois milhões e quatrocentos e noventa mil reais), a ser paga ao Estado do Rio de Janeiro a título de "outorga compensatória", que, nos termos da Cláusula 2.1.2 do aditivo, seria considerada na "base de cálculo da remuneração dos ativos da CONCESSIONÁRIA para efeitos de fixação e revisão das tarifas".

Em 08 de outubro de 2018, por meio da Promoção FMMM n.º 16/2018, a Procuradora-Geral da AGENERSA opinou favoravelmente pelas *"suspensões pleiteadas, eis que a matéria envolve sérios embates quanto à adequada interpretação dos efeitos do 3º Termo Aditivo ao Instrumento Concessivo"*, bem como pela *"notificação de toda a cadeia dos denominados interessados processuais (participantes) das revisões quinquenais em andamento, para que possam se pronunciar, pelo prazo de 05 (cinco) dias úteis, sobre os atos narrados pelas Concessionárias CEG e CEG RIO"*.

Em 10 de outubro de 2018, foi então publicado Aviso no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, por meio do qual a AGENERSA comunicou a suspensão temporária do cronograma das quartas revisões tarifárias quinquenais da CEG e da CEG RIO, concedendo prazo de 5 (cinco) dias para que todos os interessados enviassem contribuições às petições apresentadas pelas Concessionárias.

Nesse contexto, a ABRACE – associação que reúne grandes consumidores industriais de energia e consumidores livres, os quais inegavelmente serão afetados pela decisão que será proferida no tocante à revisão tarifária da Concessionária – vem se manifestar favoravelmente à adoção do cenário de desconsideração do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Distribuição de Gás Canalizado ("Contrato de Concessão") da CEG, diante da flagrante ilegalidade de tal instrumento, que impõe a declaração de sua nulidade pela Administração Pública, sem que isso signifique, sob qualquer ótica, violação ao princípio da segurança jurídica, como pretendeu sustentar a CEG.

É o que se passa a demonstrar.

I. **Do Processo n.º E-12/001.1299/2014 e o contexto em que foi celebrado o 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG**

Ao contrário do que sustenta a CEG na petição protocolada em 04 de outubro de 2018, o 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão não foi *"legitimamente celebrado entre o Poder Concedente e a Concessionária"*, eis que não preservou o direito dos usuários do serviço público de ver revertidos, na forma de redução tarifária, os benefícios econômicos auferidos pela CEG quando substituiu as obrigações de investimentos inicialmente assumidas por meio do 1º e 2º Termos Aditivos ao Contrato de Concessão – quais sejam, investimento para

implantação de novas redes de distribuição de gás canalizado através da construção de Ramais de Distribuição de Alta Pressão (AP) em determinados municípios em prazo determinado, bem como para o desenvolvimento de projetos, implantação de novos gasodutos e instalação de estações de transferência de gás natural.

Isto porque, conforme reiteradamente ressaltado pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços – SEDEIS no Processo n.º E-12/001.1299/2014 – em que o Governo do Estado do Rio de Janeiro analisou proposta formulada pelas Concessionárias CEG e CEG RIO S.A. de que fosse firmado um terceiro aditivo aos respectivos Contratos de Concessão prevendo a substituição das obrigações pactuadas por meio dos 1º e 2º Termos Aditivos –, *“em se mostrando possível e conveniente a celebração de novo termo aditivo nos termos propostos pela CEG e pela CEG RIO”,* algumas providências complementares deveriam ser adotadas, como *“(i) verificar junto à AGENERSA se a celebração dos termos aditivos de 2004 e 2005 gerou, por força dos investimentos que deveriam ter sido realizados, reajuste tarifário a maior, **caso em que se deve apurar os montantes devidos a título de restituição ou compensação por meio de novo reajuste tarifário a menor,** e (ii) inserir na futura minuta do novo termo aditivo cláusulas que estipulem prazos e sanções pecuniárias (multas) para a hipótese de descumprimento do dever de abastecimento no novo formato proposto pelas concessionárias”* (fls. 46/47 dos autos – destacamos).

Tudo isso com vistas a garantir a celebração de novo aditivo, na forma proposta, preservaria o direito dos consumidores à adequada prestação do serviço público em questão, afigurando-se, de fato, como a *“melhor solução para o abastecimento dos Municípios contemplados no presente processo”* (fl. 45 dos autos) – isto é, aqueles que deveriam ter sido abastecidos à luz das obrigações pactuadas nos termos aditivos firmados em 2004 e 2005 pelas Concessionárias, cujos prazos, destacou a Assessoria Jurídica da SEDEIS, não pareciam ter sido cumpridos (fl. 46 dos autos).

Não se pode perder de vista que a penalidade prevista contratualmente para o descumprimento de obrigações assumidas pela Concessionária era a *“imediata perda da exclusividade contratual”*, nos termos da Cláusula Sexta do Contrato de Concessão, sendo certo que a referida Assessoria Jurídica propôs ao Estado que, antes que se decidisse pela celebração de novo termo aditivo, deveria ser verificada a *“viabilidade técnica e econômica de nova concessão ou subconcessão parcial da área representada pelos Municípios mencionados na proposta atual da CEG e da CEG RIO”* (fl. 47 dos autos).

J

Ainda que se pudesse admitir a não aplicação da penalidade contratual, que será pormenorizadamente enfrentada adiante, considerando a conclusão da Subsecretaria de Energia, Logística e Desenvolvimento Industrial no sentido de que o *“modal de transporte utilizando as tecnologias de GNC é o mais vantajoso economicamente, apresentando redução de custos para o conjunto de consumidores do Estado do Rio de Janeiro”* (fl. 58 dos autos), a Assessoria Jurídica da SEDEIS concluiu que não haveria obstáculos jurídicos à substituição das obrigações de ampliação da rede abastecimento assumidas pela Concessionária (de construção de redes físicas de distribuição de gás para investimento em tecnologias GNC) por meio da celebração do 3º Termo Aditivo, sem a aplicação da penalidade de perda da exclusividade contratual – substituída por penalidade pecuniária –, desde que observadas cautelas *“necessárias a assegurar que o benefício econômico decorrente da substituição do investimento já integrante do passivo das concessionárias efetivamente reverta em benefício da população do Estado do Rio de Janeiro”* (fl. 76 dos autos – destacamos).

