

ILUSTRÍSSIMOS SENHORES CONSELHEIROS DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA

USINA TERMELÉTRICA NORTE FLUMINENSE S.A (“UTE Norte Fluminense” ou “Recorrente”), sociedade empresária com sede na Av. República do Chile, n.º 330, 6º andar, Torre Oeste, Centro, Rio de Janeiro, RJ, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas sob o n.º 03.258.983/0001-59, vem, respeitosamente, perante V.Sª, interpor o presente RECURSO ADMINISTRATIVO em face da decisão proferida em sede de embargos declaratórios na Sessão Extraordinária da AGENERSA do dia 08.04.2022, o que faz mediante os elementos fáticos e as razões jurídicas a seguir aduzidas.

AGENERSA Protocolo	
ID	0041
Data	25/04/2022
Horário	16:25
Rubrica	Patricia Carvalho de Castro Assistente

ID 4441820 AGENERSA

RECEBIDO	
PROTOCOLO	
EM	25/04/2022
HORA	16 h 25
Patricia Carvalho de Castro Assistente	

ID 4441820 AGENERSA

TEMPESTIVIDADE

1. Tendo em vista que a Recorrente tomou ciência da decisão recorrida com a sua publicação no DOE-RJ no dia 12.04.2022 (terça-feira)¹, o prazo de 10 (dez) dias para interposição deste Recurso Administrativo², iniciado em 13.04.2022 (quarta-feira), vencerá em 25.04.2022 (segunda-feira), considerando a declaração de ponto facultativo para o dia 22.04.2022 (sexta-feira), consoante o disposto no art. 1º do Decreto Estadual n.º 48.020/2022³. É manifesta, portanto, a sua tempestividade.

FORNECIMENTO DE GÁS À UTE NORTE FLUMINENSE

2. A UTE Norte Fluminense, localizada no município de Macaé/RJ, é pessoa jurídica que exerce a atividade de geração de energia desde 2004, com capacidade instalada de 827 MW, garantindo o abastecimento de 25% da energia consumida na região metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, o equivale a aproximadamente 2,5 milhões de consumidores atendidos.

3. A operação da referida usina termelétrica é consubstanciada na utilização do gás natural produzido na Bacia de Campos como combustível e na operação com 3 (três) turbinas a gás e 1 (uma) a vapor, **sendo o fornecimento realizado através de um**

¹ Deliberação AGENERSA n.º 4408/2022, publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro no dia 12 de abril de 2022.

² Regimento Interno da AGENERSA:

"Art. 79 - Independentemente do disposto no artigo 78 deste Regimento, caberá uma única vez, no prazo de 10 (dez) dias, recurso da parte interessada inconformada ao próprio Conselho Diretor."

"Art. 85 - Na contagem dos prazos estabelecidos neste Regimento Interno para a prática de atos dos interessados, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos. I - Só se iniciam e terminam os prazos referidos neste Regimento Interno em dia de expediente na AGENERSA."

³ Decreto Estadual n.º 48.020/2022:

" Art. 1º - O ponto será facultativo nas repartições públicas estaduais nos dias 14, 20 e 22 de abril de 2022, excluídos desta previsão os expedientes nos órgãos cujos serviços não admitam paralisação".

gasoduto conectado diretamente com o duto de transporte para seu fornecimento exclusivo ("Gasoduto Dedicado").

4. Vale registrar que, por meio da Resolução CGCEE n.º 23/2001, foi especificamente conferida à UTE Norte Fluminense a prerrogativa de garantia de suprimento de gás natural pelo prazo de 20 anos, decorrente do Programa Prioritário de Termelétrica ("PPT") do Ministério de Minas e Energia ("MME"), estabelecido por meio do Decreto n.º 3.371/2000⁴.

5. Como um Produtor Independente de Energia Elétrica ("PIEE"), a UTE Norte Fluminense assumiu, **em 2004**, a condição de Compradora e de Interveniente Anuente no âmbito dos contratos firmes de fornecimento de gás natural aos consumidores termoelétricos do estado do Rio de Janeiro com condições diferenciadas da molécula fornecida pela distribuidora, com a obrigação de pagamento da margem do mercado cativo, aos quais foram firmados em um momento que não se reconhecia o Consumidor Livre no estado, tendo em vista que nos primeiros 10 anos da concessão do serviço público de gás canalizado, o exercício da condição de consumidor livre dependia de prévia e expressa anuência da CEG RIO, conforme parágrafo 18 da cláusula sétima do Contrato de Concessão.

