



Processo nº.: E-12/003/120/2017
Data de Autuação: 06/02/2017
Concessionária: CEG
Assunto: Verificação do Cumprimento do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da Concessionária CEG.
Sessão Regulatória: 18 de dezembro de 2017

RELATÓRIO

Trata-se de recurso¹ interposto pela Concessionária CEG contra a Deliberação AGENERSA nº 3.199, de 20/06/2017², integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3.206, de 29/08/2017³.

¹ Fls. 537 à 555, protocolado em 26/09/2017.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 3139

DE 20 DE JUNHO DE 2017

CONCESSIONÁRIA CEG - VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO TERCEIRO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE CONCESSÃO DA CONCESSIONÁRIA CEG.

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, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/003.120/2017, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Considerar que as metas de investimentos físicos no montante de R\$ 1.108.07 milhões da CEG para o quinquênio 2013/2017 foram, pela assinatura do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG, alteradas para R\$ 977.23 milhões, devido a exclusão do valor de R\$ 130.84 milhões (valores de Dez/2011), referente ao projetado para a construção dos dutos físicos para abastecer os municípios de Mangaratiba e Maricá, que, por força do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG, foram substituídos pelo direito da Concessionária em fornecer e abastecer os municípios de Mangaratiba e Maricá por GNC e/ou GNL (gasodutos virtuais);

Art. 2º - Considerar que a meta de investimento financeiro para a CEG no quinquênio 2013/2017, no valor inicial de R\$ 1.108.07 milhões, foi alterada para sofrer o abatimento de R\$ 130.84 milhões, totalizando R\$ 977.23, à preços de (moeda dez/11), tendo em vista a nova meta prevista pela assinatura do 3º Termo Aditivo.

Art. 3º - Considerar que o 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG concedeu, conforme Cláusula 1.1 do referido Termo, o direito a Concessionária de substituir a construção dos gasodutos físicos de alta pressão, pela modalidade de abastecimento via GNC e/ou GNL, somente aos municípios de Mangaratiba e Maricá, e não a todos os municípios de sua área de concessão;

Art. 4º - Considerar que o 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG não revogou os compromissos regulatórios assumidos nos 1º e 2º Termos Aditivos, somente alterando-os parcialmente (derrogação);

Art. 5º - Aplicar à Concessionária CEG penalidade de 0,005% (cinco milésimos por cento), com base no artigo 19, IV da Instrução Normativa n.º 001/2007 c/c Cláusula Décima do Contrato de Concessão, no que concerne ao 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, em razão do descumprimento pela não realização das metas físicas de investimentos nos anos de 2015 e 2016, para levar GNC e/ou GNL aos municípios de Mangaratiba e Maricá, previstas e não realizadas pela Concessionária, conforme Relatórios Técnicos da Câmara de Energia;

Art. 6º - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária e Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 014/2010;

Art. 7º - Considerar que não haverá reequilíbrio econômico financeiro em favor da concessionária (influindo positivamente para majoração da tarifa) na próxima Revisão Tarifária (2018/2022) em virtude do pagamento de outorga compensatória no valor de R\$ 152.49 milhões, pela Concessionária ao Estado do Rio de Janeiro, para aquisição do direito em substituir a construção dos dutos físicos intermediários de alta pressão nos municípios de Mangaratiba e Maricá, por GNC e/ou GNL, sendo que o desequilíbrio contratual foi causado por iniciativa da própria Concessionária, na aquisição de um novo direito;

Art. 8º - Determinar a devolução pela Concessionária CEG de R\$ 130.84 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 recebido na tarifa valores a maior no ciclo 2013/2017 a título de investimento para construção de gasodutos físicos de alta pressão nos municípios de Mangaratiba e Maricá, meta esta posteriormente alterada para menor, pela assinatura do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG;

Art. 9º - Considerar que o disposto no item 2.1.4 do 3º Termo Aditivo, veda o reequilíbrio econômico financeiro em favor somente da Concessionária, para a próxima Revisão Quinquenal, e não ao reequilíbrio econômico financeiro e a modicidade tarifária em favor do consumidor;

Art. 10º - Considerar que, em razão da não participação dos consumidores como parte da relação contratual, ou de seus representantes, no 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da Concessionária CEG qualquer cláusula restritiva do direito ao reequilíbrio econômico financeiro e modicidade tarifária em favor do consumidor e da devolução pela CEG aos consumidores dos valores recebidos a maior (no ciclo 2013-2017) na próxima revisão quinquenal, é ineficaz;



De início, a Concessionária aponta, preliminarmente, a tempestividade da peça recursal, *verbis*:

"I.1 - DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

O artigo 78, parágrafo único do Regulamento Interno da AGENERSA, aprovado pela Resolução AGENERSA nº 394/2013, estabelece o prazo de 05 (cinco) dias para a parte interessada interpor embargos das decisões do Conselho Diretor.

O parágrafo único do dispositivo supracitado estabelece que a oposição de embargos interrompe o prazo para apresentação de Recurso pela parte interessada. Ainda nesta toada, o artigo 79 do Regimento Interno estabelece que, independentemente do disposto no artigo 78, caberá uma única vez no prazo de 10 (dez) dias, recurso da parte interessada inconformada ao próprio Conselho Diretor.

