



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/345/2014

Data 20/05/14 Fls.: 478

Rubrica: 43666566

Processo nº.: E-12/003/345/2014
Autuação: 20/05/2014
Concessionária: CEG RIO
Assunto: Plano Plurianual de Investimentos
Sessão Regulatória: 16 de fevereiro de 2017

RELATÓRIO

Trata-se de recurso interposto pela CEG RIO, em face da Deliberação AGENERSA nº 2265¹ de 27/11/14, complementada pela Deliberação AGENERSA nº 2362², de 28/01/15.

Na citada peça processual, a Concessionária alegou, em preliminar¹, a sua tempestividade, considerando i) que, na forma do art. 78, parágrafo único, do Regimento Interno da AGENERSA, "(...) a oposição de embargos tem efeito interruptivo do prazo para interposição de Recurso"; ii) que a Deliberação nº. 2265/2014 "(...) foi objeto de embargos, julgados por intermédio da Deliberação AGENERSA nº. 2362/2015 (...)"; iii) que esta última decisão "(...) foi publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 30/01/2015 (sexta - feira) (...)"; iv) que "(...) o prazo para interposição de Recurso teve como termo inicial 02/02/2015 (segunda - feira), primeiro dia útil subsequente"; e que o art. 79 do Regimento desta Agência prevê o prazo de 10 (dez) dias para a interposição de Recurso.

Sob o item II², a Recorrente expôs a Deliberação 2265/2014 em sua íntegra e, em sequência, iniciou suas razões recursais³ discorrendo, no subitem "IIIa - DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE", acerca da ausência de comprovação de culpa na inexecução parcial dos investimentos referentes ao ano de 2013.

Argumenta, pois, que as metas físicas e financeiras não foram alcançadas. No entanto, afirma que isso é uma conclusão objetiva e "(...) não é suficiente para fundamentar a aplicação de penalidade à Concessionária, uma vez que não restou comprovado por esta r. Agência a existência de sua culpa relativa, que é condição essencial para qualquer sancionamento, uma vez que não se cogita de responsabilidade objetiva na esfera administrativa".

¹ Tópicos "I - PRELIMINARMENTE" e "I - 1 - DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO".

² "II - DA DELIBERAÇÃO RECORRIDA".

³ Tópico "III - DAS RAZÕES RECURSAIS".



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003/345/2014
Data 20/05/14 Fls.: 499
Rubrica: L43666566

Em prosseguimento, a Recorrente traz à baila as lições de Rafael Munhoz de Mello para demonstrar o conceito de sanção administrativa e culpabilidade, bem como tenta reforçar, com trecho da doutrina penalista de Marco Antônio R. Nahum, que a *"(...) aplicação de penalidade administrativa deve equivaler à comprovação da ocorrência de uma conduta irregular, donde a indispensabilidade da presença de elementos caracterizadores da culpabilidade"*.

Aduz a CEG RIO que *"(...) essa Agência Reguladora realizou uma análise objetiva do cumprimento do plano de investimentos no que se refere ao ano de 2013, deliberado na revisão quinquenal que, embora tenha sido deliberada em dezembro de 2013, somente se findou, definitivamente, em 2014, comparando os investimentos determinados com os realizados, sem analisar, todavia, a culpabilidade da Concessionária no evento"*⁴; afirma, nesse diapasão, que restou impossibilitado o alcance das metas apontadas porque *"(...) não poderia a CEG RIO ter realizado investimentos sem a existência do respectivo plano aprovado pela AGENERSA para o 3º quinquênio"*⁵; e alega, em adição, que a CEG RIO deveria *"(...) ter tido a intenção deliberada de descumprir as metas ou, ao menos, ter agido de forma negligente, imprudente ou imperita ao cumprir parcialmente os investimentos deliberados, o que sequer foi cogitado ao longo de toda a instrução do presente processo, simplesmente porque isso certamente não ocorreu, como restou sobejamente demonstrado"*.

Assevera a recorrente que a ausência de culpabilidade está caracterizada diante da excludente "fato da administração", que, segundo a Concessionária, *"(...) se caracteriza como o ato ou omissão da Administração Pública que interfere diretamente no contrato, inviabilizando ou retardando seu cumprimento"*.

Para corroborar sua tese, a CEG RIO apresenta, através das doutrinas de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁶ e Celso Antônio Bandeira de Mello⁷, o conceito de "fato da administração"; expõe trecho do entendimento de Alexandre Santos de Aragão⁸, nele destacando que o fato da administração libera o contratado de qualquer responsabilidade pelo atraso ou inexecução do ajuste; explica que *"no caso em questão, o fato da administração trazido à discussão*

⁴ Grifo como no original.

⁵ Grifos como no original.

⁶ Assim citada a obra: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 192.

⁷ Assim citada a obra: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 637.

⁸ Com relação à obra Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 344/345.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/345/2014

Data 20/05/14 Fls.: 480

Rubrica: 43666566

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

refere-se ao atraso na decisão final do processo de revisão quinzenal de tarifas, para a definição dos investimentos que deveriam ser implementados no quinquênio 2013-2017, o que constitui evento totalmente alheio à vontade da Concessionária e, portanto, caracteriza a excludente de ilicitude acima mencionada"; repisa que "(...) não restou comprovada a responsabilidade da concessionária por suposto descumprimento das metas para o ano de 2013" porque "(...) até 28 de abril de 2014, ainda havia recursos pendentes de julgamento", bem como "a Concessionária sequer tinha ciência do que deveria ter investido e nem mesmo se teria margem na tarifa para tanto", sendo que "tal fato também não permitiu à Concessionária que justificasse a captação de recursos junto a instituições financeiras para realização dos investimentos propostos, sem a comprovação de que os mesmos seriam aceitos e remunerados nas tarifas, o que veio a atrasar o cronograma de investimentos da empresa".⁹

Salienta a recorrente, em continuidade à exposição das razões sob o tópico III.a, "(...) que, mesmo sem a certeza de que seria compensada pela realização de qualquer investimento e sem a indicação de qual seria o plano de investimento aprovado, a CEG RIO, ainda assim, cumpriu cerca de 35% das metas que viriam a ser aprovadas"; consigna que atuou "(...) pautada no princípio da prudência dos investimentos, não realizando-os sem a certeza de que teria margem na tarifa para tanto, pois o ano de 2013 configurou-se como verdadeiro 'apagão' regulatório, sem que a CEG RIO tivesse qualquer orientação de qual seria o plano de investimentos que viria a ser aprovado pelo Regulador"; entende, nesse sentido, que "(...) não poderia a AGENERSA exigir da CEG RIO que realizasse investimentos que sequer tinham sido aprovados até o final do ano de 2013, supondo que seu plano de investimentos seria aprovado sem qualquer ressalva e que teria a margem pleiteada para tanto, porque tal conduta não se harmoniza com a prestação de um serviço público eficiente, adequado e que observa a modicidade tarifária e o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão"; acrescenta que nessa mesma esteira preconiza o art. 10 e parágrafo único¹⁰ da Resolução do Conselho Federal de Contabilidade (CFC) nº. 1.282/10, o qual dispõe, segundo a recorrente, sobre o princípio da prudência; e pede, "(...) seja porque evidente a ocorrência de

⁹ Grifos como no original.

¹⁰ A Concessionária assim destacou os dispositivos:

"Art. 10. O Princípio da PRUDÊNCIA determina a adoção do menor valor para os componentes do ATIVO e do maior para os do PASSIVO, sempre que se apresentem alternativas igualmente válidas para a quantificação das mutações patrimoniais que alterem o patrimônio líquido.

Parágrafo único. O Princípio da Prudência pressupõe o emprego de certo grau de precaução no exercício dos julgamentos necessários às estimativas em certas condições de incerteza, no sentido de que ativos e receitas não sejam superestimados e que passivos e despesas não sejam subestimados, atribuindo maior confiabilidade ao processo de mensuração e apresentação dos componentes patrimoniais. (Redação dada pela Resolução CFC nº. 1.282/10)."



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/345/2014

Data 20/05/14 Fls.: 481

Rubrica: 43666566

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

excludente de punibilidade, que afasta a caracterização de qualquer conduta antijurídica atribuível à concessionária, seja porque em nenhum momento se comprovou a responsabilidade da Companhia na produção final do evento em tela, impõe-se, como medida consentânea com o princípio da culpabilidade, o integral afastamento da penalidade de multa imposta, segundo os termos do art. 2º da Deliberação recorrida¹¹.

Sob o título "III.b - DA IMPOSSIBILIDADE LEGAL DE SE ESTABELEECER 'REVISÕES ANUAIS'", a recorrente transcreve o art. 13 da Deliberação AGENERSA nº. 1796/2013, explicando que seus dispositivos "(...) têm o objetivo de permitir o acompanhamento pela AGENERSA dos investimentos que foram ou não realizados pela Concessionária", mas "Em momento algum, a referida Deliberação ou qualquer outro dispositivo legal ou normativo mencionam que deveria a CEG RIO realizar exatamente os investimentos propostos no plano aprovado pelo Regulador, ano a ano, até porque tal 'determinação' não faria nenhum sentido".¹²

Explica, ainda, que "(...) a Concessionária tem a tarifa aprovada pela AGENERSA, que considera a manutenção da equação econômico-financeira de todo o quinquênio, estabelecendo uma margem para tanto, que irá suportar a realização do plano de investimentos proposto e aprovado" e "qualquer intenção de exigir a realização de investimentos de forma anual criaria, na prática uma nova forma de revisão tarifária, em completo desrespeito às normas aplicáveis à matéria e, inclusive, ao próprio Contrato de Concessão da CEG RIO".