6. Nesse cenário, destaque-se que a UTE Norte Fluminense encontra-se vinculada a Contratos de Compra e Venda de Gás Natural ("GSAs"), celebrados com a Concessionária CEG-RIO, **os quais possuem prazo de vigência com vencimento no ano de 2024.**

CONTRATO DE CONCESSÃO ENTRE CEG-RIO E ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INADIMPLEMENTO DA CONCESSIONÁRIA

⁴ Art. 2º As usinas termelétricas, integrantes do Programa Prioritário de Termelétricidade, farão jus às seguintes prerrogativas:

I - garantia de suprimento de gás natural, pelo prazo de até vinte anos, de acordo com as regras a serem estabelecidas pelo Ministério de Minas e Energia;

7. Pelo Contrato de Concessão celebrado entre a CEG-RIO e o Estado do Rio de Janeiro em 21.07.1997, a Concessionária comprometeu-se com o fornecimento de gás natural em determinadas regiões fluminenses, como aquela em que se situa a UTE Norte Fluminense, pelo prazo de 30 anos – isto é, **com vencimento em 2027.**

8. No intuito de aprimoramento das obrigações contratuais e maximização do acesso, foram assinados o 1º e o 2º Termos Aditivos ao Contrato de Concessão, ao qual a CEG-RIO obrigou-se a implantar novas redes de distribuição de gás canalizado através da construção de Ramais de Distribuição de Alta Pressão (AP) com capacidade para atender plenamente à demanda dos municípios de Quatis, Engenheiro Paulo de Frontin, Teresópolis, Paraíba do Sul, Itatiaia, Três Rios, Cachoeiras de Macacu, Nova Friburgo, Angra dos Reis e Saquarema.

9. Ocorre que, como resultado do monitoramento do cumprimento dos compromissos assumidos no Contrato de Concessão, a AGENERSA, especialmente quando da realização da 3ª Revisão Tarifária Quinquenal, constatou o inadimplemento por parte da CEG-RIO às obrigações contratuais, sendo apurado, portanto, que os investimentos previstos não foram realizados no quinquênio anterior.

10. Assim, a AGERNESA determinou a aplicação de multa à CEG-RIO, bem como a devolução do valor correspondente ao investimento não realizado no sistema de distribuição que gerou o pagamento de uma tarifa superestimada pelos consumidores durante o quinquênio 2013/2017, mediante modicidade tarifária – ou seja, pelo abatimento do valor devido na tarifa paga por todos os usuários, seguindo o raciocínio do princípio da solidariedade da rede.

11. Com a persistente dificuldade da CEG-RIO em honrar com as obrigações contratuais pactuadas de construção dos gasodutos físicos, o Poder Concedente decidiu pela celebração do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, restando a CEG-RIO obrigada a pagar ao Estado do Rio de Janeiro os valores equivalentes aos investimentos

físicos previsto nos 1º e 2º Termos Aditivos, que não seriam mais executados na forma estabelecida nesses instrumentos tendo em vista a substituição dos gasodutos físicos pelos virtuais), chamadas de outorgas compensatórias⁵:

"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\$ 239.610.000,00 (duzentos e trinta e nove milhões e seiscentos e dez mil reais) a título de outorga compensatória em 03 (três) parcelas. O pagamento da primeira parcela será no valor de R\$ 79.870.000,00 (setenta e nove milhões e oitocentos e setenta mil reais), devido 30 (trinta) dias após a data de assinatura desse e as segunda e terceira parcela de R\$ 79.870.000,00 (setenta e nove milhões e oitocentos e setenta mil reais), cada uma aos 12 e 24 (doze e vinte e quatro) meses após a data estabelecida para o pagamento da primeira parcela."

12. Considerando o desequilíbrio provocado pela CEG-RIO, também estabeleceu-se que esse fato não poderia prejudicar os consumidores com a majoração da tarifa para o próximo quinquênio, conforme o 3º Termo Aditivo:

"2.1.4 Na próxima revisão tarifária correspondente aos anos de 2018 a 2022, não haverá reequilíbrio econômico-financeiro a ser realizado em virtude do pagamento da outorga compensatória mencionada na subcláusula 2.1, tendo em vista que os investimentos constantes da subcláusula 1., desse instrumento já foram considerados quando da revisão tarifária referente ao período 2013 a 2017, e que também não serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro."

13. O 3º Termo Aditivo, por fim, determinou que o valor pago a título de outorga compensatória seria considerado como "ativo intangível regulatório" na base de cálculo da remuneração dos ativos da Concessionária, gerando efeitos na fixação e revisão das tarifas.

14. Nesse contexto, a AGENERSA, por meio dos votos que deram ensejo às Deliberações AGENERSA n.ºs 3.139/2017 e 3.166/2017, entendeu que, como os investimentos previstos no 1º e 2º Termo Aditivo integraram os respectivos planos de investimentos da Concessionária, aprovados na 3ª Revisão Quinquenal (2013-2017), mas

⁵ Estabeleceu-se, portanto, uma situação de quitação diante dos pagamentos das outorgas compensatórias, restituindo ao Estado do Rio de Janeiro os valores dos investimentos substituídos em função da celebração dos 3º Termo Aditivo.

que também não foram executados, seria devida a devolução dos valores de tais investimentos, via modicidade tarifária, aos consumidores, já que contemplados nas tarifas praticadas durante o quinquênio.