Assim, considerando que a CEG interpôs embargos contra a Deliberação AGENERSA nº 3.139/2017, interrompendo o prazo para apresentação de Recurso e, ainda, que a Deliberação AGENERSA nº 3.206/2017 que negou provimento aos Embargos foi publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro do dia 13/09/2017 (sábado).

Portanto, considerando que o próximo dia útil é o dia 25/09/2017 (segunda-feira), passando o prazo a vencer nesta data, tempestivo é o presente Recurso."

Ainda no bojo do mesmo tópico, aduz a Concessionária, no item 2, que:

"I.2 - DO HISTÓRICO

O acordo estabelecido nos III Termos Aditivos aos Contratos de Concessão, firmou negociação entre as Concessionárias CEG e CEG RIO com o Governo do Estado do Rio de Janeiro e contou com a interveniência e amuência da AGENERSA.

Art. 11º - Determinar que durante os trabalhos da próxima Revisão Quinquenal o presente voto seja utilizado como parâmetro para cálculo tarifários e ainda abordado pela empresa de consultoria conjuntamente com a interpretação sobre a contabilização dos valores da outorga no intangível;

Art. 12º - Encaminhar cópia do presente voto ao Poder Concedente Estadual para ciência;

Art. 13º - A presente deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 20 de junho de 2017.

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

DE 29 DE AGOSTO DE 2017

3 DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 3206
CONCESSIONÁRIA CEG - VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO TERCEIRO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE CONCESSÃO DA CONCESSIONÁRIA CEG.

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, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/003.120/2017 (apenso: E-12/003/636/2014), por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os Embargos interpostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD nº 3.139, de 20/06/2017, tendo em vista o preenchimento dos requisitos extrínsecos do recurso, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a Deliberação ora embargada.

Art. 2º - A presente deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2017.

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA, Conselheiro-Presidente-Relator; LUIGI EDUARDO TROISI, Conselheiro; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA, Conselheiro; TIAGO MOHAMED, Conselheiro.



Por ocasião da negociação o que se buscou consolidar com a assinatura dos referidos instrumentos foi a troca da obrigatoriedade da construção de alguns gasodutos (ativo tangível), por uma outorga (ativo intangível), que possibilitasse o atendimento dos municípios ali especificados por meio de gasodutos virtuais.

A proposta inicial das Concessionárias foi a de que se deixaria de construir os gasodutos e se pagaria o aporte e, na próxima revisão tarifária, se faria um reequilíbrio econômico-financeiro em favor das Concessionárias, uma vez que o aporte seria realizado nos três primeiros anos e os gasodutos nos últimos dois, o que, a valor presente, seria prejudicial à CEG.

A posição da Casa Civil foi a de que seria melhor não haver reequilíbrio econômico-financeiro, de forma alguma, o que a CEG acabou aceitando, muito embora tal opção fosse prejudicial à Concessionária. Os gasodutos deveriam, então, ser desconsiderados como obrigação do 4º quinquênio e o valor do aporte somente passaria a ser depreciado no quinquênio seguinte.

Ocorre que a AGENERSA, apesar de reconhecer o aporte para fins de alteração do plano de investimentos do quinquênio em curso, curiosamente entendeu que deveria a CEG devolver, via modicidade tarifária, os valores recebidos na última revisão para construção dos gasodutos objeto do III Termo Aditivo, contrariando toda a inteligência do acordo feito entre a CEG e o Governo do Estado, com a participação da AGENERSA.

Tal situação, já considerando a negociação acima relatada, traz grave desequilíbrio econômico-financeiro para as Concessionárias, o que não se pode admitir.

(...)"

Já no mérito, a Concessionária alega que houve violação ao III Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, sob o seguinte fundamento, em parte:

"II.1 - DA VIOLAÇÃO AO III TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE CONCESSÃO

Verifica-se, da simples leitura da Deliberação ora recorrida que a AGENERSA, apesar de ter participado como interveniente anuente, assinando o III Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG, distorceu totalmente o que foi pactuado entre a Concessionária e Poder Concedente, violando todos os princípios jurídicos que devem



ser necessariamente observados, como a segurança jurídica, o ato jurídico perfeito, direito adquirido, a boa-fé, a moralidade e da proteção a confiança legítima.

Ademais, a interpretação dada pela AGENERSA viola o equilíbrio econômico-financeiro pelo qual a AGENERSA tem obrigação de zelar e, frise-se, não só em favor do consumidor, mas também em favor da Concessionária, visto que ambas as partes da equação devem estar em harmonia.

Dispõe, a esse respeito o III 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 1.1, 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.

Ou seja, a CEG e o Poder Concedente concordaram, durante as negociações que o pagamento da outorga e os investimentos considerados na revisão 2013-2017, se anulariam, mutuamente, a fim de não impactar no reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Muito embora, conforme comentado no histórico, para pagamento da outorga, a CEG tenha trazido os valores de investimento a valor presente, o que fez com que a Concessionária saísse no prejuízo.

(...)

Seguindo nesta trilha, pode-se afirmar que a imposição, ao concessionário, de nova metodologia para contabilização da base de ativos e a interpretação de cláusula do III Aditivo na contramão do que foi negociado entre as partes, esvaziam a garantia constitucional, legal e contratual da intangibilidade da equação econômico-financeira desta concessão, a desaguar, se assim ocorrer (o que efetivamente não se espera), em flagrante inconstitucionalidade e ilegalidade.