Afirma a Concessionária que, de acordo com o texto do art. 13 citado, "(...) há menção de que a CAPET deverá produzir relatório comparativo entre os investimentos anuais previstos no fluxo de caixa e os efetivamente comprovados, com vistas a manter a equação econômico-financeira no período que antecede ao reajuste anual da tarifa limite", sendo que "essa determinação, a bem da verdade, assim como a penalização da CEG no montante de 0,05% (cinco centésimos por cento) por não cumprir a intenção de investimento proposta ano a ano do quinquênio, como fez a AGENERSA no presente processo para o ano de 2013, gera verdadeira 'revisão tarifária anual', que não encontra respaldo nem no Contrato de Concessão, nem na legislação vigente".

¹¹ Grifo no original.

¹² Grifo como no original.



Em prosseguimento, assevera a recorrente que a inovação quanto à aplicação de penalidade por meio do art. 6º da Deliberação AGENERSA n.º 2265/2014, no que se refere a suposto subinvestimento para o ano de 2013, "(...) acarretará uma mescla ilegal de dois institutos completamente distintos (revisão x reajuste), idealizados pelo legislador para servir propósitos específicos, diferenciados e independentes entre si no âmbito dos contratos de concessão".

Esclarece a Concessionária, nesse particular, que "(...) as tarifas dos contratos administrativos, gênero em que se insere a espécie concessão, de acordo com a legislação em vigor, podem sofrer dois tipos de alteração: i) reajuste; e ii) revisão"; explica, em sequência, como se dá o reajuste e a revisão tarifária; traz, sobre o tema, as lições de Marçal Justen Filho¹³, aduzindo que os critérios de reajuste e revisão devem, conforme lei 8987/95 e lei estadual n.º 2831/97, constar no edital de licitação e são cláusulas essenciais do Contrato de Concessão; acrescenta que, especificamente com relação ao gás canalizado, a Lei Estadual n.º 2752/97 apenas previu, nos arts. 2º, 5º e 6º, duas modalidades de alteração tarifária, quais sejam, reajuste e revisão, sendo que esta última se subdivide em extraordinária e imediata e ordinária e periódica¹⁴; e afirma que, seguindo a legislação, o Contrato de Concessão firmado no ano de 1997, entre a CEG RIO e o Estado do Rio de Janeiro, trouxe, na cláusula sétima e §§ 2º, 14, 16 e 17, as hipóteses "(...) referentes ao reajuste e a ambas as formas de revisão tarifária (...)".

Ainda sob o item III.b a recorrente assevera que os investimentos também devem ser realizados "(...) em sua totalidade num período de 05 (cinco) anos e, somente após tal decurso de tempo, caso os investimentos não tenham sido realizados, tendo sido a Concessionária remunerada para tanto, poderia se cogitar pelo Regulador a aplicação de penalidade"; entende que "não se revela razoável e prescinde de qualquer respaldo legal a penalidade de multa aplicada no art. 2º da Deliberação AGENERSA n.º 2265/20 14, considerando que a CEG RIO teria deixado de investir o montante de R\$ 47.782.522,00, porque tal valor será investido até o final do quinquênio"; considera que o objetivo do legislador é que "(...) eventuais distorções que se acumulam ao longo da execução do contrato, sejam revistas nas revisões periódicas", e "a Lei Estadual n.º 2.752/97 prevê que tais ajustes deverão ser realizados quinquenalmente".

¹³ Obra citada: JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. Ed. Dialética, 2003, p. 263.

¹⁴ Conforme expôs a Concessionária, a revisão periódica é realizada a cada período de 05 (cinco) anos.



Reforça sua argumentação informando que as revisões periódicas têm o objetivo de "(...) *proceder com uma verdadeira reorganização da execução contratual, de modo a preservar a estrutura econômico-financeira inicialmente pactuada*", podendo-se concluir "(...) *que todas as questões que se refiram ao equilíbrio financeiro da Concessão deverão ser discutidas nesse momento*", momento "(...) *de 'passar o contrato a limpo'*".

Acrescenta a CEG RIO que "(...) *a análise anual da realização dos investimentos e a consecutiva penalização geram uma 'revisão anual e parcial' mascaradas, fora do contexto de uma revisão periódica, sem as demais variáveis que influenciam as revisões quinquenais, importando em verdadeira imprudência regulatória e em flagrante violação ao princípio da legalidade*", bem como que "*nessas revisões quinquenais são projetados os investimentos para todo o quinquênio a seguir e calculada a receita requerida para que a Concessionária cumpra os compromissos assumidos*", sendo que "*o plano de investimentos é previsto para que seja cumprido no período de 05 (cinco) anos*" e "*a forma como tais investimentos serão distribuídos no tempo é decisão estritamente empresarial, que considera a conjuntura econômica presente, bem como as questões relativas às permissões e licenças ambientais.*"¹⁵

A Recorrente sustenta, outrossim, que a lei instituidora da AGENERSA não lhe conferiu poderes para proceder com alterações contratuais, porquanto o rol do art. 4º da Lei 4556/05 é taxativo; afirma que "(...) *não há espaço (...) para se pretender criar obrigações anuais como pretende a AGENERSA já que (...) o §2º da Cláusula Sétima do Contrato vigente é claro ao determinar que a revisão periódica - para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro ao longo do período de contratação - ocorrerá a cada 05 (cinco) anos*".

Acrescenta que "(...) *à AGENERSA não é dado instituir ao seu talante novas modalidades de revisão tarifária, sendo esta uma atribuição única e exclusiva do legislador, a quem cabe, em última análise, a tarefa constitucionalmente atribuída de estabelecer políticas públicas e normas impositivas que deverão ser observadas por particulares e Administração Pública*".

¹⁵ Grifos como no original.



No subitem "III.c - DO DESCABIMENTO DAS MULTAS APLICADAS NOS ARTS. 1º E 2º", a recorrente resume que foi penalizada em 0,001% (um milésimo por cento) no art. 1º da Deliberação recorrida por não ter "(...) enviado o Plano Plurianual (PPA) de forma completa e tempestiva, no prazo ali estipulado, de 30 (trinta) dias"¹⁶, bem como que "(...) o art. 2º da Deliberação AGENERSA nº. 2.265/2014 determinou aplicação de multa à CEG RIO no montante de 0,0005% (cinco décimos de milésimo por cento), por suposto descumprimento ao art. 13, II da Deliberação AGENERSA nº. 1795/2013, sob fundamento de que a CEG RIO não teria enviado o PPA para os anos seguintes, até 31/10/2014."

Em sequência, a Concessionária argumenta que "(...) cumpriu as determinações desta Agência nos prazos determinados (...)"; lembra que "(...) o prazo de 30 (trinta) dias ficou suspenso em função de medida judicial, proposta pela ABRAGET, em outubro de 2013 e, posteriormente, a Deliberação n.º 1.795/2013 foi objeto de embargos, que suspenderam a sua exigibilidade"; afirma que, "em relação ao julgamento dos 'moldes' como o PPA deveria ter sido enviado, não foi solicitado e nem informado por esta AGENERSA um padrão específico para atendimento do artigo 13 da Deliberação AGENERSA no 1.795/13 e, quando o foi feito (...)"; atendeu as solicitações conforme quadro apresentado às fls. 249, registrando a sequência de respostas aos Ofícios enviados pelo relator do processo.

A Recorrente destaca, também, que constantemente manteve "(...) contato com a Câmara Técnica de Energia (CAENE), respondendo às informações solicitadas, detalhando sempre no maior nível de informações possível, como fica demonstrado na evolução dos processos"; explica, nesse sentido, que "tal afirmação fica comprovada, através do parecer da CAENE, datado de 28 de outubro de 2014, tendo sido totalmente cumpridas as etapas de análise de unidades físicas do plano plurianual, diferente do indicado pela Procuradoria em seu parecer"; acrescenta que "(...) foram trocadas diversas correspondências entre a CEG RIO e a AGENERSA, antes mesmo do prazo de 31/10/2014, para que a CEG RIO enviasse a informação e, em nenhum desses momentos, o Regulador estabeleceu exatamente o que estaria faltando ser enviado, meramente se limitando a apontar que os documentos enviados estavam 'incorretos'".

¹⁶ Conforme art. 13 da Deliberação 1796/2013



Ainda, salienta que não seria "(...) demais apontar que a CEG RIO enviou os relatórios nos mesmos moldes em que o fez na 2ª revisão tarifária, ocasião na qual os mesmos foram aceitos por este Regulador, sem qualquer apontamento de desconformidade"; entende, citando decisões do STF e STJ¹⁷, que esse comportamento "(...) viola frontalmente o princípio da segurança jurídica, pois não garante à Concessionária a manutenção da estabilidade no relacionamento com a Administração Pública", afirmando que "(...) a confiança legítima conduz o administrado a presumir que a rigorosa observância da legalidade, aqui se tratando de comportamento anterior da AGENERSA adotado na revisão quinquenal anterior, previne a prática de ações e omissões ilícitas"; e conclui restar evidente que "(...) a CEG RIO cumpriu a obrigação determinada no art. 13, caput, da Deliberação AGENERSA n.º 1.795/2013, de modo que as penalidades aplicadas nos arts. 1º e 2º da Deliberação AGENERSA n.º 2.265/2014 se revelam descabidas."

Sob o tópico "III.d - DO DESCABIMENTO DA OBRIGAÇÃO ESTIPULADA NO ART. 7º", a CEG RIO informa que esse dispositivo estabeleceu que a Concessionária, no prazo de 180 (cento e oitenta dias), "(...) executasse os investimentos não realizados em 2013."

Alega, no entanto, que "(...) como é de conhecimento da AGENERSA, a Concessionária firmou juntamente com o Poder Concedente o 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, assinado em 09/12/2014", o qual, segundo a recorrente, "(...) permitiu à CEG RIO o atendimento aos Municípios de Saquarema, Angra dos Reis, Teresópolis, Nova Friburgo e Cachoeira de Macacu, por meio de GNC e/ou GNL na forma prevista na terceira revisão tarifária (...)", conforme transcreveu.¹⁸

¹⁷ A recorrente cita e expõe trecho dos seguintes julgados: MC no MS 28.158/DF, decisão monocrática, rel. Min Celso de Mello, j. 08.09.2009, DJe 16.09.2009; e MS 16.141/DF, 1ª Seção, rel. Min Castro Meira, j. 25.05.2011, DJe 02.06.2011.