15. Diante disso, no exercício do monitoramento das obrigações regulatórias, a AGENERSA reconheceu o direito dos usuários quanto à imediata devolução (atualizada) dos valores recebidos a maior na tarifa no quinquênio 2013/2017, considerando a alteração da meta de investimento consolidada no 3º Termo Aditivo. A propósito, a Deliberação AGENERSA n.º 3.166/2017 dispõe:

“Art. 8º - Determinar a devolução pela Concessionária CEG RIO de R\$ 205.59 milhões, atualizados desde dez/2011 pelo IGP-M (Índice Geral de Preços), em favor do consumidor, via modicidade tarifária, influenciando negativamente no cálculo da variação da margem, por ter a CEG RIO recebido na tarifa valores a maior no ciclo de 2013/2017 a título de investimento para a construção de gasodutos físicos de alta pressão nos municípios de Saquarema, Angra dos Reis, Teresópolis, Nova Friburgo e Cachoeiras de Macacu, meta esta posteriormente alterada para menor, pela assinatura do 3º Termo Aditivo do Contrato de Concessão da CEG RIO. [...]”

Art. 11 – Determinar que durante os trabalhos da próxima Revisão Quinquenal o presente voto seja utilizado como parâmetro para cálculo tarifário e ainda abordado pela empresa de consultoria conjuntamente como a interpretação sobre a contabilização dos valores da outorga no intangível.” [Grifo nosso].

16. Como se vê, restou entendido que é direito dos usuários a devolução dos valores cobrados a maior pela Concessionários, através da modicidade tarifária, sob pena de locupletamento indevido, em consonância com a Lei das Concessões e com os precedentes da AGENERSA, sendo determinada a utilização do cerne da Deliberação AGENERSA n.º 3.166/2017 como parâmetro para a 4ª Revisão Quinquenal da CEG-RIO, bem como a consideração pela empresa de consultoria contratada de tais razões decisórias na interpretação acerca da contabilização dos valores da outorga no intangível.

4ª REVISÃO TARIFÁRIA QUINQUENAL DA CEG-RIO

17. Vale notar que a Revisão Tarifária realizada pela AGENERSA, a qual ocorre a cada cinco anos, é o momento de implementação de políticas econômicas pelo Poder Concedente e de busca do reequilíbrio tarifário, não só para as Concessionárias, mas também em prol da modicidade tarifária para os usuários.

18. Em outras palavras, a Revisão Tarifária revela-se como uma oportunidade, coordenada pela Agência Reguladora, para a revisão das tarifas e da margem de distribuição da Concessionária, sendo, portanto, um ambiente voltado para o debate que propicie a adoção de uma solução que confira o equilíbrio necessário entre a Concessionária e seus usuários. No caso da UTE Norte Fluminense, abastecida por meio de um Gasoduto Dedicado, mas ainda obrigada a pagar uma margem de distribuição do mercado cativo, é evidente a necessidade de o fornecimento de gás ocorrer mediante o estabelecimento de um mecanismo tarifário com a cobrança equilibrada do serviço de distribuição, refletindo as características técnicas e os custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários, neste caso o segmento termoeletrico com duto dedicado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 1º da Lei estadual 2752/1997, cabendo ressaltar que ao longo de todos os processos de revisão quinquenal de tarifas, foram realizadas atualizações da Estrutura Tarifária (tabela de tarifas máximas ou limites), com a introdução de novos segmentos de consumo, tais como, cogeração, ceramistas, vidreiro, que não constavam inicialmente do Anexo 1 – Estrutura Tarifária do Contrato de Concessão.

19. Oportuno observar que a regulação da atividade de distribuição de gás natural se dá, entre outras formas, sob a fixação de tarifas, com o fito de equilíbrio econômico-financeiro da concessão, inclusive para que os usuários dos serviços de gás tenham tarifas módicas⁶. Tais princípios, aliás, são pilares no exercício da regulação e encontram-se estabelecidos na legislação que dispõe sobre política tarifária nos regimes de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

⁶ O equilíbrio econômico-financeiro constitui via de mão dupla à medida que preserva direitos da Concessionária e atua em prol dos usuários na questão da modicidade tarifária.

20. O estabelecimento de preços é, então, elemento essencial para evitar a livre definição de tarifas em um monopólio natural. A fixação tarifária deve garantir ao concessionário um lucro que possibilite a ele continuar operando de forma eficiente a prestação dos serviços, mas impedindo-o de utilizar o poder de mercado para a cobrança de tarifas abusivas.

21. Considerando essas premissas tarifárias, no âmbito deste Processo E-12/003.125/2017 (4ª Revisão Quinquenal da Concessionária CEG-RIO), foi apresentado Relatório Técnico pelo Grupo de Trabalho da AGENERSA criado pela Portaria n.º 500/2017 para discussão, entre outros aspectos, das obras não realizadas, do ponto de vista físico e financeiro, e a questão do rearranjo promovido pelo 3º Aditivo ao Contrato de Concessão.