Ademais, a interpretação do III Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, contraria o disposto na Cláusula 2.1.4, que previa que não haveria reequilíbrio econômico-financeiro quanto aos investimentos deliberados na última revisão, que foram substituídos. Ou seja, a AGENERSA contrariou o que foi negociado entre a CEG/CEG RIO e o Poder Concedente quando da celebração dos referidos aditivos, dos quais a Agência participou como interveniente amuente. Vale lembrar que as partes ao realizarem a negociação dos referidos instrumentos honraram o princípio



da autonomia da vontade e da liberdade de contratar e, em sendo a AGENERSA submetida ao Poder Executivo, terminou por contrariar ato praticado pelo próprio poder ao qual está vinculada e, em última instância, ato praticado por ela própria.

A proibição de 'venire contra factum proprium', que na área do direito administrativo foi objeto de duas monografias preciosas, uma do Prof. HECTOR MAIRAL (La Doctrina de Los Proprios Actos y la Administración Pública) e outra do Prof. EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA (La Doctrina de los Actos Proprios y El Sistema de la Lesividade) diz respeito à obrigação do sujeito titular de direitos ou prerrogativas públicas de respeitar a aparência criada por sua própria conduta anterior nas relações jurídicas subsequentes, ressalvando a confiança gerada em terceiros, regra fundamental para a estabilidade e segurança no tráfego jurídico. A proibição de ir contra os próprios atos interdita o exercício de direitos e prerrogativas quando o agente procura emitir novo ato em contradição manifesta com o sentido objetivo dos seus atos anteriores, ferindo o dever de coerência para com o outro sujeito da relação sem apresentar justificacão razoável. (MODESTO.

Paulo)

(...)

Ou seja, a AGENERSA está contrariando ato firmado pelo Poder Executivo ao qual está adstrita e vinculada, que é o Poder Concedente.

(...)

No que se refere a observância da legalidade, segurança jurídica e confiança legítima, evidente que estas se contrapõem. A legalidade dispõe que toda a atuação da Administração Pública deve ser compatível com o direito, o que, por óbvio ocorreu quando das revisões quinquenais pretéritas.

Ainda nessa linha, a deliberação ora recorrida vai na contramão da segurança jurídica que impõe a manutenção da estabilidade no relacionamento entre órgãos administrativos e a sociedade.

A confiança legítima, por sua vez, conduz o administrado a presumir que a rigorosa observância da legalidade, especificamente daquilo que foi pactuado no III Termo Aditivo previne a prática de ações e omissões ilícitas, especificamente naquilo que está definido nos Contratos de Concessão e a garantia da justa remuneração.

(...)



Diante do exposto, evidente que a AGENERSA deve observar o que foi pactuado entre a CEG e o Poder Concedente no III Termo Aditivo, não podendo distorcer o que foi pactuado na Cláusula 2.1.4. Por tal motivo, solicita a CEG que seja dado provimento ao presente recurso, a fim de que a Agência reconheça a validade do III Termo Aditivo, reconhecendo que não haverá reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos ali pactuados.

Destarte, deve o presente processo ser remetido à Casa Civil para manifestação prévia ao julgamento do presente recurso, a fim de que este manifeste o que foi acertado nas negociações prévias a assinatura do III Termo Aditivo." (grifo no original).

Além disso, a recorrente alega, ainda no mérito, o que segue:

"II.2 - DA ILEGALIDADE E FALTA DE RAZOABILIDADE DA MULTA APLICADA

A AGENERSA, na Deliberação nº 3139/2017, aplicou, no art. 5º, multa de 0,005% (cinco milésimos por cento), alegando que a CEG não teria dado cumprimento às metas físicas de investimentos nos anos de 2015/2016, para levar GNC e/ou GNL aos municípios de Mangaratiba e Maricá.

Ocorre que, mais uma vez, ignorou a AGENERSA, o conteúdo do III Termo Aditivo que dispôs, em seu item 1.2:

1.2 A CONCESSIONÁRIA assume a obrigação de construir nos municípios destacados no item 1.1 as redes físicas de distribuição local do gás natural 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.

Ou seja, a Concessionária tem até 31 de dezembro de 2017 para cumprir a obrigação. Desse modo, ainda faltando 03 (três) meses para este prazo, está a Concessionária dentro do cronograma pactuado no referido Aditivo, não cabendo a AGENERSA aplicar nenhuma penalidade pro mora.

Não bastasse isso, violando frontalmente o princípio do non bis in idem a AGENERSA instaurou processos específicos, ano a ano, para apurar a realização ou não dos investimentos pela Concessionária, processos estes que estão em trâmite na Agência em via de serem julgados.



Claramente, além de não ser cabível a penalidade no presente caso, porque ainda há prazo para cumprimento da obrigação, quando os processos específicos para apuração de investimentos forem julgados, se culminarem na aplicação de penalidade, teremos duas penalidades aplicadas pelo mesmo motivo ou seja, a não realização de metas físicas nos anos 2015/2016, o que não se pode admitir!

(...)

Além de todo o exposto, evidente que a penalidade aplicada, ainda que fosse cabível, o que só se admite em atenção ao princípio da eventualidade, não observou o princípio da razoabilidade.

De pronto, merece destaque os dizeres de FÁBIO MEDINA OSÓRIO, acerca da importância de se reconhecer o relevo assumido pelo princípio da proporcionalidade sancionador (...).

Ora, evidente que ainda que a AGENERSA entenda que merece prosperar a aplicação da penalidade, esta deve ser revista, porque não observou aos princípios acima referenciados.

