



Processo n.º.: E-12/003/053/2015
Data de Autuação: 12/01/2015
Concessionária: CEG RIO
Assunto: METAS DA TERCEIRA REVISÃO QUINQUENAL DA
CONCESSIONÁRIA CEG RIO – RECURSO.
Sessão Regulatória: 18 de Dezembro de 2017

RELATÓRIO

Trata-se do Recurso¹ interposto pela Concessionária CEG RIO em face da Deliberação AGENERSA n.º. 3183² de 25 de julho de 2017, publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 10 de agosto de 2017. Complementada pela Deliberação AGENERSA n.º. 3203³ de 29 de agosto de

¹ Fls. 226 à 256.

² AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 3.183 DE 25 DE JULHO DE 2017.

CONCESSIONÁRIA CEG RIO – METAS DA TERCEIRA REVISÃO QUINQUENAL DA CONCESSIONÁRIA CEG RIO.

O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/003/53/2015, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar a Concessionária CEG RIO a penalidade de multa, no valor de 0,012% (doze milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à 31/12/2014, pelo descumprimento das metas referentes ao ano de 2014, e violação à cláusula quarta, item II, do Contrato de Concessão, com base na Cláusula Dez, IV, do Instrumento Concessivo e no artigo 19, inciso IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001, de 04/09/2007.

Art. 2º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura do correspondente Auto de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007.

Art. 3º - Determinar sejam remetidos para avaliação na 4ª Revisão Quinquenal o saldo dos investimentos não realizados no ano de 2014, afim de considerá-los para a modicidade tarifária, em favor dos usuários.

Art. 4º - Determinar que a SECEX dê ciência desta decisão ao Poder Concedente.

Art. 5º - A presente Deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 25 de julho de 2017.

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA – Conselheiro-Presidente-Relator; LUIGI EDUARDO TROISI – Conselheiro; MOACYR ALMEIDA FONSECA – Conselheiro; THIAGO MOHAMED – Conselheiro.

³ AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 3.203 DE 29 DE AGOSTO DE 2017.

CONCESSIONÁRIA CEG RIO – METAS DA TERCEIRA REVISÃO QUINQUENAL DA CONCESSIONÁRIA CEG RIO.

O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/003/53/2015 (APENSO: E-12/003/666/2014), por unanimidade,

DELIBERA:



2017, publicada no Diário Oficial do estado do Rio de Janeiro em 13 de setembro de 2017, na qual aplicou penalidade de multa à Concessionária.

I – DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Preliminarmente, cumpre-nos certificar a tempestividade do presente recurso, uma vez que interposto dentro do prazo estabelecido pelo artigo 78, parágrafo único do Regimento da AGENERSA, que “*estabelece que a oposição de embargos tem efeito interruptivo do prazo para a interposição de Recurso.*”

Considerando que a Deliberação AGENERSA n.º 3183/2017 foi objeto de embargos, julgados por intermédio da Deliberação AGENERSA n.º 3.203/2017 e que essa foi publicada no Diário Oficial do estado do Rio de Janeiro em 13/09/2017, sendo este o marco inicial para o cômputo do prazo de 10 (dez) dias corridos para o manejo deste recurso.

Destarte, de acordo com o art. 79 do regimento Interno da AGENERSA, considerando o prazo de 10 (dez) dias para a interposição de Recurso, interposto o mesmo na presente data, indiscutível a sua tempestividade.”

II – DA DELIBERAÇÃO RECORRIDA

A Recorrente esclarece que, “*em 25/7/2017, o ínclito Conselho-Diretor dessa r. AGENERSA, editou a Deliberação AGENERSA n.º 3183/2017*”, (...) e desta feita, “*desenvolvem-se a seguir os argumentos recursais que demonstrarão os equívocos jurídicos que maculam decisivamente a referida Deliberação, tornando impositiva a sua revisão, para o afastamento da penalidade de multa e das obrigações impostas.*”

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos contra a Deliberação AGENERSA n.º 3183/2017, porque tempestivos, e, no mérito, dar-lhes provimento, para incluir o valor do saldo de investimentos não realizados no ano de 2014 e conceder a seguinte redação ao art. 1º da decisão embargada:

“Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de multa, no valor de 1,012% (doze milésimos por cento) do seu faturamento dos últimos 12 meses anteriores à 31/12/2014, pelo descumprimento das metas referentes ao ano de 2014 (que totalizam investimentos não realizados no valor de R\$ 30.059.674,71), e violação à cláusula quarta, item II, do Contrato de Concessão, com base na Cláusula Dez, IV, do Instrumento Concessivo e no artigo 19, inciso IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD n.º 001, de 04/09/2007.”