22. Nesse sentido, mais uma vez mostra-se claro o objetivo de assegurar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão por meio da definição de uma base de remuneração de ativos que considere o valor econômico do empreendimento a ser adequadamente remunerado por meio da receita tarifária, nos termos do edital e do contrato da concessão.

23. Diante desse contexto, foi publicada a Deliberação AGENERSA n.º 4199/2021:

Art. 48 - Considerando que a conclusão do presente ciclo revisional se dará em aproximadamente 1 (hum) ano e 10 (dez) meses e que a compensação do valor recebido a maior exclusivamente no presente quinquênio acarretaria um impacto significativo nas receitas da concessionária, **sugiro ao Conselho-Diretor que o montante financeiro recebido a maior seja compensado nos períodos subsequentes até o término do próximo quinquênio, ou seja, nas margens a vigerem no período compreendido entre abril de 2021 a dezembro de 2027.** Essa compensação deverá ser realizada pela aplicação do fator redutor nas margens de distribuição ora aprovadas. [Grifo nosso].

24. Dessa forma, estabeleceu-se que a compensação do valor recebido a maior pela Concessionária seria realizada nas margens vigentes entre abril de 2021 e dezembro de 2027. Cabe destacar, no entanto, que os efeitos da Deliberação AGENERSA n.º

4199/2021, referente a 4ª Revisão Quinquenal da CEG-RIO, mantém-se temporariamente suspensão em razão da última Deliberação AGENERSA n.º 4408/2022⁷ .

25. Considerando a adoção do método do Fluxo de Caixa Descontado (FDC), ao qual permite restabelecer de forma objetiva e transparente a condição de equilíbrio econômico-financeiro da concessão na hipótese de sua alteração pelo descumprimento das metas físicas aprovado na Revisão Tarifária.

26. A partir dessa metodologia, nos 5 (cinco) anos faltantes para o término da concessão, levam-se em consideração os componentes da tarifa (margem de distribuição) e os investimentos realizados com a sua devida depreciação ao longo da concessão, incidindo variáveis na composição da tarifa de cada agente, de modo a exigir cautela do regulador na fixação das bases tarifárias.

27. Nesse sentido, além do reconhecimento da modicidade tarifária como o pilar da prestação do serviço público, também é necessária a observância às particularidades de cada caso (e.g., a contribuição de um grande consumidor com investimentos assumidos e não realizados pela Concessionária, os quais foram arcados mediante o pagamento de tarifa a maior) para garantir o equilíbrio-financeiro por meio de uma compensação efetiva quando houver inadimplemento contratual.

28. Afinal, pergunta-se: o mecanismo de compensação com redutor tarifário deve ser aplicado de forma igual a todos os usuários do sistema, sem considerar a dimensão dos prejuízos sofridos por cada parte?

29. Pois bem, consoante se passa a demonstrar, não se mostra razoável que nesta 4ª Revisão Tarifária seja aplicado o chamado princípio da solidariedade de rede a

⁷ Art. 1º - Receber os Embargos de Declaração opostos, eis que tempestivos, mas, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo a Deliberação AGENERSA n.º 4.199/2021.

Art. 2º - Manter a suspensão dos efeitos da deliberação supracitada, com vistas a evitar que decisão eventualmente equivocada ou com algum erro material venha a impactar negativamente.

todos os usuários do serviço quando da realização da compensação em razão do inadimplemento da Concessionária, muito embora seja esse o entendimento exarado na 3ª Revisão Tarifária (Deliberação n.º 3.166/2017) e defendido pela Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro.

ESPECIFICIDADES DE CADA USUÁRIO
AFASTAMENTO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE DE REDE

30. Vale destacar que cada usuário do serviço de distribuição de gás canalizado possui características próprias, o que exige um tratamento, caso a caso, acerca das condições de prestação do serviço e respectiva remuneração paga por esse usuário⁸.

31. Exemplificam-se variáveis como volume consumido, segmento do usuário, infraestrutura utilizada, etc. Nesse sentido, surge a regulação como mecanismo para garantir aos agentes econômicos condições de igualdade, inclusive quando da fruição do serviço público. Afinal, é inquestionável que o mercado deva ser protegido considerando as particularidades de cada caso.

32. A cobrança de tarifa como contrapartida pela utilização do serviço realiza o princípio da isonomia, já que exige de quem utiliza certo serviço que remunere seu prestador, em bases razoáveis, considerando a distribuição equitativa dos ônus derivados da prestação dos serviços. Por outro lado, o mesmo princípio também é aplicável no plano da vedação de cobrança arbitrária e incompatível com o serviço prestado⁹.