A necessidade de observância de tais cautelas foi ratificada pela Secretaria de Estado da Casa Civil nos termos da Promoção ASJUR/CC n.º 23/2014-RRA, de 27 de junho de 2014, por meio da qual foi manifestada concordância com a celebração do novo aditivo. No entanto, ao aprovar a referida Promoção, o Secretário de Estado Chefe da Casa Civil reforçou a necessidade de oitiva da AGENERSA acerca do impacto que os investimentos que deveriam ter sido realizados pelas Concessionárias, em virtude da celebração dos termos aditivos em 2004 e 2005, tiveram sobre as tarifas cobradas dos consumidores, conforme proposto pela Assessoria Jurídica da SEDEIS, inclusive, para *“aquilatar eventual necessidade de pagamento de uma ‘outorga compensatória’ pelas Concessionárias em favor do Estado do Rio de Janeiro e/ou a eventual necessidade de efetivação de redução tarifária daí resultante”* (fl. 213 dos autos – destacamos).

Muito embora a AGENERSA tenha esclarecido que os montantes não investidos foram levados à compensação na 3ª Revisão Quinquenal, em favor da modicidade tarifária, fato é que restou consignada no 3º Termo Aditivo a necessidade de pagamento, pela Concessionária, de *“outorga compensatória”* ao Poder Concedente, sinalizando-se que nem todo o benefício auferido pela CEG ao fazer jus à substituição das obrigações em questão teria sido revertido aos consumidores, únicos prejudicados com a não realização dos investimentos e o consequente atraso na ampliação das redes de distribuição de gás canalizado.

A esse respeito, surpreende o fato de que, em atenção à recomendação da Assessoria Jurídica da SEDEIS de que a metodologia de "outorga compensatória" inserida nas minutas dos aditivos fosse devidamente analisada pela Assessoria Jurídica, o Secretário de Estado da Casa Civil do Governo do Estado do Rio de Janeiro tenha registrado que tal metodologia "reflete uma decisão essencialmente discricionária do administrador público (...), devendo ser valorada em sua conveniência e oportunidade" (fl. 266 dos autos – destacamos).

Como se vê, toda a orientação jurídica que subsidiou a celebração do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão se preocupou em garantir a observância do interesse público na execução do Contrato de Concessão, assegurando-se que os benefícios econômicos decorrentes da celebração do 3º Termo Aditivo pela Concessionária fossem revertidos aos usuários. Todavia, o valor devido a título de "outorga compensatória" pactuado no aditivo, o qual, ressalte-se, por força do disposto na Cláusula 2.1.2 do instrumento, deveria ser considerado "para efeitos de fixação e revisão das tarifas" – matéria logicamente afeta ao interesse e direito dos consumidores –, não pôde ser devidamente auditado e analisado à vista de sua finalidade.

Em outras palavras, embora a Assessoria Jurídica tenha acompanhado e orientado as discussões prévias à celebração do 3º Termo Aditivo, com o inegável objetivo de assegurar sua legitimidade jurídica, como de rigor, foi-lhe negada a oportunidade de opinar sobre a disposição mais relevante do instrumento – consistente na previsão do pagamento da "outorga compensatória" pela Concessionária –, que, do ponto de vista jurídico, é bastante questionável, seja em razão da inexistência de previsão legal para tal arranjo, como se verá adiante, seja em razão do impacto dessa previsão para os consumidores do serviço, diante da possibilidade de serem onerados, ao invés de beneficiados.

Nesse passo, o fato de a Assessoria Jurídica da SEDEIS ter sido privada da análise da sistemática da "outorga compensatória", inclusive para entender a lógica do valor fixado na Cláusula 2.1.2, acaba por colocar em xeque a legitimidade do 3º Termo Aditivo, eis que a previsão em questão tem claro potencial de desvirtuar a finalidade da concessão caso não esteja orientada pelo interesse público – o qual, em se tratando do aditivo que permitiu a substituição de obrigações pela Concessionária, estaria justamente na garantia de que os consumidores do serviço fossem compensados pela não realização dos investimentos e atraso da expansão das redes de distribuição de gás canalizado.

Assim, diante dos fatos que subsidiaram a celebração do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG, passa-se a detalhar os motivos da nulidade de tal instrumento.

II. Da nulidade do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão

- a. **O 3º Termo Aditivo é nulo porquanto não havia a possibilidade de substituição da forma de cumprimento das obrigações previstas nos 1º e 2º Termos Aditivos – a consequência para o inadimplemento das obrigações era a perda da exclusividade contratual**

Como se viu, as obrigações postas pelos 1º e 2º Termos Aditivos celebrado pela CEG foram substituídas pelas obrigações previstas no 3º Termo Aditivo, ficando evidente, destarte, que as primeiras obrigações, em verdade, não foram adimplidas pela Concessionária, na medida em que não foram implantadas as novas redes de distribuição de gás canalizado nos municípios determinados nos prazos estipulados nos referidos instrumentos.

Ora, no caso de descumprimento da obrigação de atendimento de novas áreas, o remédio contratual previsto era a perda da exclusividade contratual sobre a área objeto da obrigação em questão. Nada obstante, conforme se viu acima, a Concessionária não se sujeitou a tal penalidade, que foi substituída pela aplicação de multa.

Ocorre que, em regra, não é dada ao Estado a opção de aplicar ou não a penalidade contratual. A Lei n.º 8.987/1995 (Lei Federal de Concessões), em seu artigo 29, inciso II – reproduzido no artigo 34, inciso II, da Lei n.º 2.831/1997 (Lei de Concessões do Estado do Rio de Janeiro) –, estabelece como uma incumbência – um dever, portanto – do poder concedente a aplicação das penalidades previstas contratualmente:

"Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

(...)