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; Moacyr Almeida Fonseca – Conselheiro; Sílvia Carlos Santos Ferreira – Conselheiro; Tiago Mohamed – Conselheiro.



III – DAS RAZÕES RECURSAIS – DA IMPOSSIBILIDADE LEGAL DE SE ESTABELECEM “REVISÓES ANUAIS”

“A AGENERSA estabeleceu pelo art. 13 da Deliberação AGENERSA n.º 1795/2013, obrigações para a Concessionária, no que se refere ao envio do plano plurianual, conforme abaixo descrito:”

Art. 13. Determinar que a Concessionária CEG RIO apresente em até 30 (trinta) dias, plano plurianual de investimentos referente ao ano de 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017 compatível com as metas físicas de expansão da rede de distribuição de gás natural aprovadas nesta Revisão Quinquenal, indicando os respectivos projetos básicos, bem assim os cronogramas físico-financeiros, com orçamentos pautados nos custos unitários estipulados pela Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro – EMOP-RJ, nos seguintes parâmetros:

I – Todos os investimentos terão suas metas quantificadas em relação aos usuários a serem atendidos, extensão de rede a ser implantada, especificando se de baixa, média ou alta pressão, volume de gás a ser fornecido, identificando os respectivos distritos e municípios que serão atendidos;

II – A Concessionária CEG RIO enviará, anualmente, até 31 de outubro, o plano plurianual de investimentos atualizados para os quatro anos seguinte;

III – A Concessionária CEG RIO comprovará semestralmente os valores efetivamente despendidos no período, com os investimentos previstos no plano plurianual citado;

IV – A Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária apresentará Relatório ao Conselho-Diretor da AGENERSA, cotejando os investimentos anuais previstos no Fluxo de Caixa com os investimentos efetivamente comprovados, visando a manter a equação econômico-financeira no período que antecede ao reajuste anual da tarifa limite.



Observa-se que os dispositivos acima têm o objetivo de permitir o acompanhamento pela AGENERSA dos investimentos que foram ou não realizados pela Concessionária. 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.

Explica-se, 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 ira suportar a realização do plano de investimentos proposto aprovado.

Qualquer intenção de exigir a realização de investimentos de forma anual criaria, na prática uma nova forma de revisão tarifária, em completo desrespeito as normas aplicáveis à matéria e, inclusive, ao próprio Contrato de Concessão da CEG RIO.

De acordo com o texto do ato administrativo acima 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.

Essa determinação, a bem da verdade, assim como a penalização da CEG RIO no montante de 0,012% (doze milésimos por cento) por não cumprir a intenção de investimentos proposta ano a ano no quinquênio, como fez a AGENERSA no presente processo para o ano de 2014, gera verdadeira "revisão tarifária anual", que não encontra respaldo nem no Contrato de Concessão, nem na legislação vigente.

Na verdade, o que se verifica na penalidade que a AGENERSA aplicou no art. 1º da Deliberação AGENERSA n.º 3183/2017, no que se refere a suposto subinvestimento para o ano de 2014 é que tal inovação 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.

Nesse particular, torna-se imperioso esclarecer, para facilitar o desencadeamento lógico-jurídico deste ponto, 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.

Como se sabe, pelo reajuste das tarifas, o que se busca é simplesmente a modificação do valor da tarifa para enfrentar eventuais flutuações de custo causadas pela inflação. A revisão, por seu turno, não



está ligada a reposição do valor da moeda, mas sim a fatos que possam desequilibrar econômica e financeiramente um contrato de concessão. Pode-se afirmar, dessa maneira, que esses dois mecanismos legais atuam de forma autônoma nas alterações tarifárias do contrato de concessão.