33. No caso da UTE Norte Fluminense, cabe destacar que a respectiva termelétrica é a maior usuária dos serviços de distribuição, apesar de não estar

⁸ Lei n.º 8.987/1995 (Lei das Concessões). Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

⁹ Nesse sentido: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, no ano 19, n. 15, out/dez. 2006.

compreendida na rede capilarizada de distribuição, mas por infraestrutura de abastecimento dedicado, ainda paga uma margem do serviço de distribuição baseada no preço do mercado cativo de distribuição para a CEG-Rio, tendo sido diretamente afetada pelo não investimento sendo o custo individualizado e as tarifas diferenciadas.

34. Nesse sentido, considerando a significativa participação da UTE Norte Fluminense na remuneração tarifária da Concessionária, sobretudo diante do volume de gás consumido, resta evidente a percepção de maiores prejuízos por essa Recorrente.

35. Com isso, a compensação deve guardar proporção com a lesão efetivamente sofrida, sob pena de não reparar integralmente aquele que incorreu em grandes prejuízos e de possibilitar o enriquecimento sem causa daqueles que sofreram um dano inferior à compensação.

36. Em outros termos, a eventual aplicação do princípio da solidariedade de rede ensejaria a obtenção de benefício indevido por aqueles usuários que sequer estavam no sistema de distribuição durante os respectivos quinquênios, em detrimento daqueles agentes que efetivamente pagaram, durante anos, tarifa a maior que o devido.

37. O princípio da solidariedade de rede pressupõe que não há diferencial significativo no custo de atendimento (e, assim, no ressarcimento) de clientes conectados na rede compartilhada de distribuição. A partir disso, a solidariedade no rateio (e na compensação) seria uma prática que, em teoria, não implicaria em perdas ou ganhos relevantes para os clientes. Entretanto, como já demonstrado, essa lógica não se aplica à UTE Norte Fluminense, que teria um dano significativo não reparado, principalmente considerando que seu contrato termina em 2024 e a modicidade tarifária que ainda não foi implementada terminará em 2027 ao fim do contrato de concessão da CEG-Rio.

38. Diante de seu volume de consumo e dos significativos prejuízos sofridos, a aplicação dos princípios da solidariedade da rede e da modicidade tarifária para compensação dos danos até 2027, estaria em desconformidade com o que preconiza tanto

o Código do Consumidor - CDC, Lei nº 8.078/90¹⁰, quanto a Lei das Concessões, Lei nº 8.987/95, tendo em vista que não haveria devida reparação do dano à UTE Norte Fluminense.

39. O Código do Consumidor deixa claro que o descumprimento total ou parcial das obrigações do prestador gera o direito à efetiva reparação dos danos causados (art. 6º, VI c/c art. 22, parágrafo único c/c 42, primeira parte do parágrafo único, todos do CDC¹¹). Da mesma forma, o art. 25 da Lei das Concessões¹² dispõe que incumbe à Concessionária, no caso à CEG-RIO, a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados aos usuários.

40. Tendo isso em vista, não se pode considerar cabível a aplicação da solidariedade de rede à UTE Norte Fluminense, na qualidade de consumidora prejudicada, quando da devolução do valor correspondente ao investimento não realizado pela Concessionária, devendo o ressarcimento ser realizado de modo individual, conforme o dano sofrido por cada parte, tendo a modicidade tarifária apenas efeitos prospectivos.

¹⁰ Sobre a aplicação do Código do Consumidor ao caso, Cesar A. Guimarães Pereira: "Tome-se como exemplo o serviço de distribuição de gás canalizado (art.25, §2º, da Constituição). Trata-se de atividade econômica em sentido estrito, não de serviço público. Portanto, é atividade submetida plenamente ao direito do consumidor – sempre respeitada a regulação pública sobre o tema, segundo o princípio traduzido no art. 41 do CDC. Como a competência legislativa para regular esta atividade (observadas as normas federais vinculadas ao art. 177 da Constituição) é estadual, também a competência administrativa para a apuração e punição de infrações ao direito do consumidor será precipuamente estadual." (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Administração pública e Direito do Consumidor. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

¹¹ Lei nº 8.078/90 (CDC). Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código; Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

¹² Lei n.º 8.987/1995 (Lei das Concessões). Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

41. Cabe esclarecer que não se nega a importância da modicidade tarifária, tanto é que a Lei das Concessões relaciona o referido princípio com o conceito de serviço adequado (art. 6º, § 1º da Lei das Concessões¹³). No entanto, embora a Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro afirme que "*no esteio da Lei de Concessões, é direito dos usuários a devolução dos valores cobrados a maior, através da modicidade tarifária*", na verdade, a Lei das Concessões, não impõe que a devolução/reparação do dano deva se dar por meio da modicidade tarifária.

42. Neste ponto, relevante apontar que a manutenção da decisão da AGENERSA de determinar que a compensação do valor recebido a maior pela CEG RIO seja realizada nas margens vigentes entre abril de 2021 e dezembro de 2027, configuraria, ademais, uma afronta ao art. 20 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – LINDB.