Diante do exposto, requer a CEG que seja anulada a penalidade de multa imposta, considerando que, de acordo com o III Termo Aditivo, a CEG pode cumprir a obrigação até 31/12/2017 e, ainda, que já existem processos específicos para apurar o cumprimento das metas de investimentos, já levando em consideração as alterações promovidas pelo III Termo Aditivo."

Por fim, encerra a recorrente defendendo que:

"II.3 - DO DIREITO DA CEG DE ABASTECER MUNICÍPIOS COM GNC

A Deliberação da AGENERSA, no art. 3º, aponta que não teria a CEG o direito de levar GNC e/ou GNL a outros municípios em sua área de Concessão, que não fossem os que foram objeto do III Termo Aditivo, ou seja, os municípios de Mangaratiba e Maricá.

Ocorre que o pagamento da outorga feito pela CEG se deu em função de já existir compromisso prévio, na última revisão tarifária, de levar gasodutos físicos para estes municípios, ou seja, o pagamento teve por base a substituição de um compromisso previamente assumido.

Em que pese isso, nada impede que a CEG possa vir a abastecer municípios dentro de sua área de Concessão, em que inexistam, no momento, compromissos regulatórios de



se chegar com rede, dentro do plano de investimentos, em atenção ao princípio da universalização e da inovação tecnológica. Aliás, ao contrário, sendo a Concessionária detentora do monopólio de distribuição de gás no Estado do Rio de Janeiro, nada impede, inclusive, que a CEG proponha, dentro de um ciclo tarifário, investimentos em municípios por meio de GNC e/ou GNL.

Por este motivo, a CEG solicita a AGENERSA que reforme a deliberação para que tal interpretação fique clara, a fim de ser reconhecido o direito da CEG abastecer por meio de GNC e/ou GNL municípios dentro de sua área de Concessão, desde que inexista compromisso prévio de se chegar com gasodutos."

E, em sua conclusão, a recorrente requer: *"a esse E. Conselho Diretor que dê provimento ao Recurso interposto, a fim de se anular a Deliberação AGENERSA nº 3139/2017, nos termos acima expostos, não sem que antes seja o presente processo enviado a Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro para manifestação acerca do presente Recurso, pelos fatos e fundamentos acima expostos."*

Consta às fls. 556, cópia da Resolução AGENERSA CODIR Nº 608/2017⁴, através do qual este recurso foi distribuído a minha relatoria.

O feito foi remetido⁵ à Procuradoria⁶ da AGENERSA, que, inicialmente, certificou a tempestividade do recurso e após fazer um breve relato dos fatos e expor seus embasamento legais, opinou: *"pelo conhecimento do Recurso interposto pela CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 3.199/2017 de 20/07/2017, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3.206/2017, de 29/08/2017, eis que tempestivo, e no mérito pela negativa de provimento ante a ausência de vício de legalidade na deliberação recorrida."* E encerrou seu parecer ressaltando: *"Tenha-se em mente que as razões esposadas no presente parecer realçam, mais uma vez, que os investimentos listados no 3º Termo Aditivo não foram realizados pela Concessionária CEG, tendo sido remunerada pela tarifa para cumprimento das obrigações listadas, as quais permanecem inadimplidas até momento presente, atraindo, pois, a imposição de penalidade de natureza grave em coerência com os preceitos do Contrato de Concessão. Não se podendo perder de vista que a Recorrente deixou de realizar durante estes anos vultosos investimentos aos quais se encontrava obrigada, descumprindo assim o cronograma anual de investimentos projetados para o quinquênio, conforme os termos da deliberação em comento."*

⁵ Fls. 558.

⁶ Fls. 559/567.

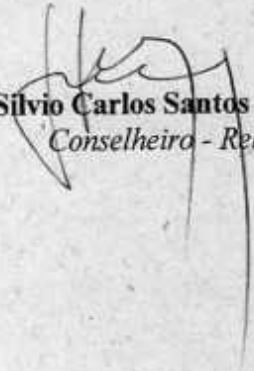


Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12/003.120/2017
Data: 06/02/2017 J87
Rubrica: [Assinatura] ID: 50818562

Através do Of. AGENERSA/CODIR/SS nº 72/2017⁷, foi dada a recorrente a oportunidade de se manifestar em sede de contrarrazões.

É o relatório.


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro - Relator

⁷ Fls. 571.



Processo nº.: E-12/003/120/2017
Data de Autuação: 06/02/2017
Concessionária: CEG
Assunto: Verificação do Cumprimento do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da Concessionária CEG.
Sessão Regulatória: 18 de dezembro de 2017

VOTO

Cuida-se de analisar recurso¹ interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 3.199, de 20/06/2017², integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3.206, de 29/08/2017³.