(...)

Ainda nesse sentido, a Lei Federal n.º 8.987 (Lei de Concessão), de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre as normas gerais de concessão e permissão de serviços públicos, estipula, em seu art. 18, VIII a obrigatoriedade de constar, no edital de licitação, os critérios de reajuste e de revisão tarifária em textual:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observador, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

(...)

VIII – os critérios de reajuste e revisão tarifária;

Ademais disso, é salutar mencionar que dada à importância dos referidos institutos, o legislador infraconstitucional estabeleceu que os critérios e procedimentos são cláusulas essenciais dos Contratos de Concessão e Permissão, conforme se depreende da leitura do art. 23, IV da indigitada Lei de Concessão:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

(...)

IV – ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

Assim sendo, e seguindo a sistemática adotada pelo Congresso Nacional através da mencionada norma geral, o legislador do Estado do Rio de Janeiro editou a Lei Estadual n.º 2.831, de 13 de novembro de 1997, determinando, com isso, não só a obrigatoriedade de se fazer constar no edital de licitação os critérios de revisão e reajuste tarifários, como também, estabelecendo tais cláusulas como essenciais aos contratos de concessão, consoante os artigos 19, VIII e 27, IV, da supracitada Lei Estadual:

Art. 19. O edital de licitação será elaborado pelo poder Concedente ou Permitente, observados os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos, e conterà especialmente:



(...)

VIII – os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

(...)

Art. 27 – São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

IV – ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

No caso específico do serviço público de gás canalizado neste Estado, a Lei Estadual n.º 2.752/97, que dispõe sobre critérios de fixação das tarifas de serviço público concedido de gás canalizado, previu expressamente apenas duas modalidades de alteração tarifária: i) reajuste e; ii) revisão, esta última subdivida da seguinte forma: a) uma extraordinária e imediata e, b) outra ordinária e periódica, a ser realizada de cinco em cinco anos. É o que estabelece os artigos 2º, 5º e 6º da indigitada Lei:

Art. 2º - As tarifas contratualmente fixadas serão revistas a cada 5 (cinco) anos, com base no custo dos serviços, incluída a remuneração do capital;

(...)

Art. 5º - Sem prejuízo do disposto nos artigos anteriores, o limite da tarifa sofrerá revisão imediata, para mais ou para menos, sempre que ocorrer variação nos custos de aquisição do gás e os referentes a tributos, salvo impostos incidentes sobre a renda, de acordo com os critérios fixados no contrato de concessão e desde que seja aprovado pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP-RJ e seja dada ciência aos usuários com antecedência de no mínimo 30 (trinta) dias.

(...)

Art. 6º - Anualmente, ou no menor prazo que a Lei Federal venha permitir, a tarifa limite poderá ser atualizada monetariamente, de acordo com os critérios contratuais, pelo concessionário, independentemente do disposto no artigo 5º acima e desde que seja aprovado pela Agência Reguladora de serviço Público Concedido do Estado do Rio de Janeiro – ASEP-RJ e seja dada ciência aos usuários com antecedência de no mínimo 30 (trinta) dias.

Seguindo essa imperiosa instrução legislativa, o Contrato de Concessão firmado entre a CEG RIO e o Estado do Rio de Janeiro, em 1997, prevê, em sua Cláusula Sétima §§§§ 2º, 14º, 16º e 17º hipóteses referentes ao reajuste e ambas as formas de revisão tarifária, isto é, imediata, na hipótese de o



equilíbrio econômico-financeiro do contrato vir a ser abalado por variação do preço da commodity ou de alteração do regime tributário, ou periódica, a se realizar a cada período de 5 (cinco) anos.

(...)

Ou seja, desta mesma maneira, tem-se que os investimentos a serem realizados pela Concessionária devem, também, ser realizados em sua totalidade num período de 5 (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.