43. O caput do referido artigo prevê que "[n]as esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão". É assim que eventual decisão final, sob o fundamento dos princípios da solidariedade da rede e da modicidade tarifária (abstratos), que não leve em consideração os impactos desproporcionais causados à UTE Norte Fluminense e pondere sobre outras alternativas menos danosas aos interesses dos consumidores, feriria o artigo 20 da LINDB.

44. Sobre o artigo, Marçal Justen Filho leciona:

"As inovações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 destinam-se preponderantemente a reduzir certas práticas que resultam em insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal. O art. 20 relaciona-se a um dos aspectos do problema, versando especificamente sobre as decisões proferidas pelos agentes estatais e fundadas em princípios e valores de dimensão abstrata. A finalidade buscada é reduzir o subjetivismo e a superficialidade de decisões, **impondo a obrigatoriedade do efetivo exame das circunstâncias do caso concreto, tal**

¹³ Lei n.º 8.987/1995 (Lei das Concessões). Art. 6º, § 1º: 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.

como a avaliação das diversas alternativas sob um prisma da proporcionalidade.¹⁴

45. Diante disso, impõe-se à AGENERSA o exame das consequências de suas decisões e a avaliação das diversas alternativas. Duas são as alternativas menos danosas e que configurariam o atendimento ao art. 20 da LINDB¹⁵ e proporcionariam o ressarcimento do dano: (i) o pagamento do dano individualizado sem que se corra o risco de determinados consumidores deixarem de ser ressarcidos, com aplicação da modicidade para frente; e, em atenção à eventualidade, (ii) a compensação via modicidade tarifária à UTE Norte Fluminense até 2024, como será abordado a seguir.

46. Por fim, é preciso pontuar que não se pode justificar a aplicação do princípio da solidariedade de rede a esses casos particulares a pretexto da garantia de universalização do serviço. Ora, o acesso ao serviço não pode ser desproporcionalmente custeado por agentes específicos da sociedade, mas arcado pela sociedade como um todo, sob risco de violação aos direitos à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica da UTE Norte Fluminense (art. 170, caput e parágrafo único da Constituição Federal).

47. A UTE Norte Fluminense não pode ser prejudicada por pagar devidamente as tarifas cobradas e cumprir os prazos determinados por seus contratos no exercício de suas atividades econômicas, devendo ser devidamente ressarcida na medida de seu dano sofrido.

48. Isso porque, a AGENERSA excluiu o valor dos ativos não investidos na rede de distribuição e lançou como crédito no quinquênio 2022-2026 sem calcular, portanto, o

¹⁴ JUSTEN FILHO, M. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Revista de Direito Administrativo, p. 13-41, 2018.

¹⁵ Os Tribunais e órgãos públicos têm ponderado as consequências de suas decisões, em atendimento ao art. 20 da LINDB. São exemplos os seguintes Acórdãos do Tribunal de Contas da União: 2.877/2019 – Plenário; 2.142/2018 – Plenário, 2.702/2018 – Plenário, 9.793/2018 – 2ª Câmara, 1.085/2019 – Plenário, 2.447/2019 – Plenário, 2.877/2019 – Plenário, 2.927/2019 – Plenário, 2.480/2019 – 1ª Câmara, 14.539/2019 – 1ª Câmara, 62/2020 – Plenário, 677/2020 – Plenário, 1.005/2020 – Plenário, 1.045/2020 – Plenário, 1.336/2020 – Plenário, 1.352/2020 – Plenário e 3.062/2019 – Plenário.

impacto específico do dano causado no quinquênio 2017-2021 e o efeito dessa exclusão do investimento no quinquênio 2022-2026.

ANTECIPAÇÃO DA DEVOLUÇÃO VIA MODICIDADE TARIFÁRIA

49. Ainda que a AGENERSA não afaste a aplicação do princípio da solidariedade de rede à UTE Norte Fluminense, é necessário que seja considerada antecipação dos valores relativos à compensação em questão via modicidade tarifária que seriam devidos em 2025-2026, para 2022-2024.

50. Isso porque o prazo imposto pelo PPT e os GSAs firmados com a CEG-Rio possui vencimento anterior (em 2024) à redução tarifária pretendida até o término da concessão (em 2027).

51. Diante disso, como não há garantia da permanência da UTE Norte Fluminense no sistema de distribuição da CEG-RIO durante o período previsto para a compensação via modicidade tarifária, a desconsideração de mais essa particularidade ensejaria o locupletamento indevido pela Concessionária, uma vez que esta Recorrente não seria integralmente ressarcida pelos valores pagos a maior mediante as tarifas estabelecidas para o quinquênio 2017-2021.

52. A antecipação dos valores para 2022-2024 é medida que se impõe, diante do princípio da isonomia entre os usuários, já mencionado. Isso se dá, tendo em vista que a UTE Norte Fluminense, pelas características do caso concreto, ainda que tenha pago tarifas majoradas assim como os demais, não teria direito ao completo período de minoração da tarifa por meio da modicidade tarifária até 2026, enquanto os demais usuários que pagaram tarifas majoradas terão seus danos ressarcidos ou diminuídos pela continuidade do uso do serviço de distribuição.