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;"

A propósito, Marçal Justen Filho explica com clareza:

"É interessante observar que o aludido art. 29 qualifica as competências aí arroladas como 'encargos'. A fórmula verbal reitera a impossibilidade de qualificar as competências do poder concedente como direitos. É imperioso ressaltar, uma vez mais, que o poder concedente não goza de autonomia entre exercer e não exercer tais atribuições. Ele está

obrigado a desempenhar tais 'encargos'. Não se trata de 'direitos', mas de 'deveres-poderes', conforme observado anteriormente.⁵

Não são raros os casos envolvendo inadimplemento de contratos administrativos em que o Poder Judiciário reitera o dever da Administração de impor as correlatas sanções:

ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – ATRASO NA ENTREGA DO MATERIAL LICITADO – DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO – APLICAÇÃO DE PENALIDADES – SUSPENSÃO – POSSIBILIDADE – ARTS. 86 E 87 DA LEI N.º 8.666/93 – REGULAR PROCESSO ADMINISTRATIVO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.

1 – Dos documentos constantes dos autos, extrai-se que não obstante ter ocorrido a inexecução parcial do contrato em virtude do atraso na entrega de diversos pedidos, houve ainda a inexecução total do contrato, uma vez que alguns pedidos sequer foram entregues, o que por si só já seria suficiente para a aplicação do art. 87, da Lei n.º 8.666/93.

(...)

2 – Uma vez averiguada a inexecução parcial ou total, bem como o atraso injustificado do contrato, condutas previstas nos arts. 86 e 87 da Lei n.º 8.666/93, nasce para o agente administrativo o devido processo administrativo, a fim de aplicar as sanções preceituadas. Trata-se a toda vista, de ato vinculado. (...)⁶ (destacamos)

Como se vê, de forma a não deixar dúvidas sobre a identidade do comportamento reprovável, é pacífico na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que a Administração tem o dever de sancionar os administrados nos casos em que a conduta tipicamente prevista tenha sido praticada.

Note-se que, como aduz o ilustre Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, “o pressuposto inafastável das sanções implicadas nas infrações administrativas é o de que exista a possibilidade de os sujeitos saberem previamente qual a conduta que não devem adotar ou a que devem adotar para se porem seguramente a salvo da incursão na figura infracional”⁷

No caso em tela, o Contrato de Concessão, no Capítulo “Penalidades”, prevê uma série de penas possíveis em caso de inadimplemento de cláusulas contratuais, dentre as quais, as sanções de advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação ou declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública. Tais penas podem ser aplicadas diante do inadimplemento de qualquer cláusula contratual, exceto da

⁵ FILHO, Marçal Justen. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 425.

⁶ Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 6ª Turma Esp., AMS n.º 200551010068401, Rel. Juiz Federal Leopoldo Muiylaert, 06.12.2010.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2012. 30ª ed. p. 869.

Cláusula Sexta, cujo inadimplemento é apenável com sanção específica, prevista na própria Cláusula Sexta, consistente na imediata perda da exclusividade contratual.

O Contrato de Concessão, portanto, é absolutamente claro no sentido de que o não atendimento das áreas objeto das obrigações de expansão da rede no prazo determinado (conduta reprovável) implica a imediata perda da exclusividade contratual sobre aquelas áreas (sanção). Logo, não tendo a CEG adimplido a obrigação de atendimento de novas áreas, tal como previsto nos 1º e 2º Termos Aditivos, presente o poder-dever do Estado de atuar para a efetiva imposição da sanção consistente na perda da exclusividade contratual, que não poderia ser substituída por qualquer outra, haja vista a especificidade dos Contratos a esse respeito, que vincula a Administração Pública. É o que ensina Rafael Munhoz de Mello:

“Os agentes administrativos, de consequência, têm o poder-dever de impor a sanção sempre que apurem a prática de ilícito administrativo, pois somente assim o interesse público que justifica a existência da competência sancionadora será atendido. De consequência, não há que se falar em liberdade para a Administração Pública na imposição da sanção administrativa. Ocorrendo o ilícito previsto em lei, deve a Administração Pública impor a sanção, exercendo a competência que lhe foi outorgada pelo legislador. Portanto, a competência para impor a sanção administrativa é vinculada.”⁸

Nessa mesma linha, é também a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem *“uma vez identificada a ocorrência de infração administrativa, a autoridade não pode deixar de aplicar a sanção. Com efeito, há um dever de sancionar, e não uma possibilidade discricionária de praticar ou não tal ato”*.⁹

Para o referido autor, aliás, em referência ao que registrou Heraldo Garcia Vitta sobre situações de irrelevância, com lesividade ínfima ou desprezíveis,¹⁰ em que não há prejuízo a ninguém e não afeta interesses ou direitos de terceiros,¹¹ a única possibilidade de se excepcionar tal dever é na hipótese de se estar diante do princípio da insignificância. Nesse caso, estaria excluída a ilicitude de condutas abstratamente consideradas pressupostos de penalidades administrativas.¹²

⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 71.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2012. 30ª ed. p. 880.

¹⁰ Idem.

¹¹ VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 59.

¹² Ibidem, p. 65.

Certamente, o presente caso não autoriza a invocação do princípio da insignificância para legitimar o afastamento da sanção de perda da exclusividade contratual, na medida em que o não atendimento das áreas objeto das obrigações de expansão da rede no prazo determinado não caracteriza uma situação de "lesividade ínfima", tendo colocado em xeque o próprio interesse público. Tanto o não atendimento das localidades em questão não eram insignificantes que o 3º Termo Aditivo foi celebrado como forma de viabilizar o atendimento de tais localidades.

E nem se diga que seria possível à Administração, *in casu*, deixar de aplicar a sanção contratual diante da alegação de que tal aplicação não seria vantajosa para o Estado do Rio de Janeiro.

E, nesse ponto, merece destaque o pronunciamento da área técnica da SEDEIS, acatado pela Assessoria Jurídica¹³ e adotado como motivação para a não aplicação da penalidade prevista na Cláusula Sexta dos Contratos de Concessão, no sentido de que *"a utilização de 'gasodutos virtuais' com tecnologias de Gás Natural Comprimido (GNC) e de Gás Natural Liquefeito (GNL), alternativamente ao uso de gasodutos, atende, sim, às melhores práticas em matéria de fornecimento (transporte) de gás", sendo "recomendada a aplicação das tecnologias de GNC para pequenos volumes e pequenas distâncias, caso dos municípios em análise"*, de forma que não haveria **"nenhuma vantagem na realização de nova concessão ou subconcessão parcial"** (fl. 59 dos autos – destacamos).