Não se revela razoável e prescinde de qualquer respaldo legal a penalidade de multa aplicada no art. 1º da deliberação AGENERSA n.º 3183/2017, considerando que a CEG RIO tem até o final do ano de 2017 para investir o que propôs inicialmente.

Não é razoável a aplicação de qualquer penalidade sem que termine o quinquênio, muito menos sem que sejam avaliadas as condições implementadas com a assinatura do 3º Termo Aditivo, como será desenvolvido adiante.

E este é exatamente o objetivo do legislador, que eventuais distorções que se acumulam ao longo da execução do contrato, sejam revistas nas revisões periódicas. A Lei Estadual n.º 2.752/97 prevê que tais ajustes sejam realizados quinquenalmente. Por meio dessas revisões periódicas o objetivo é proceder com uma verdadeira reorganização da execução contratual, de modo a preservar a estrutura econômico-financeira inicialmente pactuada.

Pode-se concluir, portanto, que todas as questões que se refiram ao equilíbrio financeiro da Concessão deverão ser discutidas nesse momento. É a ocasião de "passar o contrato a limpo".

A análise anual da realização dos investimentos e a consecutiva penalização geram uma "revisão anual 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.

A previsão de revisões periódicas, a ocorrerem a cada período de 5 (cinco) anos e, por isso, conhecidas como quinquenais, foi uma decisão do legislador, reproduzida nos contratos de concessão assinados pelo Estado do Rio de Janeiro e pela CEG RIO.

[assinatura]



*Nestas revisões quinquenais são projetados os investimentos para o quinquênio a seguir e calculada a receita requerida para que a Concessionária para cumprir os compromissos assumidos. O plano de investimentos é previsto para que seja cumprido no período de 05 (cinco) anos. **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.***

Além disso, deve-se ressaltar, por oportuno, que de acordo com a lei instituidora da AGENERSA, essa entidade regulatória na se substitui ao Poder Concedente nesse aspecto. Não lhe foram atribuídos poderes legais para proceder com alterações contratuais. Qualquer reserva de competência entre o poder concedente e as Agências deve ser objeto de expressa orientação legislativa.

Nessa ordem de considerações, convém assinalar que no âmbito da estrutura político-administrativo do Estado do Rio de Janeiro, o legislador não deixou margem de dúvidas para qualquer interpretação, isto é, a AGENERSA, salvo delegação específica e pontual por parte do poder concedente, não detém a competência normativa para promover as alterações contratuais. Assim, dispõe o rol numerus clausus de atribuições dessa AGENERSA, constante no art. 4º da Lei Estadual n.º 4.556, de 06 de junho de 2005.

Não há espaço, portanto, para se pretender criar obrigações anuais como pretende a AGENERSA já que, como vimos, 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 do contrato – ocorrerá a cada 05 (cinco) anos.

Assim, pode-se concluir, com base no que foi exposto acima, 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.”

IV – DO VÍCIO DE MOTIVAÇÃO – Arts. 1º e 3º DA DELIBERAÇÃO 3183/2017

“Conforme já exposto no tópico anterior do presente Recurso, a AGENERSA não poderia exigir da Concessionária o cumprimento anual das metas de investimento, como fez para o ano de 2014, aplicando, inclusive, penalidade por suposto descumprimento.

[assinatura]



SERVIÇO DE REGISTRO DE ATOS ADMINISTRATIVOS
Processo: E-12/003/053/2015
Data: 14/01/2015
Rubrica: [assinatura]

Isto porque, 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, que prevê que a revisão e questões relativas a investimentos devem ser apuradas quinquenalmente.

Assim, a motivação da penalidade de multa de 0,012% (doze milésimos por cento) aplicada no art. 1º da Deliberação AGENERSA n.º 3183/2017, foi equivocadamente embasada no art. 19, IV da Instrução Normativa AGENERSA n.º 001, de 04/09/2007, e encontra-se viciada.

(...)