53. Diante desse contexto, vale destacar que a compensação pelo inadimplemento da CEG-RIO, prevista pela Deliberação AGENERSA 4199/2021 para ocorrer

no período de abril de 2021 a dezembro de 2027, correspondia a um desconto de 84% na tarifa. No entanto, como os efeitos do a ainda não foram produzidos e a compensação ainda não foi iniciada (conforme ratificado pela Deliberação AGENERSA 4408/2022), o período para pagamento da compensação vem sendo reduzido, de modo a provocar a necessidade de um maior desconto na tarifa pela Concessionária diante de um menor período de tempo para efetivamente indenizar os usuários, aos quais os prejuízos estão sendo agravados cada vez mais.

NECESSÁRIA REVERSÃO DA SUSPENSÃO DA DELIBERAÇÃO AGENERSA 4199/2021

54. É preciso notar que a manutenção da suspensão dos efeitos da Deliberação AGENERSA n.º 4199/2021, ao contrário de reduzir os impactos negativos no âmbito da prestação do serviço público de distribuição, tem agravado a situação e colaborado para um cenário de insegurança regulatória prejudicial aos agentes participantes do sistema quando do período do pagamento das tarifas a maior, principalmente aqueles com particularidades e significativo volume de consumo, como a UTE Norte Fluminense, que representa quase 20% da potência elétrica total instalada no Estado do Rio de Janeiro.

55. O entendimento de que a manutenção da suspensão agrava o cenário posto é essencial, tendo em vista que este contexto diante do que preconiza a Lei n.º 5.427/2009, que "[e]stabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro", torna evidente a necessidade da reversão da suspensão.

56. A Lei n.º 5.427/2009, em primeiro lugar, no caput do art. 58 dispõe que "[s]alvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo", deixando claro que a suspensão é exceção e não regra. Já no parágrafo único do mesmo artigo, estabelece que "havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, atribuir efeito suspensivo ao recurso."

57. Ora, o que se demonstra aqui é exatamente o contrário: a manutenção da decisão de suspensão é que agrava os prejuízos dos consumidores, que a cada dia que passa se tornam de mais difícil reparação, tendo em vista a proximidade do fim do prazo do Contrato de Concessão da CEG-RIO, além de gerar clara insegurança regulatória¹⁶.

58. Nesse aspecto, a aplicação imediata da Deliberação AGENERSA 4199/2021 reflete não somente a necessidade de tratamento favorável ao consumidor como previsto no art. 47 do CDC¹⁷, mas também a garantia de que o mesmo não seja onerado pela falta de uma restituição dos valores pagos indevidamente, a qual devia ter sido iniciada em abril de 2021.

59. Além disso, não há risco de lesão irreversível à CEG-RIO pois não haverá redução de sua receita. Observa-se, na realidade, que os valores recebidos a maior pela Concessionária são exatamente aqueles a serem deduzidos da tarifa pela não realização dos investimentos no sistema distribuição, bastando que sejam devolvidos aos usuários que contribuíram durante anos com parcelas indevidas da tarifa do serviço.

60. Isso se dá, tendo em vista que a redução imediata da tarifa não constitui punição à CEG-RIO, mas apenas reconhece a impossibilidade de se cobrar do usuário um valor total por serviço prestado a menor (pela ausência de investimentos)¹⁸, de modo que não há espaço para se reconhecer lesão à Concessionária. Quem efetivamente sofre o dano é o usuário.

¹⁶ Lei n.º 5.427/2009 também impõe atenção à segurança jurídica: “Art. 2º O processo administrativo obedecerá, dentre outros, aos princípios da transparência, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, **segurança jurídica**, impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, proteção da confiança legítima e **interesse público**.”

¹⁷ “Os contratos que regulam as relações de consumo recebem interpretação de maneira mais favorável ao consumidor, conforme expressamente determina o art. 47 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/1990. Trata-se de regra de hermenêutica que tem em vista proteger a parte presumidamente mais fraca da relação jurídica.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: volume 3. – 23. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹⁸ “Por conceito, o preço da tarifa pública deve ser consequência direta do serviço prestado ao usuário, de forma que, não havendo a totalidade da prestação, pois, repita-se, obrigações consideradas não essenciais (poda, capina e roçada) não estão sendo entregues ao destinatário final, mostra-se razoável a decisão administrativa de redução tarifária.” (STJ, SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA Nº 3082, Decisão monocrática Ministro HUMBERTO MARTINS, Data da Publicação 28/03/2022).

61. Nesse sentido, destaca-se, que o presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Ministro Humberto Martins, na SLS N° 3082, suspendeu uma decisão judicial que impedia a redução da tarifa de pedágio cobrada por concessionária de trechos de rodovias federais na Bahia que não teria feito os investimentos previstos no programa de concessão. Segundo o Ministro, a suspensão da aplicação do desconto de reequilíbrio na tarifa de pedágio implica impedir a regular execução do contrato de concessão, em prejuízo dos usuários das rodovias¹⁹.