¹ Fls. 537 a 555, protocolado em 26/09/2017.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 3139

DE 20 DE JUNHO DE 2017

CONCESSIONÁRIA CEG - VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO TERCEIRO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE CONCESSÃO DA CONCESSIONÁRIA CEG.
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, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/003.120/2017, por unanimidade,
DELIBERA:

Art. 1º - Considerar que as metas de investimentos físicos no montante de R\$ 1.108,07 milhões da CEG para o quinquênio 2013/2017 foram, pela assinatura do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG, alteradas para R\$ 977,23 milhões, devido a exclusão do valor de R\$ 130,84 milhões (valores de Dez/2011), referente ao projetado para a construção dos dutos físicos para abastecer os municípios de Mangaratiba e Maricá, que, por força do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG, foram substituídos pelo direito da Concessionária em fornecer e abastecer os municípios de Mangaratiba e Maricá por GNC e/ou GNL (gasodutos virtuais);

Art. 2º - Considerar que a meta de investimento financeiro para a CEG no quinquênio 2013/2017, no valor inicial de R\$ 1.108,07 milhões, foi alterada para sofrer o abatimento de R\$ 130,84 milhões, totalizando R\$ 977,23, à preços de (moeda dez/11), tendo em vista a nova meta prevista pela assinatura do 3º Termo Aditivo.

Art. 3º - Considerar que o 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG concedeu, conforme Cláusula 1.1 do referido Termo, o direito a Concessionária de substituir a construção dos gasodutos físicos de alta pressão, pela modalidade de abastecimento via GNC e/ou GNL, somente aos municípios de Mangaratiba e Maricá, e não a todos os municípios de sua área de concessão.

Art. 4º - Considerar que o 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG não revogou os compromissos regulatórios assumidos nos 1º e 2º Termos Aditivos, somente alterando-os parcialmente (derrogação);

Art. 5º - Aplicar à Concessionária CEG penalidade de 0,005% (cinco milésimos por cento), com base nos artigo 19, IV da Instrução Normativa nº 001/2007 c/c Cláusula Décima do Contrato de Concessão, no que concerne ao 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, em razão do descumprimento pela não realização da metas físicas de investimentos nos anos de 2015 e 2016, para levar GNC e/ou GNL aos municípios Mangaratiba e Maricá, previstas e não realizadas pela Concessionária, conforme Relatórios Técnicos da Câmara de Energia;

Art. 6º - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a Câmara de Política Econômica e Tarifária e Câmara de Energia, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007 e da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 014/2010;

Art. 7º - Considerar que não haverá reequilíbrio econômico financeiro em favor da concessionária (influido positivamente para majoração da tarifa) na próxima Revisão Tarifária (2018/2022) em virtude do pagamento de outorga compensatória no valor de R\$ 152,49 milhões, pela Concessionária ao Estado do Rio de Janeiro, para aquisição do direito em substituir a construção dos dutos físicos intermediários de alta pressão nos municípios de Mangaratiba e Maricá, por GNC e/ou GNL, sendo que o desequilíbrio contratual foi causado por iniciativa da própria Concessionária, na aquisição de um novo direito;

Art. 8º - Determinar a devolução pela Concessionária CEG de R\$ 130,84 milhões, atualizados desde dez/2011 pelo IGP-M (Índice Geral de Preços), em favor do consumidor, via modicidade tarifária, influido negativamente no cálculo da variação da margem, por ter a CEG recebido na tarifa valores a maior no ciclo 2013/2017 a título de investimento para construção de gasodutos físicos de alta pressão nos municípios de Mangaratiba e Maricá, meta esta posteriormente alterada para menor, pela assinatura do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG;

Art. 9º - Considerar que o disposto no item 2.1.4 do 3º Termo Aditivo, veda o reequilíbrio econômico financeiro em favor somente da Concessionária, para a próxima Revisão Quinquenal, e não ao reequilíbrio econômico financeiro e a modicidade tarifária em favor do consumidor;

Art. 10º - Considerar que, em razão da não participação dos consumidores como parte da relação contratual, ou de seus representantes, no 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da Concessionária CEG qualquer cláusula restritiva do direito ao reequilíbrio econômico financeiro e modicidade



O feito foi instaurado com o fito de proceder à verificação dos dispositivos contidos no Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão celebrado entre o estado do Rio de Janeiro e a Concessionária CEG.

Cabe consignar, antes de adentrar aos fundamentos do voto, que ao apresentar suas contrarrazões, a recorrente repisa os argumentos anteriormente apresentados.

Dito isso, passemos a análise do voto.

Em 18/09/17, a CEG protocolou nesta AGENERSA recurso contra a Deliberação ora analisada, no qual, sustenta, inicialmente, sua tempestividade, com fulcro no art. 79 do Regulamento Interno desta AGENERSA, que prevê prazo de 10 (dez) dias para sua interposição.

De início, registro, preliminarmente, sua tempestividade eis que protocolado dentro do prazo regimental de 10 (dez) dias. Assim também entendeu o jurídico desta AGENERSA, quando atestou tratar-se de "(...) recurso tempestivamente interposto".

Em suma, a recorrente, sustenta que a AGENERSA distorceu totalmente o que foi pactuado ente a Concessionária e Poder Concedente, violando os princípios que regem o sistema jurídico, motivo pelo qual pugna pela anulação da deliberação recorrida, bem como, pugna pela anulação da penalidade aplicada, além de requerer a reforma da deliberação para que seja reconhecido como direito o abastecimento por meio de GNC e/ou GNL municípios dentro da área de concessão e, por fim, postula (em sede recursal) manifestação prévia da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro.