Ora, inexistente qualquer dispositivo, seja ele regulamentar, legal ou normativo que determinem que a CEG RIO tem que cumprir o plano anualmente, ao invés de quinquenalmente. Logo, o dispositivo acima não seria aplicável. No máximo, poder-se-ia vislumbrar, com base no princípio da eventualidade, o enquadramento no art. 15, I da Instrução Normativa em enfoque, que somente suporta penalidade de ADVERTÊNCIA.

Presente, portanto, o vício de motivação. Neste sentido, frisa-se que os atos administrativos necessitam de prévia explanação das razões de fato e de direito que consubstanciem sua prática – o que não se confunde com sua motivação.

A motivação feita pela autoridade administrativa afigura-se como uma exposição dos motivos, a justificação da razão de ser daquele ato, e configura-se em requisito formalístico do ato administrativo, que, de acordo com a doutrina pátria, largamente difundida, “é a exposição dos motivos a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado.”

A necessidade de motivação no ato em questão encontra-se prevista na § 1º, do art. 48, da Lei 5427, de 01 de abril de 2009, que estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, in verbis:

Art. 48. (omissis).

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato e deverão compor a instrução do processo.



SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12/003/053/2015
Data: 11/01/2015
Rubrica: [assinatura]

Nesta esteira, a penalidade do art. 1º da atacada deliberação deverá ser anulada para, no máximo, ser convertida em advertência.

No que tange ao art. 3º da Deliberação em comento, não há motivação para que seja determinado que o saldo dos investimentos não realizados no ano de 2014 sejam remetidos para avaliação na 4ª Revisão Quinquenal, a fim de considerá-los para a modicidade tarifária, em favor dos usuários.

Isto porque, faz-se necessário excluir as unidades físicas dos investimentos objeto da assinatura do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, em conformidade ao estabelecido no item 1.1 da Cláusula Primeira do 3º Termo Aditivo do Contrato de Concessão.

“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 e o item 2.1 do Termo Aditivo celebrado em 14 de julho de 2004, 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 de 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.”

O que se espera aqui é que o investimento realizado no pagamento da outorga compensatória, decorrente da assinatura do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, seja reconhecido na análise comparativa de investimentos realizados, de forma a não gerar desequilíbrio econômico-financeiro.

Importante observar que no 3º Termo Aditivo há menção de que os investimentos já considerados quando da 3ª revisão quinquenal também não serão objeto de reequilíbrio econômico financeiro no quinquênio por vir, vejamos.

“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 cláusula 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.” (grifos nossos)

[assinatura]



SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: ER/003/053/2015
Data: 01/05/2015
Rubrica: [assinatura]

O fato é que a referida cláusula aponta que os investimentos já considerados para os municípios previstos no terceiro termo aditivo ao contrato de concessão também não serão objeto de reequilíbrio econômico financeiro.

A intenção das partes quando da redação da cláusula em questão e da celebração do instrumento foi a de formalizar que a substituição dos investimentos em gasodutos por abastecimento por meio de GNC e/ou GNL não geraria um reequilíbrio econômico-financeiro dos valores recebidos pela Concessionária para os referidos investimentos quando da 3ª revisão de tarifas, ou seja, os referidos valores não seriam considerados como subinvestimento, porque o referido investimento naqueles municípios foi substituído em função do pagamento de outorga compensatória, nos termos do aditivo.

Ou seja, nesse sentido, as partes estariam "quites", sem valores a compensar: para viabilizar o abastecimento dos referidos municípios, em contrapartida por ter recebido o valor dos investimentos em gasoduto que não se tronaram viáveis ao longo do quinquênio, a CEG RIO realizou o pagamento de uma outorga compensatória.

Portanto, deve-se ter claro que o item 2.1.4 do 3º aditivo ao Contrato de Concessão estabelece que não deverá haver qualquer reequilíbrio econômico-financeiro, à medida que o pagamento da outorga compensatória e os investimentos em rede previstos na 3ª Revisão Tarifária e objeto do referido aditivo contratual se anulam mutuamente.

Ante o exposto, resta demonstrada a inexistência de motivação do art. 3º da Deliberação em comento, uma vez que não há que se falar em saldo de investimentos a serem remetidos para a avaliação na 4ª Revisão Quinquenal."