¹⁸ A Concessionária assim transcreveu, *ipsis literis*:

1.1. Mediante a celebração do presente TERMO, ficam alteradas as obrigações assumidas pela CONCESSIONÁRIA, no item 2.1 do Termo Aditivo celebrado em 04 de agosto de 2005, que não autoriza a distribuição de gás canalizado por meio de gás natural comprimido (GNC) e/ou gás natural liquefeito (GNL), e que deverão ser adimplidas 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 e gás natural comprimido (GNC) e/ou gás natural liquefeito (GNL), sem necessidade de um duto intermediário entre ambos, com capacidade para atender a demanda dos municípios de Saquarema, Angra dos Reis, Teresópolis, Nova Friburgo e Cachoeira de Macacu, na forma prevista na 3ª Revisão Quinquenal.

1.2. A CONCESSIONÁRIA assume a obrigação de construir nos municípios destacados no item 1.1 as redes físicas de distribuição local que será distribuído por meio dos gasodutos virtuais, de modo a disponibilizar a infraestrutura para atendimento aos clientes previstos na 3ª Revisão Quinquenal, até 31 de Dezembro de 2017.



Aduz a Concessionária, em prosseguimento, que "(...) em que pese a assinatura do referido aditivo somente ter ocorrido em Dezembro de 2014, por fatores externos, como, por exemplo, as eleições, a AGENERSA tem ciência de que as negociações entre a CEG RIO e o Governo do Estado do Rio de Janeiro já vinham ocorrendo desde Junho daquele ano", e "verifica-se, dessa forma, que o próprio Poder Concedente afirma que as metas devem ser cumpridas dentro do quinquênio em curso, fornecendo à CEG RIO o prazo até 31/12/2017 para concluir os investimentos a que se comprometeu na 3ª Revisão Quinquenal."

No mesmo subitem "III.d" a recorrente repisa que "(...) conforme esboçado em tópico anterior, a AGENERSA não detém competência normativa para promover alterações contratuais (...)", sendo "(...) descabida (...) a obrigação de que a CEG RIO execute em 180 (cento e oitenta) dias, todas as metas estipuladas para o ano de 2013 (...)"; explica, nesse passo, que "(...) conforme já exposto, a execução não ocorreu por fato da administração, tendo em vista que até 28/04/2014 ainda havia recursos pendentes de julgamento contra a deliberação AGENERSA n.º 1795/2013", bem assim que "(...) repisando argumento exposto em tópico anterior, a revisão é quinquenal, (...) logo, a CEG tem até o final do quinquênio para gestionar e realizar os investimentos"; e acrescenta que "outro ponto que ratifica a inexecutabilidade da obrigação estipulada no art. 7º da Deliberação AGENERSA n.º 2265/2014 é que é impossível garantir que, neste prazo, seria possível obter todos os licenciamentos necessários junto aos órgãos competentes, bem como que seria possível realizar a compra e entrega do material necessário, por exemplo."

No tópico "IIIe - DA OBRIGAÇÃO ESTIPULADA NO ART. 3º", a recorrente inicia discorrendo que determinou-se à CEG RIO a apresentação, no prazo de 30 (trinta) dias, do "(...) PPA atualizado referente ao período 2015/2017, nos termos do art. 13, II da Deliberação AGENERSA n.º 1.796/2013."

Alega a CEG RIO, a esse respeito, "(...) que a referida obrigação já foi devidamente cumprida em 26/11/14, por meio da DIRPIR-059/14 e em 21/01/2015, por meio da correspondência DIRPIR-009/15."



Expõe a recorrente que a primeira correspondência "(...) foi enviada com anexo com detalhe financeiro realizado e previsto até o final do período tarifário em questão, compensando os valores não executados até o momento nos demais anos no período, contudo, no referido arquivo não foi considerado o 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, que somente foi assinado em dezembro de 2014.". Antes de ratificar "(...) que a realocação dos investimentos para o triênio restante do quinquênio se deu somente a título colaborativo, pois, conforme amplamente exposto ao longo da peça recursal, a Concessionária poderá e irá realizar estes investimentos até o final do quinquênio", a Concessionária afirmou, ainda, que a segunda DIRPIR continha os seguintes anexos:

•Anexo I - Investimentos fiscos e financeiros realizados nos anos de 2013 e 2014;

•Anexo II - Investimentos específicos de Redes AP e MP realizados em 2013 e 2014, bem como a nova projeção para o período entre 2015 a 2017, já considerando o 3º Aditivo contratual, assinado em Dezembro de 2014;

•Anexo III - Projetos básicos atualizados."

Sob o título "IV - DO VÍCIO DE MOTIVAÇÃO - ART. 6º DA DELIBERAÇÃO", a Concessionária explica que, conforme subitem III.a do Recurso, esta Autarquia "(...) não poderia exigir da Concessionária o cumprimento anual das metas de investimento, como fez para o ano de 2013, aplicando, inclusive, penalidade por suposto descumprimento", porque impor a realização de investimentos de forma anual criaria nova forma de revisão tarifária, o que não se coaduna, principalmente, com o Contrato de Concessão da CEG RIO.

Nesse sentido, expõe que "(...) a motivação da penalidade de multa de 0,066% (sessenta e seis milésimos por cento) aplicada no art. 6º da Deliberação AGENERSA nº. 2265/2014, foi equivocadamente embasada no art. 19, IV da Instrução Normativa AGENERSA nº. 001, de 04/09/2007, e encontra-se viciada (...)".



Reproduz o art. 19, IV, da referida Instrução¹⁹, para afirmar que não há qualquer dispositivo que determine à CEG RIO o cumprimento do plano anualmente, "(...) ao invés de *quinquenalmente*"; argumenta que o art. 19, IV, da IN 001/2007 não seria aplicável, sendo possível, no máximo, "(...) com base no princípio da eventualidade, o enquadramento no art. 15, I, da Instrução Normativa em enfoque, que somente suporta penalidade de ADVERTÊNCIA (...)"²⁰; traz o conceito de motivação dado pela doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello²¹ e cita, transcrevendo-o à sua maneira, o art. 48, § 1º da Lei 5427/2009, para demonstrar a necessidade de motivação do ato administrativo; e entende que "(...) a penalidade do art. 6º da atacada deliberação deverá ser anulada para, no máximo, ser convertida em advertência."

Sob o tópico V²², a CEG RIO fundamenta, em síntese e na eventualidade de manutenção da Deliberação nº. 2265/2014, que as penalidades aplicadas nos arts. 1º, 2º e 6º da decisão guerreada "(...) são totalmente descabidas (...)"²³; que "(...) a imposição das penalidades de multa é medida que não está pautada na busca de um benefício em prol do interesse público"; e, além de discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, sugerindo falta de razoabilidade e desproporcionalidade na Deliberação recorrida, requer o provimento do presente Recurso, "(...) anulando-se as multas impostas na Deliberação AGENERSA nº. 2265/2014."

¹⁹ "Art. 19. Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do GRUPO IV sempre que, sem justo motivo:

(...)

IV. deixarem de cumprir e/ou deixarem de fazer cumprir as normas legais e regulamentares dos serviços, inclusive as normas da AGENERSA, respondendo perante o Estado, a AGENERSA, os consumidores e terceiros pelas eventuais consequências danosas da exploração dos serviços."

²⁰ "Art. 15. Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de ADVERTÊNCIA sempre que:

I. sem justo motivo, deixarem de encaminhar à AGENERSA dados estatísticos sobre a produção, comercialização e consumo de gás, o balanço trimestral, bem como as demonstrações financeiras de cada exercício e demais informações e documentos relativos a cada exercício social e quaisquer documentos e informações pertinentes requisitados pela AGENERSA;"

²¹ Em "MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 366-367.

²² Assim expõe a Concessionária: "V - DA IRRAZOABILIDADE/DESPROPORCIONALIDADE DA PENALIDADE APLICADA"

²³ Grifo no original.



Em seu pedido recursal, a recorrente repisa o requerimento de provimento da peça relatada, "(...) anulando-se as multas impostas nos artigos 1º, 2º e 6º, bem assim como as obrigações impostas nos arts. 3º e 7º da Deliberação AGENERSA nº. 2265/2014, ou, alternativamente, convertendo-as em advertência, na forma requerida ao longo deste Recurso (...)".

Por meio da Resolução do Conselho - Diretor nº. 481, de 24 de fevereiro de 2015²⁴, o Recurso contra a Deliberação nº. 2265/2014 é sorteado para a minha relatoria e, recebidos os presentes autos neste Gabinete em 26/02/2015, remeti o feito à Procuradoria em 02/03/2015, para análise e parecer quanto ao Recurso.

A Procuradoria elabora seu parecer, o qual está presente às fls. 271/285. De início, o jurídico faz breve síntese das razões do Recurso e, sobre a tempestividade, certifica a apresentação da peça recursal dentro do prazo regimental.

Relata, em prosseguimento, que a recorrente sustenta, em alegações recursais, "(...) a ausência de atendimento ao Princípio da culpabilidade, impossibilidade legal de estabelecimento de revisões anuais e descabimento das multas aplicadas nos arts. 1º e 3º da Deliberação AGENERSA nº. 2.265/2014, [e] ausência de vício de motivação."