Ao analisar as razões recursais, observo que a irresignação da recorrente não se coaduna com os princípios constitucionais, eis que, como muito bem apontado pela Procuradoria desta AGENERSA,

tarifária em favor do consumidor e da devolução pela CEG aos consumidores dos valores recebidos a maior (no ciclo 2013-2017) na próxima revisão quinquenal, é ineficaz;

Art. 11º - Determinar que durante os trabalhos da próxima Revisão Quinquenal o presente voto seja utilizado como parâmetro para cálculo tarifários e ainda abordado pela empresa de consultoria conjuntamente com a interpretação sobre a contabilização dos valores da outorga no intangível;

Art. 12º - Encaminhar cópia do presente voto ao Poder Concedente Estadual para ciência;

Art. 13º - A presente deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 20 de junho de 2017.

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

³ DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 3206

DE 29 DE AGOSTO DE 2017

CONCESSIONÁRIA CEG - VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO TERCEIRO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE CONCESSÃO DA CONCESSIONÁRIA CEG.

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, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/003.120/2017 (apenso: E-12/003/636/2014), por unanimidade, **DELIBERA:**

Art. 1º - Conhecer os Embargos interpostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD nº 3.139, de 20/06/2017, tendo em vista o preenchimento dos requisitos extrínsecos do recurso, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a Deliberação ora embargada.

Art. 2º - A presente deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2017.

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA, Conselheiro-Presidente-Relator, LUIGI EDUARDO TROISI, Conselheiro, SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA, Conselheiro; TIAGO MOHAMED, Conselheiro.



pretende afastar o direito legítimo dos usuários na imediata devolução da quantia que foi remunerada pela tarifa dos investimentos - não mais constantes como meta financeira.

Ademais, o fato gerador que propagou as discussões preliminares se atinha à substituição do meio de transporte de gás a certos Municípios - metas de expansão do serviço e distribuição do gás canalizado - contemplados pelos Termos Aditivos de 2004 e 2005, pelos gasodutos virtuais, segundo a então Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços (SEDEIS).

Diante dessa substituição, foi determinado pelo Estado do Rio de Janeiro outorga compensatória, o que motivou na formalização imediata do 3º Termo Aditivo, cuja presunção de legalidade é mantida até o presente momento.

Nos termos do contrato, o valor da outorga referida é considerado como ativo intangível e, dessa forma, será considerado na base de cálculo da remuneração dos ativos da CEG para efeitos de fixação e revisão das tarifas, nos termos da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão, sendo atualizado monetariamente pelo IGP-M da Fundação Getúlio Vargas, inclusive, para o exposto no Parágrafo 6º da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão, a partir da data dos pagamentos da contraprestação. Ou seja, na medida em que há o reajuste da margem, concorre e por igual, o reajustamento deste intangível.

Porém, analisando as razões da concessionária, percebe-se, conforme muito bem ressaltado pela Procuradoria desta AGENERSA, que ela calculou a meta financeira descontando o valor pago a título de outorga compensatória. Entretanto, o valor pago a título de outorga não pode ser computado para efeitos de cumprimento de metas de investimentos, o que implica em reconhecer o direito legítimo imediato dos usuários (já no presente ciclo) da apropriação do quantitativo correlato e atualizado pelo IGPM na proporção de um por um, ou seja, cada real pago na tarifa deve ser devolvido na mesma proporção aos usuários, tal como bem explicou a CAPET⁴, às fls. 345/347.

De outro giro, é ilógico o raciocínio da Concessionária, notadamente, porque a tarifa aplicada no bojo da 3ª Revisão Quinquenal remunerou todos os investimentos prospectivos para a realização ao longo do 4º quinquênio, o que resulta em reconhecer o direito legítimo dos usuários na imediata devolução da quantia (atualizada) ora remunerada pela tarifa dos referidos investimentos - não mais constantes como meta financeira, além da aplicação de penalidade cabível, tal como foi aplicada pela deliberação recorrida, em cumprimento ao Contrato de Concessão.

⁴ "O montante financeiro de R\$ 130.84 milhões (data-base Dez/2011) relativo aos gasodutos de Maricá e Mangaratiba, que não serão executados, deverá ser devolvido, ainda no presente ciclo revisional, para a manutenção da modicidade tarifária. O valor deve ser atualizado pelo IGPM (Índice Geral de Preços), na proporção de 1 para 1, isto é, cada R\$ (real) pago pelo consumidor, deverá ser retornado, evitando desta maneira o 'ganho financeiro indevido'. Considerando que a Deliberação AGENERSA nº 1.796/2013 aprovou o montante de R\$ 1.108.07 milhões (data-base dez/2011) de investimentos projetados para o 4º quinquênio e que foram disponibilizados R\$ 130.84 milhões (data-base dez/2011) para a construção dos gasodutos de Maricá e Mangaratiba, a nova meta de investimentos do quinquênio passou para R\$ 977.23 milhões (data-base dez/2011)." Parecer CAPET 066/2017.



Da mesma maneira, em relação aos efeitos práticos do item 2.1.4 da Cláusula Segunda do Terceiro Termo Aditivo que prevê: "*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 1.1, 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*".

Ora, a referida cláusula foi elaborada com o objetivo de deixar claro que o **consumidor** não iria ser afetado pelo desequilíbrio contratual desfavorável ocorrido com a Concessionária pelo pagamento da outorga compensatória - não previsto no seu fluxo de caixa da Revisão Quinquenal, que fixou as tarifas para o ciclo de 2013/2017, pois o desequilíbrio foi causado pela própria delegatária que adquiriu um novo direito em seu favor, não podendo onerar os consumidores.