62. O Ministro conclui sua decisão da seguinte forma:

"Na esteira desse raciocínio, a redução da tarifa não está punindo a concessionária por não cumprir obrigação da qual está isenta no momento; a redução está apenas reconhecendo a impossibilidade de se cobrar do usuário um valor total por serviço prestado a menor.

Daí por que, ao se impedir a regular execução do contrato administrativo em análise, com suas bases próprias para formação do preço da tarifa, **a decisão impugnada retira a economicidade dessa relação jurídica e produz verdadeira lesão à ordem e à economia públicas.**"

63. O risco real está relacionado ao ressarcimento integral pela Concessionária, apesar do crédito reconhecido em favor dos usuários, diante da demora para a aplicação dos efeitos da decisão, o que confirma que os usuários do serviço de distribuição são os reais prejudicados na relação jurídica, permanecendo a situação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato inadimplido pela CEG-RIO.

64. Rememore-se que outro fato que remete à necessária revogação da suspensão reside no prazo do Contrato de Concessão celebrado entre a CEG RIO e o Estado do Rio de Janeiro que vence no ano de 2027 e encontra-se em seu último quinquênio. Nesse contexto, o período em que é possível garantir o desconto na tarifa pela CEG-Rio

¹⁹ "No caso em tela, explicita-se que está caracterizada a lesão à ordem e à economia públicas na medida em que a suspensão da execução regular do contrato de concessão, com a utilização do desconto de reequilíbrio, conforme avaliação técnica e autônoma da administração pública indireta, tem efetivo potencial de inviabilizar a continuidade da prestação do serviço público em foco com eficiência, prejudicando, ao final, os usuários do serviço, destinatários finais de toda a atuação pública." (STJ, SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA N° 3082, Decisão monocrática Ministro HUMBERTO MARTINS, Data da Publicação 28/03/2022).

aproxima-se do fim, de modo que os usuários estão tendo que suportar o risco de que os danos sofridos não sejam reparados.

65. Em outras palavras, o cumprimento do prazo estabelecido para a devolução via modicidade tarifária está sendo afetado e os usuários ainda mais prejudicados em decorrência da suspensão dos efeitos da decisão, a qual tem sido utilizada a pretexto da defesa da adequada prestação do serviço público.

66. Neste ponto, cabe novamente trazer à discussão o art. 20 da LINDB, tendo em vista que a decisão de suspensão com base na ideia abstrata de defesa da adequada prestação do serviço público não considera as suas consequências. A consequência clara da suspensão dos efeitos da Deliberação AGENERSA n.º 4199/2021 é a degradação ainda maior dos direitos dos consumidores, prejudicados em razão dos investimentos não realizados pela Concessionária e, ainda assim, cobrados.

67. Vale frisar que, ainda que não se concorde com a metodologia que adota o princípio da solidariedade de rede para o cálculo da indenização relacionada ao saldo de investimentos assumidos e não realizados pela CEG-RIO, é essencial que esta AGENERSA confira a devida atenção ao caso concreto para afastar o efeito suspensivo da ratificado pela Deliberação AGENERSA 4408/2022, aplicando-se desde já o fator redutor na tarifa de distribuição de gás canalizado no Estado do Rio de Janeiro.

68. Afinal, já há uma metodologia consolidada nesta revisão tarifária apta para ser aplicada a fim de efetivar a compensação aos usuários sem que seja colocado em risco à prestação do serviço, o que garante a mitigação dos efeitos negativos sofridos. Ou seja, confere-se aos usuários que pelo menos parcela do valor devido seja desde já devolvida, evitando maiores custos futuros para a própria Concessionária.

CONCLUSÃO E PEDIDO

69. Com estas razões, a UTE Norte Fluminense requer à V.Sª seja:

- (i) afastada a aplicação do princípio da solidariedade de rede à UTE Norte Fluminense, considerando as especificidades de sua operação, bem como a extensão dos prejuízos sofridos em relação aos demais usuários da rede;
- (ii) antecipado o benefício da redução tarifária, via modicidade tarifária, referente ao valor que seria devido em 2025-2027, para o período de 2022-2024, sob pena de locupletamento indevido da Concessionária uma vez que não há garantia de que a UTE Norte Fluminense estará no sistema de distribuição após o prazo de vencimento do PPT e dos respectivos GSAs; e
- (iii) revogado o efeito suspensivo da Deliberação AGENERSA 4199/2021, ratificada pela 4408/2022, para que seja desde já aplicada a dedução tarifária na forma da metodologia já estabelecida, evitando maiores prejuízos aos usuários da rede considerando que a devolução dos valores devidos pela Concessionária já encontram-se atrasados.

Nestes termos, pede deferimento.
Rio de Janeiro, 25 de abril de 2022.


RICARDO BARSOTTI
Diretor Jurídico