Sob o título "análise do cumprimento da Deliberação AGENERSA nº 1795/2013"²⁵, o jurídico discorre que "na análise da aplicação da penalidade administrativa é imprescindível a apreciação da culpabilidade, em que pese a divergência sobre o tema"; aduz que "a análise da culpabilidade é oriunda do Direito Penal", que adota "(...) a teoria normativa pura (...)", definindo "(...) a culpabilidade como reprovação pessoal que se faz contra o autor pela realização de um fato contrário ao direito, embora pudesse agir de outro meio"; e afirma que num primeiro momento "(...) a teoria adotada pela Recorrente é ultrapassada e, sequer, utilizada na esfera penal, sendo certo que pela simples leitura do recurso, o que se busca é uma reanálise da conduta típica, conseqüentemente da existência de dolo ou culpa";

²⁴ Cópia à fl. 276.

²⁵ Grifos da Procuradoria.



Em continuidade, a Procuradoria entende que neste feito "(...) não há que se falar em responsabilidade objetiva"; acrescenta que no voto proferido às "(...) fls. 120/140, é possível visualizar que a análise da culpa/dolo da concessionária ocorreu no momento da averiguação da prática da conduta típica, qual seja, descumprimento do Contrato de concessão e da Deliberação AGENERSA nº. 1795/2013"; informa que o art. 13 dispõe sobre a determinação de apresentação do plano plurianual referente ao período 2013 - 2017, no prazo de 30 (trinta) dias; considera que "caberia à Recorrente, no prazo estipulado (30 dias), apresentar a documentação necessária", a qual "no entanto, conforme asseverou o ilustre Conselheiro Silvio Carlos Santos, em seu voto, o prazo não foi cumprido (...)";²⁶; relata, citando parecer da ÇAPET de fls. 43/48, que "(...) consta nos pareceres das Câmaras Técnicas a impossibilidade de realização da análise ante a falta da documentação necessária"; e assevera ser "(...) nítida a presença da culpa no caso em tela, haja vista a omissão da Recorrente em não apresentar a documentação inerente aos investimentos autorizados, caracterizando a sua negligência."

Quanto à alegação da excludente "fato da administração", a Procuradoria entende que ela não deve prosperar, "(...) uma vez que não há provas, nos autos, do desequilíbrio - econômico financeiro do contrato de concessão, celebrado pela Recorrente, em virtude de ação ou omissão do Poder Concedente"; lembra que "(...) este processo surge em decorrência da 3ª revisão quinquenal, cujo objetivo é reavaliar o contrato de concessão para a garantia do equilíbrio econômico - financeiro, contemplando todos os investimentos a serem realizados no período de 5 anos (2013-2017) para viabilizar a prestação adequada do serviço público"²⁷; afirma que "para a prestação adequada do serviço público, investimentos são imprescindíveis, garantindo a atualização do serviço concedido, e conseqüentemente, o cumprimento contratual"; assegura ter percebido "(...) que a tarifa revista foi calculada com base nesses investimentos, buscando custeá-los, garantindo o equilíbrio econômico - financeiro"; e, para corroborar o afirmado, traz, consoante expõe, o parecer nº. 14744, afirmando que ele foi retirado do sítio eletrônico da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul²⁸.

²⁶ A Procuradoria cita trecho do voto proferido pelo i. Relator, Cons. Silvio Santos, pelo qual é exposto o descumprimento do prazo previsto no caput do art. 13.

²⁷ Grifo da Procuradoria.

²⁸ O Jurídico cita o seguinte link: <http://www2.pge.rs.gov.br/pareceres/pa14744.pdf>, e transcreve o parecer nestes termos:

"Efetivamente, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo 'significa a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente' constituindo uma revisão contratual, e objetivando, dentre outros motivos, que o particular possa cumprir a execução do ajuste negocial até o seu término (princípio da continuidade do contrato administrativo)"



Alega a Procuradoria que "(...) a partir do momento em que houve a previsão e autorização dos investimentos da revisão quinquenal, cabe a Recorrente concretizá-los, dentro do prazo estipulado sob pena de enriquecimento sem causa e descumprimento do contrato de Concessão", não havendo "(...) o que se falar em revisão anual tarifária como a Recorrente leva a crer em seu recurso"; explica, citando o art. 2º da lei 4556/05, que se trata "(...) de fiscalização por parte desta agência reguladora, sendo certo que possui atribuição para tanto conforme se verifica (...)" do dispositivo citado; lembra que a CAENE, no parecer de fls. 72/76, "(...) entendeu pela não realização dos investimentos físicos na sua integralidade (...)"; salienta "(...) que estes investimentos são destinados para a melhoria do serviço público prestado pela Recorrente, garantindo que a mesma preste o serviço adequado aos seus usuários"; ressalta que "a cláusula quarta do contrato de Concessão obriga a Recorrente a prestação do serviço adequado, incluindo a sua expansão, em outras palavras, incremento da atividade de distribuição de gás"; entende que "(...) cabe a Recorrente concretizar todos os investimentos autorizados nos períodos previstos", sendo que "a sua não realização acarreta no descumprimento contratual"; ratifica o parecer jurídico de fls. 106/112²⁹; e opina "(...) pela manutenção da Deliberação AGENERSA nº 2.265/2014, haja vista a inexistência de qualquer vício."

Sob o tópico "Motivação do ato administrativo questionado"³⁰, o jurídico afirma que a alegação de que o art. 19 da IN 001/2007 penaliza pelo descumprimento de dispositivo legal, regulamentar ou normativo, mas "(...) não existe qualquer norma que determine o cumprimento do plano anualmente", não deve prosperar; explica, nesse passo, que, "(...) como dito anteriormente, a revisão quinquenal, ao reavaliar o valor da tarifa, considerou a realização dos investimentos no período informado pela Recorrente"; registra que "a partir do momento em que foram aprovados os investimentos e encerrado o processo de revisão, a Recorrente tem a obrigação de cumprir os termos previstos na Deliberação AGENERSA nº 1795/2013 por determinação do item 11 do parágrafo 1º da Cláusula quarta do contrato de concessão"; assevera, em suma, que "é nitido que no caso em tela a decisão penalizando a Recorrente ao pagamento de multa foi devidamente motivada, aplicando-se, inclusive, a teoria dos motivos determinantes".

²⁹ Parecer exarado quando do julgamento originário.

³⁰ Grifos da Procuradoria.



Ressalta que, ao analisar a Deliberação AGENERSA nº 2265/2014 "(...) percebe-se que estão presentes todos os motivos que geraram a aplicação da penalidade de multa, qual seja, inércia quanto à realização dos investimentos nos períodos determinados pela própria Recorrente", não havendo "(...) qualquer vício no motivo do ato que venha gerar a nulidade da Deliberação"; e conclui sugerindo "(...) aplicação de penalidade à Concessionária (...) em razão da intempestividade (...) e do descumprimento da Deliberação AGENERSA nº 2265/2014."

Através do despacho³¹, a Câmara de Política Econômica e Tarifária faz breve síntese dos fatos e, na análise do Recurso, salienta que como base na manifestação da Procuradoria, cujos argumentos endossa aquela CAPET, não observou na peça querrelada novos fatos que possam justificar a eliminação da decisão emanada pelo CODIR.

Tece comentários a CAPET, em razão dos argumentos de natureza jurídica que foram elencadas nas manifestações da Procuradoria que tangenciam aspectos econômico-financeiros, quais sejam: "(...)

"(...) I. Em diversos momentos a Concessionária aduz a impossibilidade de executar os investimentos projetados para o ano de 2013, considerando que a III Revisão Quinquenal, por ter sido decidida no final de 2013, mas completada efetivamente em meados de 2014, não lhe dava garantia de equilíbrio econômico-financeiro para realizar as aplicações acordadas. Tal argumento já foi suficientemente abordado em outras manifestações desta CAPET, seja por meio de despachos próprios, seja por meio de Nota Técnica conjunta com a CAENE, sempre lembrando que a Revisão Quinquenal se baseou na proposta da própria Delegatária, e que as tarefas, ainda que não concluídas ao final de 2012 (despiciendo recordar da apresentação de uma contraproposta pela CEG-Rio, o que motivou a readequação de tudo até então realizado), jamais fizeram qualquer menção sobre eventual possibilidade de não aceitação do quadro de obras proposto, modificado somente com a assinatura do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, com a exclusão dos gasodutos listados originalmente, e que são citados na peça;

³¹ Fls. 286/287.



2. A Concessionária, às folhas 39 a 41 de sua reclamação, 253 a 255 do processo, discorre sobre o III Termo Aditivo, lembrando que o Poder Concedente "... afirma que as metas devem ser cumpridas dentro do quinquênio em curso...", o que lhe dá o prazo final de "... 31/12/2017 para concluir os investimentos a que se comprometeu na 3ª Revisão Quinquenal.". Salta aos olhos, entretanto, a afirmação de que "Em que pese a assinatura do referido aditivo somente ter ocorrido em Dezembro de 2014 (...) a AGENERSA tem ciência de que as negociações entre a CEG-Rio e o Governo (...) já vinham ocorrendo desde junho daquele ano.". Grifos nossos. Ora, quando se trata de avaliar o cumprimento de um dos anos do quinquênio, não cabe o argumento de que a Delegatária sabia do inteiro teor de sua proposta de investimentos e que esta não tinha sido objeto de qualquer contestação. Entretanto, esta argui que este Ente Regulador sabia de todas as tratativas em curso e, como tal, deveria adotar as medidas e os comportamentos que fossem adequados ao cumprimento dos termos então debatidos. Não há coerência na argumentação da CEG-Rio:

3. Continua a Concessionária a tratar o cumprimento das obrigações de investir como mera formalidade factual, a ser efetivada quando e se lhe for conveniente. Não nos parece a ação adequada, até por não haver qualquer proposta no sentido de readequar o elenco de investimentos para contemplar a totalidade dos gastos sugeridos até o fim do ciclo revisional, mesmo descontados os investimentos substituídos pela Outorga especial, lembrando que estamos em setembro de 2015, faltando meros 28 meses (incompletos) para o fim do atual lustro, ou seja, menos da metade.