Acontece que, como visto, a imposição da sanção cabível era dever da Administração, independentemente de ser vantajosa ou não, de modo que a manutenção da exclusividade contratual pela Concessionária passaria pela abertura de procedimento licitatório que, no entanto, restasse deserto (isto é, sem que ninguém demonstrasse interesse em participar do certame). Em outras palavras, a questão não é se uma nova concessão ou subconcessão parcial seria mais ou, quando menos, igualmente vantajosa para o Estado em comparação com a proposta da Concessionária que resultou no 3º Termo Aditivo, mas se haveria viabilidade técnica e econômica para tanto.

Isto porque é limitada a margem de discricionariedade do Estado em situações como a que ora se analisa, como preceitua a lição de Juliana Bonacorsi de Palma:

¹³ Com ressalva às cautelas *"necessárias a assegurar que o benefício econômico decorrente da substituição do investimento já integrante do passivo das concessionárias efetivamente reverta em benefício da população do Estado do Rio de Janeiro"*.

"Dessa forma, é na seara regulamentar que se procede à efetiva redução das margens de discricionariedade para delimitação e aplicação de sanções. São basicamente três os objetos de regulamentação que atenuam a discricionariedade atinente ao exercício do poder sancionador: (i) regulamentação das normas procedimentais atinentes ao processo administrativo sancionador, (ii) regulamentação da aplicação de sanções administrativas e (iii) celebração de contratos ou atos de outorga"¹⁴ (destacamos)

Conforme registrou Heraldo Garcia Vitta, eventual possibilidade de ponderação na seara do direito administrativo sancionador somente seria cabível em momento anterior, quando da escolha da sanção aplicável:

"Se o sujeito infringir o mandamento normativo, o funcionário público encarregado de apurar a infração terá o dever de iniciar o procedimento administrativo; e, uma vez provada a conduta ilícita, deverá impor-lhe a penalidade. Isso não retira, porém, a possibilidade do exercício de faculdades discricionárias do agente público, na escolha da pena e de sua quantificação, no caso concreto, de acordo com os limites legais"¹⁵ (destacamos)

Tendo o Poder Concedente contratualmente cominado a sanção de perda de exclusividade contratual para o inadimplemento da obrigação de realização de investimentos, não lhe é facultada, uma vez verificado o descumprimento, a decisão de aplicá-la ou não.

Ademais disso, sequer há no processo demonstração de que não existiriam outros *players* interessados em participar da nova licitação a ser realizada em decorrência do apenamento da CEG pelo descumprimento das obrigações assumidas ou, ainda, a demonstração da inviabilidade de o serviço ser prestado diretamente pelo Estado nessas áreas.

Eventual inviabilidade de competição que ensejasse a não realização do certame ou de prestação direta deveria estar comprovada nos autos, o que não se verifica *in casu*. Tal comprovação era indispensável inclusive para demonstrar que não houve o comprometimento de interesses ou direitos de terceiros que não tiveram a oportunidade de participar de eventual procedimento licitatório, em detrimento do princípio constitucional da isonomia, finalidade precípua das licitações, nos termos do artigo 3º da Lei n.º 8.666/1993.¹⁶

¹⁴ PALMA, Juliana Bonacorsi de. Sanção e acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 95.

¹⁵ Ibidem, p. 65.

¹⁶ "Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos."

Ressalte-se que não se está defendendo aqui a aplicação de penalidade à Concessionária e a realização de nova concessão ou subconcessão parcial que seja mais onerosa aos consumidores, mas tão somente a observância das regras existentes, com a valoração da segurança jurídica, especialmente porquanto o que se identificou como mais vantajoso é, em verdade, contrário ao interesse público e aos custos arcados pelos consumidores para fruição do serviço.

E nem se diga que, conforme manifestação da Assessoria Jurídica da SEDEIS, a aplicação da sanção poderia ser prescindida, pois não traria *"nenhum benefício para o interesse público"*, podendo conduzir, *"em última análise, à violação do princípio da eficiência da Administração Pública, previsto no caput do art. 37 da Constituição, além de afrontar a própria eficiência da prestação do serviço público aos usuários"* (fls. 74/75 dos autos).

Ora, o princípio da eficiência, informador da atuação da Administração Pública, não pode ser invocado pelo Estado para justificar o não exercício de um dever decorrente da sua competência sancionadora, que se pauta nos princípios constitucionais inerentes ao regime jurídico punitivo, a exemplo dos princípios da legalidade, tipicidade, irretroatividade, vedação ao *bis in idem* e devido processo legal.

Ainda que se admita recorrer a determinados princípios em matéria sancionatória, a referência somente se sustenta diante daqueles destinados à valoração da razoabilidade da aplicação de determinada penalidade à vista da finalidade a ela atribuída e, ainda assim, em situações excepcionais.

No caso em questão, a finalidade da sanção cominada no Contrato de Concessão era a de reprimir o não cumprimento, pela Concessionária, de metas de expansão dos serviços de gás canalizado a um número crescente de municípios do Estado do Rio de Janeiro.

Evidentemente, não há circunstâncias particulares ao caso concreto que indiquem que não seria razoável a aplicação da penalidade de perda da exclusividade contratual, tendo em vista que a necessidade de atendimento daqueles municípios persistia à época da celebração do 3º Termo Aditivo. Tanto assim que, repete-se, as obrigações em questão foram substituídas, pretendendo-se o atingimento da mesma finalidade. Em outras palavras, se o atendimento dos municípios previstos nos 1º e 2º Termos Aditivos pudesse de alguma forma ser preterido, não haveria justificativa para a celebração do 3º Termo Aditivo.