Assim, inexistente na cláusula acima vedação de reequilíbrio econômico-financeiro em favor do consumidor (pró-consumidor), pois se assim o fizesse seria ilegal eis que vai contra o disposto na Lei das Concessões nº 8.987/95 e o disposto no Código de Defesa do Consumidor, que prevê ser direito do consumidor a modicidade tarifária e proibição da inserção de "*cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que impliquem renúncia ou disposição de direitos*"⁵; além de violar o princípio da boa-fé objetiva (cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais) ao querer não ressarcir o consumidor.

Neste sentido, nas palavras da Procuradoria desta AGENERSA: "*salta aos olhos que a redação veda a formulação de pretensões, **por parte da concessionária**, tendentes ao reequilíbrio do pagamento da outorga compensatória, sob pena de enriquecimento indevido por parte da concessionária e destinação diversa da finalidade da outorga compensatória adotada pelo Estado do Rio de Janeiro que, s.m.j, foi adotada em virtude da substituição da obrigação contratual fixada desde 2004/2005, cujos montantes não investidos foram levados à compensação na 3ª Revisão Quinquenal, em favor da modicidade tarifária e aprovados os investimentos (como os aqui discutidos e correlatos à novação na obrigação em espeque) para execução ao longo do 4º quinquênio (2013 a 2017), 'nos valores de R\$ 130,84 milhões (CEG) e R\$ 205,55 milhões (CEG-Rio), ambos à base de dezembro de 2011, a mesma da III Revisão Quinquenal*".

Resta claro, portanto, que inexistente cláusula expressa no Terceiro Termo Aditivo afirmando que a concessionária, pelo pagamento da outorga compensatória, não terá que devolver ao consumidor o valor recebido a maior como investimento na tarifa praticada no ciclo 2013-2017, pela mudança de meta de

⁵ Art. 51, I do CDC.



investimento para menor em virtude da assinatura do Terceiro Termo Aditivo, e, se existisse, seria ilegal por ferir legislação vigente que garante o direito ao reequilíbrio contratual e a modicidade tarifária.

Assim, no que diz respeito ao inconformismo da recorrente com relação à determinação advinda do art. 11 da deliberação em tela, qual seja, contabilização dos valores da outorga no intangível, insta consignar que o reconhecimento feito por este CODIR retrata, apenas, subordinação legal administrativa, via reprodução do item 2.1.3, Cláusula Segunda do 3º Termo Aditivo, decorre daí, inclusive, que o exame de conveniência e oportunidade que gerou a inclusão do item 2.1.3, Cláusula Segunda do 3º Termo Aditivo, foi objeto de negociação entre as Concessionária CEG e CEG RIO, SEDEIS e Casa Civil.

Por outro lado, como muito bem lembrado pela Procuradoria desta AGENERSA, é necessário que: *"Tenha-se em mente que a dicção do item 2.1.3, Cláusula Segunda do 3º TA guarda simetria com os preceitos da Deliberação CVM nº 654, de 28 de dezembro de 2010, especificamente com os itens 28 e 42, que prescrevem: 'Mensuração do ativo intangível direito de outorga - contrapartida em dinheiro. 28. Para os contratos enquadrados no item 12 (a) o custo deve ser reconhecido como despesa ao longo do prazo contratual, em contrapartida ao passivo correspondente ou ao caixa. Para os contratos enquadrados no item 12 (b), o ativo intangível é inicialmente (no termo de posse) mensurado pelo custo. No caso de outorga fixa, o custo corresponde aos valores já despendidos e a depender no futuro devem ser reconhecidos a valor presente, conforme dispositivos do Pronunciamento Técnico CPC 12 - Ajuste a Valor Presente. Em se tratando de outorga variável, por exemplo, com base na receita do período, seu montante deve ser registrado como despesa do período concomitante à receita que o tenha originado (...). Amortização do ativo intangível. 42. O ativo intangível deve ser amortizado dentro do prazo da concessão. O cálculo deve ser efetuado de acordo com o padrão de consumo do benefício econômico por ele gerado, que normalmente se dá em função da curva da demanda. A estimativa da curva de amortização deve oferecer razoável confiabilidade; caso contrário, o método de linha reta (amortização linear) passa a ser o mais recomendado. De acordo com o Pronunciamento Técnico CPC 04 - Ativo Intangível (parcial), o valor amortizável de ativo intangível com vida útil definida deve ser apropriado de forma sistemática ao longo da sua vida útil estimada e ainda 'o método de amortização utilizado reflete o padrão de consumo pela entidade dos benefícios econômicos futuros. Se não for possível determinar esse padrão com segurança, deve ser utilizado o método linear.'"*

Depreende-se, portanto, que há disciplina específica voltada para a mensuração do ativo intangível 'direito de outorga' - contrapartida em dinheiro - e respectivo tratamento contábil, incluindo cálculos para efeitos de amortização durante o prazo da concessão. Deflui daí - conforme entendimento



exposto pela Procuradoria em seu Parecer de fls 559/567 - a lógica que *"fundamenta a eleição do item aqui discutido, cujo entendimento fora apenas reiterado, 'sem inovação', pela Deliberação AGENERSA nº 3.139/2017, sob pena de inversão da ordem jurídica, particularmente, os princípios da legalidade e vinculação aos contratos e demais instrumentos congêneres."*