Por fim, a CAPET entende "(...) não haver, nos argumentos de caráter econômico-financeiro, quaisquer fatos novos que ensejem a revisão dos trabalhos já produzidos por esta Câmara Técnica. Acompanhamos a Procuradoria, e sugerimos a rejeição do pleito."

Em manifestação final³², a Recorrente praticamente repisa as razões recursais, ratificando "(...) os termos de seu Recurso, pugnando pela reforma da decisão, a fim de que se anulem as multas e obrigações impostas na Deliberação AGENERSA nº. 2265/2014, de 27/11/2014, complementada pela Deliberação AGENERSA no. 2362/2362, de 28/01/2015".

Por solicitação do Conselheiro-Presidente, em 11/11/2015, os autos foram encaminhados ao seu gabinete.

³² DIJUR - E - 1460/15, protocolada em 30 de outubro de 2015.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003/345/2014
Data 20/05/14 Fls.: 494
Rubrica: L43666566

Despacho do Conselheiro-Presidente, esclarecendo que "(...) Diante da solicitação das Concessionárias CEG e CEG RIO requerendo o agendamento de mediação conjuntamente com o Exmo. Senhor Secretário de Estado de Desenvolvimento (...), sobre a realização dos investimentos contidos na 3ª Revisão Quinquenal das Concessionárias CEG e CEG RIO, bem como quanto ao artigo 13 das Deliberações AGENERSA/CD n.ºs 1.795 e 1.796, na qual atribui as Concessionárias multa pelo não cumprimento dos investimentos projetados para o ano de 2013, informo que na reunião realizada na SEDEIS em 26/10/2015, restou acordado a elaboração de consulta a Procuradoria Geral do Estado a fim de obter pronunciamento sobre a interpretação desta AGENERSA dos pareceres n.º 02 e 03/2013-ASC. (...) Nessa linha, determino a abertura de prazo para as Concessionárias de manifestem quanto aos pontos tratados e seus respectivos argumentos."

Expedido ofício AGENERSA/PRESI n.º. 275/2015, em 10/11/2015, às Concessionárias CEG e CEG RIO, dando ciência do despacho retro e abrindo prazo para manifestações.

Por meio da Correspondência PRESI-E-021/15, as Concessionárias iniciam sua manifestação colacionando trecho do parecer da Procuradoria Geral do Estado - PGE, abaixo transcrito: "(...) De todo modo, como se trata de matéria eminentemente econômica, recomenda-se a AGENERSA:

(...) b) adotar as providências necessárias para manter um constante acompanhamento dos investimentos projetados pela Concessionária CEG/CEG RIO para o próximo quinquênio evitando-se que a matéria somente venha a ser objeto de atenção no âmbito do próximo processo de revisão tarifário quinquenal já que nos autos noticia-se que a concessionária deixou de realizar investimentos ao quais se encontrava obrigada".

Em síntese, as Concessionárias suscitam dúvida interpretativa na recomendação da PGE a essa Agência, qual seja: "(...) i) a AGENERSA, anualmente, apure os valores de investimentos realizados para cada ano do ciclo revisional, multando as Concessionárias em caso da não realização ano a ano, dando prazo para realização dos mesmos dentro do quinquênio ou; ii) a AGENERSA apure a realização dos investimentos, anualmente, devendo somente aplicar penalidade nos casos de não cumprimento do montante total dos investimentos projetados para o quinquênio, ou seja, ao final do ciclo revisional, revertendo o montante dos valores não investidos para o fluxo de caixa do período seguinte em prol da modicidade tarifária.



No que se refere ao parecer da PGE, salienta as Concessionárias que "(...) *não fala expressamente em aplicação de multas anuais às Concessionárias e a decisão da AGENERSA, de aplicar penalidades de multa às Concessionárias por suposta subexecução de investimentos para o ano de 2013, foi tomada com base em interpretação equivocada, mormente porque não observou as disposições dos Contratos de Concessão*", acrescentando que "(...) *os Contratos de Concessão, ao disporem sobre aplicação de penalidades às Concessionárias, em suas Cláusulas Dez, não contemplam a possibilidade de aplicação de multa, pela não realização de investimentos aprovados na revisão quinquenal, ano a ano*".

Realizando ainda interpretação sistemática, as Concessionárias registram que "(...) os Contratos estabelecem que o Plano de Investimentos a ser apresentado pelas Concessionárias deve ser quinquenal, a própria nomenclatura "QUINQUENAL" utilizada, já demonstra a intenção de se apurar o cumprimento dos planos de investimentos ao final de cada quinquênio³³, assim como o estabelecimento das margens das tarifas", assim "(...) *como eventuais compensações de valores eventualmente não investidos somente são realizadas ao final do quinquênio, quando da realização de nova revisão tarifária, da mesma forma, eventuais penalidades, caso aplicáveis, somente poderiam ser aplicadas neste momento, em que os Contratos são "passados a limpo" para fins de avaliação de equilíbrio econômico-financeiro*".

Nessa linha e conforme já exposto dos autos, informam que "(...) as Concessionárias podem compensar e recuperar eventuais investimentos não realizados em determinado ano, nos anos faltantes do quinquênio, cumprindo assim, ao final do citado período, os Planos de Investimentos aprovado pela AGENERSA, o que, mais uma vez, demonstra o não cabimento de aplicação de penalidades ano a ano.³⁴".

Comentam que o objetivo do legislador e do próprio Poder Concedente e exatamente que "(...) *eventuais distorções que se acumulam ao longo da execução do contrato sejam aferidas e corrigidas ao final do quinquênio, no momento das revisões periódicas*". Por isso "(...) *a aplicação de penalidades de multa não tem razão de ser, na medida em que não há qualquer tipo de prejuízo aos usuários. Ao contrário, no caso em que os investimentos forem realizados, sem que existissem clientes a serem conectados, aí sim, haveria prejuízo aos usuários, com impacto na modicidade tarifária*".

³³ Grifo no original

³⁴ Grifo no original



Ultrapassada a questão do parecer da PGE, entendem pela inaplicabilidade de penalidade citando "(...) *imprevisibilidades e alterações de mercado, que impendem ou dificultam a materialização e captação dos consumidores previstos inicialmente no plano de negócios das Revisões Tarifárias. Sem a materialização dos consumos associadas a esses clientes, a realização desses investimentos não contaria com a necessária receita prevista inicialmente e, portanto, contribuiria de forma negativa para a modicidade tarifária*". Por fim, solicita "(...) *manifestação acerca da interpretação equivocada da AGENERSA sobre o conteúdo dos Pareceres no. 02 e 03/2013 ASC, que originaram a aplicação de penalização às Concessionárias, considerando o não cumprimento dos Planos Quinquenais de Investimentos, em base anual, inclusive, contrariando a prática que vinha adotada pela AGENERSA nos quinquênios anteriores.*"

Encaminhados os autos, 23/11/15, à PGE, com despacho do Conselheiro-Presidente, apresentando uma síntese do processo e esclarecendo que "(...) *No intuito de sanar quaisquer dívidas existentes e diante do pedido de mediação, solicito o posicionamento de V. Exa. no que se refere à interpretação dada por esta Autarquia nas Deliberações n.ºs 1.795 e 1.796, quanto ao item "b" contido no visto dos pareceres n.º 02 e 03/2013-ASC-PGE, a fim de compreender se deve esta AGENERSA apurar:*

- i) anualmente, os valores dos investimentos realizados por cada ano do ciclo revisional, multando caso não realizado ano a ano, dando prazo para realização dos investimentos dentro do quinquênio; ou*
- ii) anualmente, entretanto devendo somente aplicar a penalidade nos casos de não cumprimento do montante total dos investimentos projetados para o quinquênio, ou seja, ao final do ciclo revisional, revertendo o montante dos valores não investidos para o fluxo de caixa do período seguinte em prol da modicidade tarifária.*

Juntado aos autos pela SECEX, em 27/10/16, cópia do pronunciamento Procuradoria Geral do Estado - PGE - Realização dos investimentos contidos na 3ª Revisão Quinquenal das Concessionárias CEG e CEG RIO - do parecer n.º 01/2016-FDCB e promoção n.º 05/2016.



No extenso parecer nº. 01/2016-FDCB da PGE, consta relatório, resposta da consulta formulada pelo Conselheiro-Presidente a respeito da correta interpretação do entendimento consignado nos Pareceres de autoria do i. Procurador do Estado Anderson Schreiber e, ao final a conclusão, o quanto segue:

*"(...) 1. cabe a AGENERSA apurar **anualmente** os investimentos realizados pela CEG e pela CEG RIO durante o quinquênio do ciclo revisional da tarifa, como se infere dos Pareceres no. 01/2016-ASC e no. 02/2013-ASC;*

2. caso desatendidos os investimentos esperados para cada ano do ciclo (conforme planejamento elaborado pelos concessionários e aprovado pela AGENERSA, e ressalvadas as hipóteses de caso fortuito ou força maior), cabe a aplicação das penalidades contratuais de imediato, ou seja, sem que seja necessário aguardar o fim do quinquênio, resguardados o contraditório e a ampla defesa e sem prejuízo da redesignação de prazo para a realização dos investimentos, desde que dentro do ciclo quinquenal;

3. o cômputo dos investimentos não realizados na revisão tarifária para o quinquênio seguinte não é uma faculdade dos concessionários, sendo admissível em caráter excepcional, quando inviabilizado o cumprimento das metas de investimento dentro do mesmo ciclo".