Vale registrar que não se está diante de mecanismo semelhante àquele adotado em Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TACs), por exemplo, cada vez mais comum em setores regulados, em que penalidades pecuniárias impostas no âmbito de processos administrativos sancionatórios são substituídas por obrigações e ações necessárias para corrigir e evitar infrações de igual natureza, bem como para a reparação dos usuários atingidos. Bem ao contrário, no presente caso, além de a "outorga compensatória" possuir valor pecuniário, ela beneficiou o Estado e não os usuários do serviço, que sofreram os prejuízos decorrentes da não realização dos investimentos inicialmente pactuados, bem como do atraso na ampliação das redes de distribuição de gás canalizado.

Nula é, portanto, a celebração do 3º Termo Aditivo, eis que o Estado não poderia ter deixado de aplicar *in casu* a sanção de perda da exclusividade contratual, decidindo pela celebração do 3º Termo Aditivo sem antes ter aberto procedimento licitatório para verificar a existência de interessados na prestação dos serviços locais de gás canalizados nas localidades objeto do aditivo em questão.

b. Os 3ºs Termos Aditivos são nulos porquanto sua celebração não atende ao interesse público

O interesse público, como se sabe, é o núcleo da atividade administrativa estatal, sendo ele que determina os fins e os fundamentos legítimos da atuação do Estado. Sintetizando o entendimento da boa doutrina, Maria Helena Diniz, em seu Dicionário Jurídico, assim expressa a noção de interesse público:

*"1. Aquele que se impõe por uma necessidade coletiva, devendo ser perseguido pelo Estado, em benefício dos administrados. 2. Relativo a toda a sociedade personificada no Estado. É o interesse geral da sociedade, ou seja, do Estado enquanto comunidade política e juridicamente organizada (Milton Sanseverino). 3. Finalidade da administração pública. 4. Interesse coletivo colocado pelo Estado entre seus próprios interesses, ao assumi-lo sob regime jurídico de direito público (José Cretella Jr.)."*¹⁷

E o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, com propriedade, conceitua:

*"(...) o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem."*¹⁸
(destacamos)

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico, Vol. 2. Editora Saraiva: São Paulo, 1998. p. 880.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 12ª ed. Malheiros: São Paulo, 1999, p. 59.

Nesse passo, importante ressaltar que não estará caracterizado o interesse público senão quando representativo de uma maioria ou da totalidade de interesses individuais coincidentes. De fato, há muito se despreza a ideia de que o interesse público seja um valor etéreo, mero rótulo, que impossibilite sua associação individual à maioria dos componentes do grupo social. Este, a propósito, é o precioso ensinamento de Augustín Gordillo, que com a máxima pertinência, anota:

"Solo hay interés público cuando de entre una mayoría de individuos, cada uno puede escindir del misto su interés individual: el "interés público" en que cada individuo no pueda encontrar e identificar su porción concreta de interés individual es una falácia."¹⁹

Assim, rapidamente apreendida a noção de interesse público, vejamos como se coloca para a Administração Pública e para os administrados este valor cuja supremacia caracteriza o Estado de Direito.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em suas lições sobre o tema da atuação da Administração Pública, identifica o interesse público como norte:

*"(...) a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que **é sempre o interesse público, despersonalizado, que tem que nortear o seu comportamento** (...)."²⁰ (destacamos)*

Não restando dúvida de que a atuação da Administração Pública está adstrita à realização do interesse público, exsurge, correlatamente, o direito da coletividade de obter da Administração a atuação condizente à satisfação do interesse público, repudiando o proceder comissivo ou omissivo que o prejudique ou dessirva. A Administração tem, pois, o poder-dever de agir unicamente para a concretização do interesse da coletividade, como bem ensina Hely Lopes Meirelles:

"O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. Nem se compreenderia que uma autoridade pública – um Governador, p. ex. – abrisse mão de seus poderes administrativos, deixando de praticar atos de seu dever funcional. O poder do administrador público, revestindo ao mesmo tempo o caráter de dever para a comunidade, é insuscetível de renúncia pelo seu titular."²¹

¹⁹ Em *Traatado de Derecho Administrativo*, Parte General - Tomo 2, Ediciones Macchi: Buenos Aires, 1991. Capítulo XIII, p.15.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1998*. 1ª ed., 2ª tiragem. Atlas: São Paulo, 1998. pp. 168/169.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed. Malheiros: São Paulo, 2001. pp. 97/98.

Como se vê, é incontroverso que o interesse público é determinante para a atuação da Administração Pública. Isso não significa dizer, no entanto, que ele pode servir de justificativa para quaisquer decisões da Administração, desacompanhado de motivação, sobretudo a respeito da conotação que assume no caso concreto.

Certamente, como demonstrado, existe um núcleo de significação do interesse público, invariavelmente associado à satisfação dos direitos da coletividade, representada pela totalidade de interesses individuais coincidentes. A partir daí se verificará em particular qual será efetivamente o interesse público em que se pauta determinado caso.

No presente caso, parece claro que o interesse público está na expansão do atendimento de municípios do Estado do Rio de Janeiro com serviços locais de gás canalizado e, diante do atraso de tal expansão e da substituição das obrigações nesse sentido inicialmente pactuadas em decorrência da celebração do 3º Termo Aditivo, o interesse público também está na garantia de que os benefícios auferidos pela CEG sejam compensados aos consumidores.

Como fica bem claro da leitura da Cláusula 2.1 do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG,²² o Estado do Rio de Janeiro cobrou da Concessionária um valor "a título de outorga compensatória" como contrapartida à possibilidade de atendimento de determinados municípios "mediante a implantação de novas redes de distribuição de gás canalizado através de gasodutos virtuais, assim considerada a ligação de dois gasodutos físicos por meio de um sistema de distribuição de gás natural comprimido (GNC) e/ou gás natural liquefeito (GNL) por meio de gasodutos virtuais, sem necessidade de um duto intermediário entre ambos" (cf. Cláusula 1.1 do 3º Termo Aditivo).

Ainda que fosse legítima a alteração promovida pelo aditivo – isto é, ainda que o Estado pudesse ter preterido seu poder sancionador supondo-se que o atendimento das localidades objeto do ajuste fosse de fato mais vantajoso se realizado via gasodutos virtuais, o que não restou devidamente comprovado nos autos do Processo n.º E-012/001.1299/2014²³ –, certo é que o Estado não poderia cobrar da Concessionária nenhum montante "a título de outorga

²² "2.1. Como contraprestação à alteração promovida pela Cláusula Primeira deste Termo Aditivo, assume a Concessionária a obrigação de pagar ao **ESTADO** a quantia de R\$ 152.490.000,00 (cento e cinquenta e dois milhões e quatrocentos e noventa mil reais), a título de outorga compensatória, em 03 (três) parcelas. (...)"