Além disso, a recorrente pleiteia - em sede de recurso - pelo encaminhamento do feito à Secretaria da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro para manifestação a respeito do presente recurso, neste ponto, ressalto - e concordo, uma vez mais, com as palavras da procuradoria desta AGENERSA, que entende que *"a Recorrente, para efeitos práticos, pugna pelo reexame da matéria coerente com a lógica do recurso hierárquico impróprio. O reexame pretendido é consentâneo com a tomada de decisões pertinentes às atividades administrativas não finalísticas das agências reguladoras, das quais se vê desrespeito aos limites de competência, o que não se coaduna com as razões recursais, eis que estão dissonantes da lógica que permeia equilíbrio do instrumento concessivo. Outrossim, ainda que a Recorrente entenda que possui legitimidade no prosseguimento do reexame da matéria pela Casa Civil, é oportuno lembrar que a Lei nº 5.427/2009 traz o rito formal para tanto. Em atenção à dicção da lei retromencionada, das decisões finais produzidas no âmbito das entidades da administração indireta caberá recurso administrativo, por motivo de ilegalidade, nas mesmas condições estabelecidas (...), para o titular da Secretaria de Estado à qual se vinculem. O recorrente deverá demonstrar, no entanto, em preliminar de recurso, para apreciação exclusiva do Secretário de Estado, a existência da repercussão geral. Para efeito da repercussão geral, segundo a lei, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos do caso específico em exame."*

Com relação ao pedido de reexame da matéria pela Secretaria da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro, o cabimento é reservado quando das hipóteses de tomada de decisões que fogem dos limites de competência desta AGENERSA. No caso do feito, a interpretação e a elaboração do 3º Termo Aditivo foi submetida ao crivo daquela pasta, limitando-se à AGENERSA apenas ao cumprimento das cláusulas pactuadas, razão pela qual entendo prejudicado o pedido formulado pela recorrente, mais do que isso, entendo que a interpretação e o comportamento adotado pela AGENERSA, no que se refere ao cumprimento do termo dos signatários, homenageou os valores primários promovidos pelo sentido da função social⁶ do contrato, como justiça, equidade, razoabilidade, coesão social e confiança, objetivando atingir os resultados socialmente desejados e esperados pelos usuários, aprimorando, com isso, a eficiência do serviço público de distribuição do gás canalizado.

⁶ A função social do contrato se resume na limitação contratual em que as partes devem observar as normas gerais do direito, as normas morais e éticas da sociedade, bem como os interesses coletivos e sociais, traduzido no bem comum.



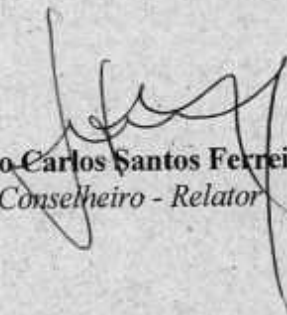
Registra-se também que a Concessionária deixou de cumprir vultosos investimentos durante estes anos, investimentos estes que se encontrava obrigada a realizar, violando assim o cronograma anual de investimentos projetados para o 4º quinquênio (Deliberação AGENERSA nº 1.796/2013), de modo que é perfeitamente cabível a penalidade aplicada no montante de 0,005% (cinco milésimos por cento), em razão do descumprimento pela não realização das metas físicas de investimentos nos anos de 2015 e 2016, para levar GNC e/ou GNL aos municípios de Mangaratiba e Maricá, eis que previstas e não realizadas, conforme relatórios técnicos na CAPET.

Por último, entendo que o exposto nos arts. 3º e 4º da deliberação em esboço tem o fito de desenvolver o exame de conformidade de atuação da concessionária nos estritos termos do contrato, *"sob pena de se reputar atuação desprovida de legitimidade e, incoerente, pois, com os princípios que regem o estatuto das concessões dos serviços públicos"*.⁷

Isto posto, considerando que a AGENERSA só deu anuência ao Terceiro Termo Aditivo em razão dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, proponho ao Conselho Diretor:

Art. 1º. Conhecer o recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 3.199/2017, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3.206/2017 eis que tempestivo, e, no mérito, negar-lhe provimento ante a ausência de vício de legalidade na deliberação ora recorrida, dando cumprimento, assim, aos princípios da função social e da boa-fé objetiva do contrato.

É o voto.


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro - Relator

⁷ Parecer nº 08/2017 - FMMM - Procuradoria da AGENERSA.



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

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12/003.120/2017
Data 06/02/2017 às 5:45
Rubrica Jul 10: 50818562

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3287

, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2017.

CONCESSIONÁRIA CEG - VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO TERCEIRO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE CONCESSÃO DA CONCESSIONÁRIA CEG.

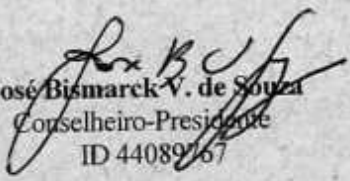
O CONSELHO - DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/003/120/2017, por unanimidade,


DELIBERA:


Art. 1º. Conhecer o recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 3.199/2017, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3.206/2017 eis que tempestivo, e, no mérito, negar-lhe provimento ante a ausência de vício de legalidade na deliberação ora recorrida, dando cumprimento, assim, aos princípios da função social e da boa-fé objetiva do contrato.


Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.


Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 2017.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente
ID 44089767


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro-Relator
ID 39234738


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro
ID 44299605


Tiago Mohamed Monteiro
Conselheiro
ID 50894617


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro
ID 05546885