Na promoção nº. 05/2016 - FAG, da PGE, é manifestado o de acordo com o Parecer nº. 01/2016- FDCB, com acréscimo de duas observações, quais sejam: *"(...) A primeira é que o plano de investimento não é imutável, assim como não é imutável a própria prestação dos serviços públicos. O plano pode ser adequado e ajustado na medida em que novas circunstâncias ocorram durante a sua execução, como a superveniente mudança do interesse público ou mesmo diante de fatos extraordinários que impossibilitem a sua correta implementação. Mas o ponto central é que o plano de investimento não pode ser alterado unilateralmente pela concessionária, sendo imprescindível a aquiescência do Poder Concedente e da própria AGENERSA. Com isso assegura-se eventual maleabilidade na execução dos investimentos, o que somente se torna viável juridicamente desde que observadas duas condições: (i) motivação razoável; (ii) aquiescência do Concedente e do Regulador".*



Registra que "(...) o plano de investimentos deve ser elaborado a partir de programas físico-financeiros, vinculados a determinados prazos, sob pena de se transformar em um repositório de ações meramente programáticas despidas de qualquer efetividade".

A segunda questão abordada pela PGE refere-se "(...) a uma vinculação absoluta ente a anualidade nos investimentos e aplicação de penalidades. A aplicação de sanção pela AGENERSA deve comportar um espaço para o exercício da sua discricionariedade regulatória". Explica aquela Procuradoria que "(...) deve ser respeitado o legítimo espaço de avaliação do regulador para que, no caso concreto, exercite as suas capacidades institucionais, sempre levando em consideração as peculiaridades do caso concreto e o dever de zelar pela prestação de um serviço público adequado".

Por último, o Subprocurador-Geral do Estado, devolve os autos à AGENERSA, aprovando o Parecer nº. 01/2016-FDCB, chancelado pelo Procurador-chefe da procuradoria de Serviços Públicos na Promoção nº. 05/16, destacando que "(...) pode a AGENERSA acompanhar anualmente os investimentos realizados pela CEG e pela CEG RIO, não havendo fundamento jurídico razoável na tese de que aplicação de sanções somente poderia ocorrer ao final do quinquênio". Com efeito, entende que "(...) a interpretação sugerida pelas concessionárias não se sustenta, seja por engessar o exercício da atividade reguladora da Agência pelo período de cinco anos, seja por colocar em risco as metas a serem atingidas com o plano de investimentos e a própria prestação de serviço público adequado".

Acrescenta o i. Subprocurador que "(...) O plano é quinquenal porque considerado este período total para investimentos, mas isso nada tem a ver com a legítima prerrogativa da AGENERSA em exercer a sua missão de acompanhar, fiscalizar e sancionar os concessionários em caso de inadimplemento". Lembra que "(...) o plano de investimentos apresentado guarda direta relação com a tarifa aprovada na revisão quinquenal. A não fiscalização do plano de investimentos pela AGENERSA pode acarretar, como principal consequência, a não expansão e melhoria na prestação do serviço". (...) Como anotado, a lógica do cômputo dos valores não investidos para a revisão a menor da tarifa deve ser encarada como última ratio, sob pena de não se concretizar o objetivo do contrato de concessão que reside na prestação de um serviço público adequado".



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/345/2014

Data 20/05/14 Fls.: 499

Rubrica: 43666566

Ao final, ressalta que "(...) a AGENERSA, como qualquer órgão ou entidade integrante da Administração Pública, não está infensa aos controles externos para correção de excessos ou eventuais omissões no exercício das suas funções, a impor que as suas decisões regulatórias observem padrões de juridicidade e razoabilidade".

Despacho da assessoria do Conselheiro-Relator do processo juntando documentos e encaminhando os autos ao gabinete dessa relatoria do recurso, justificando a data em que os mesmos foram acostados, pois este regulatório foi remetido à PGE em novembro de 2015 e devolvidos nesta Agência em 10/11/16.

Em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, foi expedido ofício AGENERSA/MF nº. 70/2016 para a Concessionária apresentar suas considerações finais.

Em manifestação final³⁵, a Recorrente repisa as razões recursais, esclarecendo que "(...) Não obstante os Pareceres da PGE, as Concessionárias ratificam seus argumentos de que a sistemática de apuração dos investimentos deve ser quinquenal, nos termos dos Contratos de Concessão. Em que pese isso, caso este não seja o entendimento da AGENERSA, gostaríamos de pontuar: i) a aplicação de penalidade de forma anual não é obrigatória, cabendo a Agência avaliar caso a caso; ii) não existia plano aprovado pela AGENERSA e pelo Poder Concedente no ano de 2013 e; iii) ainda que se pudesse presumir a aplicação de multa ano à ano, o somatório destas não pode ultrapassar o teto estabelecido nos Contratos de Concessão, ou seja, 0,1% dos faturamentos dos últimos 12 (doze) meses, de cada Concessionária".

Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator
ID 4356807-6

³⁵ DIJUR - E - 1255/16, protocolada em 06 de dezembro de 2016.
Conselheiro Moacyr Almeida Fonseca - Processo E-12/003/345/2014



DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2265, DE 27 DE NOVEMBRO DE 2014

CONCESSIONÁRIA CEG RIO - PLANO PLURIANUAL DE INVESTIMENTOS.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório E-12/003.345/2014, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG Rio a penalidade de multa, no valor de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à 06/06/2014, com base na Cláusula Dez, IV, do Contrato de Concessão e no art. 19, IV, da IN AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão da violação à cláusula quarta, § 1º, item 11, do Contrato de Concessão, por descumprimento ao caput do art. 13 da Deliberação 1795/2013, complementada pela Deliberação 2034/2014, conforme fundamentação constante no voto.

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG Rio a penalidade de multa, no valor de 0,0005 % (cinco décimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à 31/10/2014, com base na Cláusula Dez, IV, do Contrato de Concessão e no art. 19, IV, da IN AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, pelo descumprimento, com relação ao ano de 2014, do previsto no art. 13, II, da Deliberação 1795/2013, complementada pela Deliberação 2034/2014.

Art. 3º - Determinar que a CEG Rio, no prazo de 30 (trinta) dias, apresente, nos termos do art. 13, II, o PPA atualizado para 2015/2017, conforme fundamentação constante no voto.

Art. 4º - Determinar que CAENE e CAPET acompanhem o cumprimento do disposto no artigo anterior.

Art. 5º - Determinar que a CAPET analise o atendimento ao disposto no art. 13, III, conforme fundamentação constante no voto.

Art. 6º - Aplicar à Concessionária CEG Rio a penalidade de multa, no valor de 0,066% (sessenta e seis milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à 31/12/2013, pelo descumprimento das metas físicas e financeiras referentes ao ano de 2013 (que totalizam investimentos não realizados de R\$ 47.782.522,00), com base na Cláusula Dez, II e IV, do Contrato de Concessão e no artigo 19, inciso IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001, de 04/09/2007.

Art. 7º - Determinar que a Concessionária CEG Rio execute, em 180 (cento e oitenta) dias, os investimentos não realizados no ano de 2013.

Art. 8º - Determinar que CAENE e CAPET acompanhem o cumprimento do disposto no artigo anterior.

Art. 9º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura dos Autos de Infração correspondentes, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007.

Art. 10 - Determinar que a SECEX dê ciência desta decisão ao Poder Concedente.

Art. 11 - Esta Deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 27 de Novembro de 2014

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA - Conselheiro - Presidente; LUIGI EDUARDO TROISI - Conselheiro, MOACYR ALMEIDA FONSECA - Conselheiro; ROOSEVELT BRASIL FONSECA - Conselheiro-Relator; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA - Conselheiro

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2362, DE 28 DE JANEIRO DE 2015

CONCESSIONÁRIA CEG RIO - PLANO PLURIANUAL DE INVESTIMENTOS.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório E-12/003.345/2014, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária CEG RIO, porque tempestivos, para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo-se íntegra a Deliberação AGENERSA nº 2665/2014.

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

Rio de Janeiro, 28 de Janeiro de 2015

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA - Conselheiro - Presidente; LUIGI EDUARDO TROISI - Conselheiro, MOACYR ALMEIDA FONSECA - Conselheiro; ROOSEVELT BRASIL FONSECA - Conselheiro-Relator; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA - Conselheiro



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/345/2014

Data 20/05/14 Fls.: 501

Rubrica: 43666566

Processo n.º: E-12/003/345/2014
Autuação: 20/05/2014
Concessionária: CEG RIO
Assunto: Plano Plurianual de Investimentos
Sessão Regulatória: 16 de fevereiro de 2017

VOTO

Trata-se de recurso interposto pela CEG RIO, em face da Deliberação AGENERSA n.º 2265ⁱ de 27/11/14, complementada pela Deliberação AGENERSA n.º 2362ⁱⁱ, de 28/01/15, publicadas em 08/12/14 e 30/01/15, respectivamente, a qual aplicou penalidade de multas e determinou obrigações a serem cumpridas pela Concessionária.

Não conformada com as referidas Deliberações, a Concessionária protocolizou o recurso em 11/02/15, sustentando, em preliminar, a sua tempestividade e, no mérito, registra a Recorrente os item sob os tópicos: princípio da culpabilidade, impossibilidade legal de se estabelecer revisões anuais, descabimento das multas aplicadas nos arts. 1.º e 2.º, descabimento da obrigação estipulada no art. 7.º, obrigação estipulada no art. 3.º, vício de motivação do art. 6.º e da irrazoabilidade/desproporcionalidade das penalidades aplicadas.

Por fim, clama por nova avaliação para que sejam anuladas as multas pecuniárias aplicadas e, na eventualidade, caso ultrapassado o pedido supra, pela substituição daquelas penalidades por advertências, bem como o afastamento das obrigações impostas nas Deliberações.

Cabe destacar que a Procuradoria desta Agência, em seu parecer n.º. 33/2015, se posicionou pelo conhecimento do Recurso, por tempestivo, para, no mérito, recomendar a negativa de provimento, em razão de inexistir vício de legalidade na Deliberação recorrida.