²³ Não se pode perder de vista que a motivação da Administração Pública para sustentar tal vantajosidade se baseou em "diversas referências sobre a matéria na literatura técnica especializada", sendo certo que o dever de a Administração Pública motivar seus atos não pode simplesmente se limitar à mera declaração de concordância com argumentos de terceiros.

compensatória", sobretudo diante da necessidade de compensar os usuários – e somente eles – do serviço público a não realização dos investimentos originalmente pactuados, bem como o atraso na ampliação das redes de distribuição de gás canalizado.

Primeiramente, cabe esclarecer que não existe na doutrina qualquer definição do que seja uma "outorga compensatória" e tampouco há no processo administrativo maiores esclarecimentos quanto a esta cobrança – que, aliás, repita-se, foi tratada como matéria abrangida no campo de discricionariedade da Administração Pública.

De fato, existe a possibilidade de pagamento ao Poder Concedente pela outorga de uma concessão, conforme previsto no artigo 15 da Lei n.º 8.987/1995 e no artigo 18 da Lei n.º 2.831/1997 (Lei de Concessões do Estado do Rio de Janeiro), que elencam os critérios admitidos para o julgamento de licitações que devem preceder a concessão de serviços públicos. Dentre tais critérios, está a maior oferta, nos casos de pagamento pela outorga, a respeito do qual ensina Marçal Justen Filho:

"Na licitação de maior oferta, o poder público pretende arrecadar recursos, produzindo-se uma espécie de alienação onerosa do poder-dever de exploração do serviço. O Estado não apenas transfere aos particulares o serviço como também obtém um enriquecimento por meio desse processo.

(...)

O edital poderá estabelecer pagamento em parcela única ou fracionada no tempo. Como já observado, a única liberdade dos licitantes envolverá o montante numérico das prestações. Será vencedor quem ofertar o maior valor econômico."²⁴

Com efeito, o maior valor de outorga é um critério para eleição de proposta mais vantajosa para a outorga de concessão de serviço público, inaplicável no caso presente, eis que não se está diante de procedimento licitatório para a outorga de concessão. Caso se pudesse supor ser esta a natureza da "outorga compensatória" cobrada pelo Estado do Rio de Janeiro, fato é que ela seria ilegítima.

A propósito, interessante notar que, quanto ao valor cobrado a título de "outorga compensatória", nos termos do Despacho Conjunto CAENE CAPET de 21 de julho de 2014, a AGENERSA consignou que os investimentos aprovados pelo Poder Concedente para o atendimento dos municípios objeto dos 1º e 2º Termos Aditivos celebrados pela CEG foram de R\$ 130,84 milhões.

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 2003. p. 252.

Em tabela constante da fl. 229 do Processo n.º E12/001.1299/2014, que não está anexada a nenhum outro documento e conta apenas com carimbo datado de 24 de julho de 2014, tais valores aparecem discriminados e atualizados com o IGP-M de junho de 2014, perfazendo o total de R\$ 152,49 milhões. Este é exatamente o valor de contraprestação previsto na Cláusula Segunda do respectivo 3º Termo Aditivo, que deveria ser paga pela Concessionária ao Estado a título de "outorga compensatória".

Dai que talvez pudesse se imaginar que o valor em questão visa a "compensar" o Estado pelos investimentos que deveriam ter sido realizados e não foram. Esta linha de justificativa, no entanto, encerra duas ordens de problemas.

A primeira, no sentido de que se assim fosse, o pagamento realizado pela CEG teria natureza punitiva, equiparando-se a uma sanção pecuniária. Porém, como já abordado anteriormente, a sanção prevista no Contrato de Concessão pela não realização de investimentos não é a pena de multa, mas de perda da exclusividade contratual – e, inclusive, ao que tudo indica e que também foi ressaltado pela CEG em sua petição, a Concessionária já teria pago uma multa em substituição à perda da exclusividade contratual.

A segunda, no sentido de que os investimentos previstos no 1º e 2º Termos Aditivos e não realizados deveriam ter sido integralmente considerados no cálculo de revisão tarifária e não revertidos para o Estado.

E, para agravar, conforme destacado anteriormente, conferiu-se ao valor pago a título de "outorga compensatória" a característica de ativo intangível regulatório, para que tal valor pudesse ser considerado na base de cálculo da remuneração dos ativos das Concessionárias para efeitos de fixação e revisão das tarifas, em mais um prejuízo aos consumidores.

Isto porque, quando se admite tal tratamento, os custos da outorga são transferidos para os consumidores que, ressalte-se, já foram privados da prestação do serviço e, ainda, estão pagando pelos benefícios concedidos à Concessionária em virtude da substituição de suas obrigações, eis que não estão fazendo jus a tarifas menores ou, quando menos, à menor tarifa possível, eis que eventual reajuste a menor por ocasião da 3ª Revisão Quinquenal certamente não considerou a totalidade dos referidos benefícios.

Assim, em sendo o caso de compensação, tal compensação deveria se operar em favor dos consumidores e não do Poder Concedente. Nada obstante, o destinatário do montante pago pelas Concessionárias a título de "outorga compensatória" foi o Estado do Rio de Janeiro.

Ressalte-se, mais uma vez, que tudo isso se verifica na contramão das recomendações propostas pela Assessoria Jurídica da SEDEIS, que demonstrou, reiteradamente, uma preocupação de que fossem adotadas determinadas cautelas "necessárias a assegurar que o benefício econômico decorrente da substituição do investimento já integrante do passivo das concessionárias efetivamente reverta em benefício da população do Estado do Rio de Janeiro", dentre as quais constou expressamente a apuração dos montantes devidos a título de restituição ou compensação por meio de novo reajuste tarifário a menor, caso fosse efetivamente verificado que as obrigações decorrentes da celebração dos termos aditivos de 2004 e 2005 geraram reajuste tarifário a maior, por força dos investimentos que deveriam ter sido realizados.