Ademais, respondendo a consulta realizada pelo Presidente desta Agência, a Procuradoria Geral do Estado - PGE, por meio do Parecer 01/2016-FDCB, da Promoção n.º. 05/2016 - FAG e, por último, do despacho do Subprocurador-Geral do Estado, aprovando os documentos acima, aquele órgão, em suma, salienta o cabimento da AGENERSA em apurar os investimentos realizados pela Concessionária, a possibilidade de aplicação de sanções caso desatendidos os investimentos esperados para cada ciclo e registra que o cômputo dos investimentos não realizados na revisão tarifária para o quinquênio seguinte não é faculdade da Delegatária.



Frise-se que idêntica matéria já foi abordada por essa Agência, por meio do voto (Concessionária CEG - Processo E-12/003/344/2014) confeccionado pelo então Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca, em sessão regulatória de 26/05/15, que gerou a Deliberação AGENERSA nº. 2547/15, na qual por unanimidade do Colegiado, negou provimento ao recurso interposto pela CEG.

Dê plano, registro que seguirei os exatos termos do parecer da Procuradoria desta Agência, dos pareceres da PGE e entendimento exposto no voto do i. Conselheiro, de modo que tais posicionamentos serão parte integrante deste voto.

Inicialmente, cabe informar que o Recurso foi protocolizado dentro do prazo regimental, considerando a publicação da Deliberação e a apresentação do apelo, porquanto tempestivo.

Passando ao exame do mérito, em seu primeiro item sob o título de **princípio da culpabilidade** a Recorrente requer o afastamento da multa contida no art. 6º da Deliberação AGENERSA nº 2265/14, na qual puniu a Concessionária pelo descumprimento das metas físicas e financeiras referentes ao ano de 2013 que totalizaram como investimentos não realizados o valor de R\$ 47.782.522,00 (quarenta e sete milhões setecentos e oitenta e dois mil e quinhentos e vinte e dois reais).

Segundo a Concessionária, o atraso desta Agência, quando da decisão final do processo que tratou da 3ª Revisão Quinquenal da CEG RIO, impediu a execução total dos investimentos ao ano de 2013, porquanto até maio de 2014 aquele processo encontrava-se pendente de decisão recursal, por isso, entende por essa razão está amparada pela excludente de culpa - "*fato da administração*".

A Deliberação AGENERSA nº 1795, em seu art.13, determina que a Recorrente apresentasse em até 30 (trinta) dias o plano plurianual de investimentos, referente ao período de 2013 a 2017, compatível com as metas físicas de expansão da rede de distribuição de Gás Natural aprovada na 3ª Revisão Quinquenal, indicando os respectivos projetos básicos, bem como os cronogramas físico-financeiros com orçamentos pautados nos custos unitários.



Para viabilizar a verificação dos investimentos, foi determinada a abertura deste processo, objetivando o acompanhamento dos investimentos autorizados. Caberia à Recorrente, no prazo estipulado (30 dias), apresentar a documentação necessária. No entanto, conforme asseverou o ilustre Conselheiro Roosevelt Brasil Fonseca, em seu voto, o prazo não foi cumprido¹.

Pelo que observei nos autos, vislumbro a nítida presença da culpa no caso em tela, haja vista a omissão da Recorrente em não apresentar a documentação inerente aos investimentos autorizados, caracterizando a sua negligência.

Inclusive, consta nos autos pareceres das Câmaras Técnicas a impossibilidade de realização da análise ante a falta da documentação necessária.

Ressalta-se que a argumentação acerca do fato da administração não merece prosperar, uma vez que não há provas, nos autos, do desequilíbrio – econômico financeiro do contrato de concessão, celebrado pela Recorrente, em virtude de ação ou omissão do Poder Concedente².

Na verdade, este processo surge em decorrência da 3ª revisão quinzenal, cujo objetivo é reavaliar o contrato de concessão para a garantia do equilíbrio econômico – financeiro, contemplando todos os investimentos a serem realizados no período de 5 anos (2013-2017) para viabilizar a prestação adequada do serviço público.

¹ Com efeito, excedido o prazo previsto para a apresentação do Plano Plurianual no prazo estipulado no caput do art. 13, vejamos que importa verificar, inclusive nos termos do parecer da PGE ensejador da abertura deste feito, o qual recomendou um constante acompanhamento de investimentos, se a Concessionária apresentou o Plano Plurianual atualizado, de acordo com o art. 13, II. Quero dizer, com isso, que o presente momento cabe examinar se a CEG Rio apresentou, até 31/10/2014, o PPA adequado para 2015/2017, considerando que a decisão que complementou a Deliberação 1795/2013 e exauriu a discussão quanto à matéria, qual seja, Deliberação 2034, foi publicada somente em 05/05/2014".

² Entende-se por fato da administração aquele decorrente da ação ou omissão da administração pública que geram reflexos diretos na executividade do contrato acarretando na rescisão contratual, ressarcimento ao particular dos prejuízos comprovados, devolução da garantia, nos pagamentos devidos pela execução do contrato, até a data da sua rescisão, e dos custos da desmobilização, como mostra o art. 79 da Lei 8.666/93:

"Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;
II - amigável, por acordo entre as partes, reduzida a termo no processo da licitação, desde que haja conveniência para a Administração;
III - judicial, nos termos da legislação;
IV - (Vetado).
(...)

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

I - devolução de garantia;
II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;
III - pagamento do custo da desmobilização".

Equipara-se, portanto, a força maior, sendo considerado causa excludente da responsabilidade do particular perante o Poder Concedente.



Para a prestação adequada do serviço público, investimentos são imprescindíveis, garantindo a atualização do serviço concedido, e conseqüentemente, o cumprimento contratual.

A partir do momento em que houve a previsão e autorização dos investimentos da revisão quinquenal, cabe a Recorrente concretizá-los, dentro do prazo estipulado sob pena de enriquecimento sem causa e descumprimento do contrato de Concessão. Por conseguinte, não há o que se falar em revisão anual tarifária como a Recorrente leva a crer em seu recurso.

Cumprido salientar que estes investimentos são destinados para a melhoria do serviço público prestado pela Recorrente, garantindo que a mesma preste o serviço adequado aos seus usuários.

A Cláusula Quarta do Contrato de Concessão obriga a Recorrente a prestação do serviço adequado, incluindo a sua expansão, em outras palavras, incremento da atividade de distribuição de gás. Portanto, cabe a Recorrente concretizar todos os investimentos autorizados nos períodos previstos. A sua não realização acarreta no descumprimento contratual.

Neste diapasão, entendo pela inexistência da excludente "*fato da administração*", rechaçando os argumentos sustentados pela Recorrente, haja vista a inexistência de qualquer vício.

Em outro item, a Concessionária entende pela impossibilidade **desta Agência exigir a realização de investimentos por ano** e, ainda, penalizá-la pela inexecução anual dos investimentos estipulados na 3ª Revisão.

Conforme conteúdo dos autos, o presente processo foi iniciado com o assunto "*Plano Plurianual de Investimentos*", tendo em vista o acolhimento da recomendação da Procuradoria Geral do Estado, constante no voto apresentado no regulatório E-12/020.523/2012 (Deliberação AGENERSA nº. 1795/13), para a abertura de processo específico para acompanhamento constante da realização dos investimentos propostos para o quinquênio 2013 a 2017.

Isso porque, em outras oportunidades, os valores não investidos e, conseqüentemente, os investimentos não realizados só eram observados ao final do quinquênio.



Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003/345/2014
Data 20/05/14 Fls.: 505
Rubrica:

Contudo, isso não é o que se espera de um contrato de serviço público, ao contrário, espera-se que os investimentos sejam continuamente realizados e que, quando do final do ciclo tarifário, a Concessionária tenha efetivamente concluído aquilo a que se propusera no início do período.

Naturalmente, a Concessionária não pode, sob pena de enriquecimento sem causa, desconsiderar os valores que prometera investir e não fez ao tempo de requerer a revisão tarifária. Ademais, afasto a argumentação da Recorrente, pois entendo que é possível e necessária a exigência dos investimentos definidos, ano a ano, e a consequente imposição de penalidade pela sua inexecução anual.

Isso porque, a inexecução revela descumprimento de decisão constante da 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas, que, ao fixar os investimentos ano a ano, estabeleceu, a abertura de processos anuais para o devido acompanhamento, fiscalização e exigência de realização do que se obrigou a Concessionária, no afã de atender de forma adequada aos usuários do serviço público.

Assim sendo e, considerando o posicionamento da PGE, quando do questionamento do Presidente desta Agência relativo à possibilidade de fiscalização anual do cumprimento das metas de investimento definidas para o ciclo quinquenal e cabimento da imposição de penalidades a mesma periodicidade, o qual concordo, concluo pela rejeição da argumentação da Recorrente.

Em outro tópico, a Concessionária sustenta o **descabimento das multas aplicadas nos artigos 1º e 2º**, relativas ao não atendimento do *caput* artigo 13º da Deliberação 1795/13, na qual determinou o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação do plano plurianual de investimentos referente ao período de 2013/2017 e, do artigo 13, II, no que se refere a entrega do plano de investimentos relativo ao ano de 2014.

Em relação ao prazo fixado no *caput* daquele dispositivo, entendo que ele restou ultrapassado, haja vista se considerarmos a data em que a Concessionária obteve notícia acerca da instauração do presente processo.



Em que pese à exibição dos argumentos da Recorrente relacionados à suspensão do prazo para apresentação da documentação de que trata o *caput* do art. 13, observe-se que o então relator originário do processo considerou, sendo este um critério, que, pela data da publicação da decisão final do processo referente à 3ª Revisão Quinquenal (05/05/14), o prazo previsto no citado dispositivo já restaria ultrapassado, porquanto a partir dessa data se daria a contagem do período de 30 (trinta) dias.