De fato, a determinação do pagamento de "outorga compensatória" ao Estado reveste o 3º Termo Aditivo celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e a CEG de flagrante vício de legalidade, na medida em que foram criados direitos e obrigações por meio diverso de lei.

Como se sabe, "toda a organização estatal, a atividade administrativa em sua integralidade, a instituição de funções administrativas são produzidas pelo direito. Logo, a ausência de disciplina jurídica tem de ser interpretada como ausência de liberação para o exercício de algum poder jurídico. Daí afirmar que, nas relações de direito público, tudo o que, em virtude de lei, não for autorizado será reputado como proibido".²⁵

Ausente uma disciplina jurídica legitimadora da determinação de pagamento de "outorga compensatória" ao Estado, pode-se inclusive cogitar de que "o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem"²⁶ constitui enriquecimento sem causa, que, como princípio geral do direito, "evidentemente também se aplica ao direito administrativo".²⁷

Veja-se, *in casu*, que os recursos relativos à contraprestação pela substituição da forma de cumprimento das obrigações assumidas pela Concessionária em 2004 e 2005 foram injustamente adquiridos pelo Estado, já que auferidos em prejuízo dos próprios usuários,

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2009. 4ª ed. p. 130.

²⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O Princípio do Enriquecimento sem Causa em Direito Administrativo. In: Revista de Direito Administrativo. n.º 210. p. 28.

²⁷ Idem.

que foram privados do serviço e de algum modo vem pagando os investimentos necessários à implantação das novas redes de distribuição de gás canalizado.

E, nesse contexto, é absolutamente descabida a alegação de que a opção pela determinação de pagamento da "outorga compensatória" refletiria "uma decisão essencialmente discricionária do administrador público (...), devendo ser valorada em sua conveniência e oportunidade", conforme já destacado nessa oportunidade.

Ora, a discricionariedade da Administração Pública reside no fato de que, no exercício de suas funções, pode o administrador dispor de certa margem de liberdade na prática dos atos administrativos, com base em juízo de conveniência e oportunidade que visa a garantir a prevalência do interesse público nos momentos julgados adequados para tanto, dentro dos contornos previstos em lei.

Destarte, o poder discricionário do Estado jamais se confunde com a liberalidade de tomar decisões *contra legem*. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles esclarece que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário, escrevendo com propriedade:

*"Discricionariedade e arbitrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbitrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido."*²⁸

Aliás, justamente porque a Administração Pública deve se pautar pelo princípio da legalidade, o poder discricionário a ela outorgado também encontra limites na própria lei, considerando que o que dela não decorre, sabidamente, é proibido,²⁹ como é o caso da determinação de pagamento de "outorga compensatória" constante do 3º Termo Aditivo.

Quando o Poder Concedente recebe, a título de "compensação", valores que não deveriam ser recebidos, haja vista a inadequação da medida adotada, ou que, se fosse o caso de pagamento, este deveria se dar frente aos consumidores, ele certamente acaba por violar também o interesse público.

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013. 40ª ed. pp. 133/134.

²⁹ Nesse diapasão, consignou a importante doutrinadora Odete Medauar: "Se a Administração tem suas atividades informadas pelo princípio da legalidade, o poder discricionário não há de ser equivalente ao poder arbitrário ou abusivo" (*Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 19ª ed. p. 135).

Ocorre que, ao invés de se privilegiar o interesse da coletividade – primeiro consistente na observância do ordenamento jurídico e, depois, na forma de reajuste tarifário a menor – privilegiou-se o interesse público secundário, consistente na obtenção de receita ao erário.

De fato, tratando-se de interesse público, este é indisponível, não podendo nem mesmo o próprio órgão administrativo que o representa dispor sobre ele, incumbindo-lhe apenas o dever de curá-lo.³⁰

Na hipótese presente, a partir da cobrança em questão, percebe-se que o Estado está ilegitimamente perseguindo interesse público secundário não coincidente com o interesse público primário, uma vez que não se pode admitir que, apenas com a finalidade de permitir que o Poder Público receba valores a título de outorga, se faça *tabula rasa* das regras previstas no Contrato de Concessão.

Portanto, no caso em tela, ainda que se argumente que a finalidade da concessão tenha sido mantida, é evidente que a previsão do pagamento de "outorga compensatória" ao Estado (e não aos usuários) e a inclusão dos custos decorrentes do atendimento dos municípios por meio de GNC e/ou GNL na próxima revisão tarifária frustram os objetivos da concessão, em que está compreendida, obrigatoriamente, a modicidade tarifária³¹.

E, assim, também por esse ângulo, resta clara a nulidade do 3º Termo Aditivo celebrado com a CEG em 2014.

III. A declaração da nulidade do 3º Termo Aditivo para a realização do interesse público, em verdade, é a medida mais aderente ao princípio da segurança jurídica

Nesse contexto, em que resta demonstrada a nulidade do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG e, portanto, legitimada a opção da UFF de considerar em seu Relatório Final de suporte à 4ª Revisão Quinquenal cenário que desconsidera a validade do referido aditivo, certamente não há que se falar em qualquer ameaça à segurança jurídica, que,

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 33.

³¹ Nesse sentido, dispõe o artigo 6º, §1º, da Lei Federal de Concessões:

"Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas." (destacamos).

aliás, é alegada pela Concessionária como uma clara tentativa de salvaguardar mais um benefício próprio decorrente de ato flagrantemente ilegal.

Como se sabe, deve a Administração Pública anular seus próprios atos quando eivados de vício de legalidade, o que, a princípio, decai no prazo de 5 (cinco) anos. Nesse sentido, veja-se o disposto no artigo 54 da Lei n.º 9.784/1999:

"Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé."

Ora, ainda que do 3º Termo Aditivo possam decorrer efeitos favoráveis para a Concessionária – sendo certo que o cenário em que se leva em conta a ilegalidade do aditivo, como é de rigor, gera uma redução significativa da base tarifária –, fato é que a anulação do instrumento pela Administração Pública é medida que se impõe.

E nem se diga que tal anulação não é possível diante do tempo decorrido ou de eventuais expectativas de direitos por parte da Concessionária.

A uma, porque ao contrário do que afirma a Concessionária – que, aliás, possivelmente ciente do disposto no mencionado artigo 54, afirmou que já teriam se passado 5 (cinco) anos da assinatura do instrumento, buscando afastar o dever da Administração de anular seus próprios atos –, o 3º Termo Aditivo foi assinado em 1º de dezembro de 2014 e, desse modo, o prazo de 5 (cinco) anos previsto no artigo 54 acima transcrito ainda não se esgotou.

A duas, porque, como determina a Súmula do Supremo Tribunal Federal (STF) n.º 473, dos atos nulos "não se originam direitos", não havendo que se falar em qualquer expectativa por parte da CEG que deva ser preservada à vista da ilegalidade ora demonstrada, já que a expectativa da Concessionária em ver o valor pago ao Estado a título de "outorga compensatória" amortizado por meio do incremento de tarifas resultou de ato essencialmente contrário ao interesse público, conforme amplamente demonstrado na presente oportunidade, não podendo se sobrepor aos direitos dos consumidores.

Por certo, não se está diante de hipótese de discricionariedade, eis que, nas palavras de Weida Zancaner, *"inexiste norma jurídica que confira à Administração Pública genérica liberdade para decidir se pretende invalidar ou não, ou convalidar ou não, seus atos*

maculados com vícios".³² E prossegue a ilustre autora, invocando o interesse público, certamente determinante no presente caso:

"Se isso não bastasse, à Administração Pública cabe curar o interesse público, e não nos parece que este possa ser obtido em razão do critério subjetivo do administrador de valorar, caso a caso, se é melhor obtê-lo por meio da manutenção dos atos e relações nascidas sob o signo da ilegalidade, ou se a obtenção do interesse público aconselha invalidar atos e relações maculados de vício."³³ (destacamos)

Com efeito, não cabe invocar o princípio da segurança jurídica quando a ilegalidade do ato em questão está justamente na inobservância do interesse público e, ainda, quando ainda dentro do mencionado prazo de 5 (cinco) anos. Veja-se, nesse sentido, que o princípio da segurança jurídica ou da confiança encontra limites no próprio interesse público e jamais pode ser invocado para legitimar situações que o afastem:

"Confiança, enfim, em que, no procedimento para ditar o ato que dará lugar às relações entre Administração e administrados, não se vai adotar uma conduta confusa e equivocada que mais tarde permita elidir ou tergiversar suas obrigações. E que os atos vão ser respeitados enquanto não demandarem sua anulação os interesses públicos."³⁴ (destacamos)

Não há dúvidas de que, no presente caso, a única conduta "confusa e equivocada" que tem o condão de elidir obrigações é o pagamento de "outorga compensatória" ao Estado sem que se tenha compensado os usuários pelas obrigações originalmente pactuadas e não cumpridas. Assim, deve-se privilegiar o direito dos consumidores de verem os benefícios concedidos à Concessionária e, paralelamente, os prejuízos por eles sofridos em decorrência do atraso no cumprimento das obrigações assumidas, revertidos na forma de tarifas reajustadas a menor.

Bem, nessa linha, aliás, a recente Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, ao alterar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, incluiu disposição no sentido de que, ao indicar as consequências jurídicas e administrativas decorrentes da decretação de invalidade de ato ou contrato, a Administração Pública deverá garantir, em última instância, que não haja prejuízo aos interesses gerais. Vejamos:

³² ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 64.

³³ Idem.

³⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 266.

"Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos." (destacamos)

Evidentemente, qualquer reajuste tarifário, na presente oportunidade, que não seja "a menor", compensando-se os consumidores pelos não investimentos e atrasos que o privaram da adequada fruição dos serviços, será altamente prejudicial aos interesses gerais e, por isso, não pode ser admitida.

E nem se diga que seria possível a convalidação do 3º Termo Aditivo, eis que *"não podem ser convalidados os atos que acarretarem lesão grave ao interesse público, porque estes caracterizam atos de nulidade absoluta em nosso sistema"*.³⁵

Não bastasse essa impossibilidade teórica, o próprio fato de o ato ter sido impugnado pelas associações de consumidores do serviço público de distribuição de gás canalizado, legítimas interessadas na 4ª Revisão Quinquenal das tarifas, conforme premissa da UFF para o estudo dos dois cenários apresentados no Relatório Final, impossibilita a convalidação de atos pela Administração Pública, em linha, mais uma vez, com os ensinamentos de Weida Zancaner:

"Se fosse possível à Administração Pública convalidar um ato viciado após impugnação do interessado, que por via administrativa, quer por via judicial 'seria inútil a arguição do vício, pois a extinção dos defeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração, e não do dever de obediência à ordem jurídica'. Por esta razão, a impugnação do interessado, e só do interessado, constitui barreira ao dever de convalidar".³⁶

Diante disso, fato é que o segundo cenário estudado pela UFF para a 4ª Revisão Quinquenal não só é legítimo, como é o único possível para guiar o reajuste tarifário em questão, inexistindo qualquer violação à segurança jurídica, eis que a declaração da nulidade do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão é medida imperativa, única a preservar o interesse público revestido na concessão.

³⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Coord.). *As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99, Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 103.

³⁶ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 72.

IV. Conclusão

Ante o exposto, a ABRACE requer seja declarada a nulidade do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e a CEG, procedendo-se à 4ª Revisão Quinquenal das tarifas do serviço público de distribuição de gás sem a consideração da "outorga compensatória" no cálculo da contrapartida tarifária para o quinquênio de 2018-2022, em consonância com o segundo cenário apresentado pela UFF no Relatório Final de 20 de agosto de 2018 e em respeito aos interesses gerais dos usuários.

Finalmente, em razão da urgência, protesta-se pela juntada posterior do instrumento de mandato, na forma do § 1º do artigo 5º da Lei n.º 8.906, de 04 de julho de 1994.

Termos em que,
pede deferimento.

Rio de Janeiro, 15 de outubro de 2018.


Thiago da Silveira Rabelo

OAB/RJ n.º 129.453