Entretanto, conforme se vislumbra dos autos, a Recorrente somente apresentou a documentação - embora tida como insuficiente - somente em 10/07/14 e, apenas, quando instada pelo relator do processo a exhibir o Plano Plurianual exigido pelo art. 13º da Deliberação 1795/13, fato que evidencia o descumprimento do prazo estabelecido.

Quanto a penalizar a Recorrente por descumprimento do prazo estabelecido no art. 13, II, da Deliberação 1795/13, entendo pela manutenção da penalidade, tendo em vista que o atendimento do prazo para entrega do Plano Plurianual atualizado, qual, seja 31/10/2014, está intrinsecamente ligado à correta apresentação do referido PPA diferente dos moldes propostos, sem detalhamento de investimentos, leva a conclusão acerca do não cumprimento do prazo previsto no combatido dispositivo, uma vez que é despida de efetividade a observância à data estipulada no art. 13, II, se a entrega se dá de forma incompleta e diferente dos moldes do que foi aprovado na 3ª Revisão. Por isso, concluo pelo cabimento das multas aplicadas através dos arts. 1º e 2º da Deliberação 2265/14.

A Recorrente sustenta, em outro ponto, ser **descabida a determinação estipulada no artigo 7º da Deliberação 2265/14**, no que se refere à execução de todas as metas estipuladas para o ano de 2013 no período de 180 (cento e oitenta) dias, pois detém o prazo até o final do quinquênio para cumprir.

Para retirar a determinação de execução dos investimentos de 180 (cento e oitenta) dias, a Recorrente informa a assinatura de Termo Aditivo em 09/12/2014, alegando que, nesse mesmo documento, o próprio Poder Concedente afirma que as metas devem ser cumpridas quinquenalmente, a saber: até 31/10/2017. Conforme se observa das alegações recursais, a Recorrente sugere um impacto desse documento na realocação dos investimentos previstos para 2013.

[assinatura]



A informação de que o Poder Concedente entende que os investimentos devam ser cumpridos dentro do quinquênio é pura e única interpretação, somente, da Concessionária, o que deve ser rechaçado, considerando os argumentos já expostos nos itens anteriores, bem como pelo que consta dos autos, o referido instrumento contratual não desobriga a Concessionária à execução dos investimentos em 180 (cento e oitenta) dias. Desta forma, concluo pelo cabimento e manutenção da obrigação contida no artigo 7º da Deliberação recorrida.

Em outro tópico, a Recorrente se insurge **contra a obrigação estipulada no art. 3º da Deliberação 2264/14**, na qual determinou à CEG RIO a apresentação do PPA atualizado para o período de 2015-2017, nos moldes do art. 13, II da Deliberação 1795/13, sob a argumentação de já ter cumprido o determinado, por meio de correspondências protocolizadas (DIPIR-059/14, de 02/11/14 e DIRPIR-009/15, de 21/01/15) nesta Agência.

Entendo por manter o dispositivo, tendo em vista que, na análise do cumprimento do art. 13º da Deliberação nº. 1795/2013, o relator ainda não havia obtido ciência dos documentos acima informados, sendo esta a razão pela qual foi proposta e acompanhada pelo CODIR a determinação estabelecida no art. 3º.

Adentrando em mais um tópico do Recurso, na qual a Concessionária sustenta haver **vício de motivação no art. 6º da Deliberação 2265/14**, sob o fundamento de que não há dispositivo que determine o cumprimento do Plano anualmente.

Frise-se que a penalização pela inexecução total das metas referentes ao ano de 2013 surgiu pelo comando deliberativo do processo de Revisão Quinquenal que, se descumprido, atrai a imposição de sanção pelo descumprimento.

Lembro que o voto condutor da decisão referente à Revisão da Concessionária CEG RIO expôs que deveriam ser abertos processos anuais para acompanhamento do efetivo início e conclusão dos investimentos, o que originou a instauração deste processo.



Deste modo, a determinação anual, com o fim de verificar o cumprimento do art. 13 da Deliberação 1796/13, só pode levar a conclusão de que, não cumpridas as metas, no ano, deve ser imposta à Concessionária sanção na mesma forma do que consagrou o art. 2º da Deliberação 2265/14, aqui recorrido. Se assim não fosse, estaria permitindo o ganho financeiro a maior da Concessionária e a frustração à universalização dos serviços, razão pela qual mantenho o artigo 6º em seus exatos termos, por inexistir o vício de motivação alegado.

Em sua argumentação final, a Recorrente requer a anulação ou conversão em advertência dos arts. 1º, 2º e 6º, sob o argumento de que as **multas impostas são desproporcionais e não razoáveis**.

Observo que o i. relator considerou corretamente as penalidades impostas, tendo em vista a necessidade da apresentação do PPA e a imprescindibilidade da fiscalização para a adequada prestação dos serviços, a gravidade da infração e a condição econômica da penalizada. São, portanto, razoáveis e proporcionais as multas aplicadas.

Ademais, no que se refere ao art. 2º, pode-se observar que ela atende aos princípios citados, inclusive porque provém de critério já adotado por esta Agência e que leva em conta a proporção dos investimentos não executados.

Finalizando, entendo que as penalidades e as obrigações impostas estão em consonância com as particularidades do caso ora apreciado. Assim, não reconhecendo qualquer amparo legal ou contratual nos argumentos trazidos para a reforma da deliberação, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG RIO, porquanto tempestivo, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se intacta a Deliberação AGENERSA nº 2265/2014.

É o voto.

Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator
ID 4356807-6



DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2265, DE 27 DE NOVEMBRO DE 2014

CONCESSIONÁRIA CEG RIO - PLANO PLURIANUAL DE INVESTIMENTOS.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório E-12/003.345/2014, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG Rio a penalidade de multa, no valor de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à 06/06/2014, com base na Cláusula Dez, IV, do Contrato de Concessão e no art. 19, IV, da IN AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, em razão da violação à cláusula quarta, § 1º, item 11, do Contrato de Concessão, por descumprimento ao caput do art. 13 da Deliberação 1795/2013, complementada pela Deliberação 2034/2014, conforme fundamentação constante no voto.

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG Rio a penalidade de multa, no valor de 0,0005% (cinco décimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à 31/10/2014, com base na Cláusula Dez, IV, do Contrato de Concessão e no art. 19, IV, da IN AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, pelo descumprimento, com relação ao ano de 2014, do previsto no art. 13, II, da Deliberação 1795/2013, complementada pela Deliberação 2034/2014.

Art. 3º - Determinar que a CEG Rio, no prazo de 30 (trinta) dias, apresente, nos termos do art. 13, II, o PPA atualizado para 2015/2017, conforme fundamentação constante no voto.

Art. 4º - Determinar que CAENE e CAPET acompanhem o cumprimento do disposto no artigo anterior.

Art. 5º - Determinar que a CAPET analise o atendimento ao disposto no art. 13, III, conforme fundamentação constante no voto.

Art. 6º - Aplicar à Concessionária CEG Rio a penalidade de multa, no valor de 0,066% (sessenta e seis milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à 31/12/2013, pelo descumprimento das metas físicas e financeiras referentes ao ano de 2013 (que totalizam investimentos não realizados de R\$ 47.782.522,00), com base na Cláusula Dez, II e IV, do Contrato de Concessão e no artigo 19, inciso IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001, de 04/09/2007.

Art. 7º - Determinar que a Concessionária CEG Rio execute, em 180 (cento e oitenta) dias, os investimentos não realizados no ano de 2013.

Art. 8º - Determinar que CAENE e CAPET acompanhem o cumprimento do disposto no artigo anterior.

Art. 9º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura dos Autos de Infração correspondentes, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007.

Art. 10 - Determinar que a SECEX dê ciência desta decisão ao Poder Concedente.

Art. 11 - Esta Deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 27 de Novembro de 2014.

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA - Conselheiro - Presidente; LUIGI EDUARDO TROISI - Conselheiro; MOACYR ALMEIDA FONSECA - Conselheiro; ROOSEVELT BRASIL FONSECA - Conselheiro-Relator; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA - Conselheiro.

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2362, DE 28 DE JANEIRO DE 2015

CONCESSIONÁRIA CEG RIO - PLANO PLURIANUAL DE INVESTIMENTOS.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório E-12/003.345/2014, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária CEG RIO, porque tempestivos, para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo-se íntegra a Deliberação AGENERSA nº 2665/2014.

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

Rio de Janeiro, 28 de Janeiro de 2015.

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA - Conselheiro - Presidente; LUIGI EDUARDO TROISI - Conselheiro; MOACYR ALMEIDA FONSECA - Conselheiro; ROOSEVELT BRASIL FONSECA - Conselheiro-Relator; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA - Conselheiro.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/345/2014

Data 20/05/14 Fls.: 510

Ribeira Janeiro 43666566

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3042 , DE 16 DE FEVEREIRO DE 2017.

CONCESSIONÁRIA CEG RIO – PLANO PLURIANUAL DE INVESTIMENTOS.

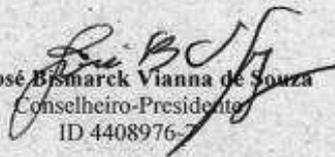
O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/003/345/2014, por unanimidade,

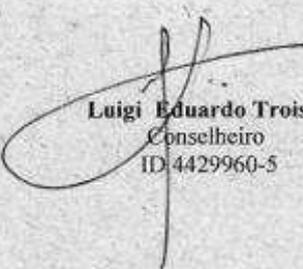
DELIBERA:

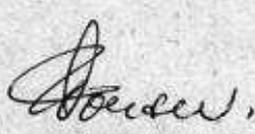
Art.1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG RIO, porquanto tempestivo, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se intacta a Deliberação AGENERSA nº 2265/2014.

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

Rio de Janeiro, 16 de fevereiro de 2017.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente
ID 4408976-7


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro
ID 4429960-5


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro-Relator
ID 4356807-6