V – DA IRRAZOABILIDADE/DESPROPORCIONALIDADE DA PENALIDADE APLICADA

"Na hipótese da manutenção dos termos da Deliberação AGENERSA nº. 3183/2017, o que se admite tão somente em atenção ao Princípio da Eventualidade, cumpre esclarecer que, com o advento da nova ordem constitucional, o instituto do devido processo legal e, em seu bojo, o da razoabilidade e proporcionalidade dos atos do Poder Público, devem ser fielmente observados.

É assinalável, ainda, como se sabe, que não é suficiente, para a validade dos atos do Poder Público, a mera observância dos procedimentos constitucionais ou legais que condicionam a sua regular edição. A diferenciação jurídica carece de motivação idônea, obedecendo-se critérios aceitáveis do



ponto de vista racional e deve, principalmente, estar de acordo com finalidades constitucionalmente válidas.

Sendo assim, serão ilegítimos e, portanto, invalidáveis pelo Poder Judiciário, os atos normativos e decisórios dos agentes estatais revestidos de irrazoabilidade ou desproporcionalidade.

(...)

O princípio da proporcionalidade tem como fundamento o excesso de poder, tendo como objetivo conter atos, decisões e conduta de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados.

(...)

O segundo fundamento, ou requisito para que se preencha o princípio da proporcionalidade, é a exigibilidade, mais conhecida como necessidade do ato.

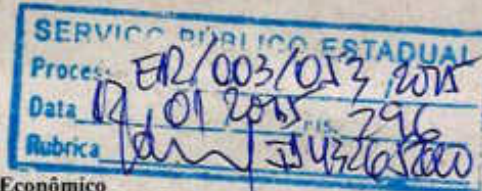
Ora, ficou cabalmente demonstrado que a penalidade de pena de multa aplicada no artigo 1º da Deliberação AGENERSA n.º 3183/2017 é totalmente descabida, mormente porque a CEG RIO tem até o final do quinquênio para realizar os investimentos aprovados na 3ª Revisão Quinquenal, isto é, final de 2017.

Segundo a Teoria dos Motivos Determinantes, os motivos alegados para a prática de um ato ficam a eles vinculados (condicionam a validade) de tal modo que a alegação de motivos falsos ou inexistentes torna o ato viciado, como ocorre no caso em questão.

A aplicação mais importante do princípio acima citado incide sobre os atos discricionários, exatamente aqueles que permitem ao agente maior liberdade de aferição da conduta. Mesmo que um ato administrativo seja discricionário, não exigindo, expressa motivação, essa, se existir, passa a vincular o agente aos termos em que foi mencionada. Se o interessado comprovar a incompatibilidade entre o motivo expresso no ato e a realidade fática; esta não se coaduna com o motivo determinante.

Nesse sentido, vislumbra-se que a imposição das penalidades de multa é medida que não está pautada na busca de um benefício em prol do interesse público.

Destarte, acreditando na avaliação criteriosa do Conselho Diretor, após todas as ponderações feitas e rogando pela efetiva aplicação da proporcionalidade ao caso, requer a Concessionária que seja provido o presente Recurso, anulando-se a multa imposta na Deliberação AGENERSA n.º 3183/2017."



VI – CONCLUSÃO

“Diante do exposto ao longo da presente peça recursal, evidente que nenhuma penalidade ou obrigação deveriam ter sido atribuídas à Concessionária. Contudo, em homenagem ao princípio da eventualidade, caso seja o entendimento deste Conselho Diretor que deveria ser aplicada penalidade ao caso em comento, não caberia a aplicação de qualquer penalidade pecuniária, mas tão somente de advertência.”

VII – PEDIDO

“Ante o exposto, requer a Recorrente a esse E. Conselho Diretor que seja dado provimento ao presente Recurso, anulando-se a multa imposta no artigo 1º da Deliberação AGENERSA n.º 3183/2017, bem como a determinação constante do artigo 3º da referida deliberação, na forma requerida ao longo deste Recurso, eis que ausentes os fundamentos que justificam sua imposição, por ser medida de extremo bom senso e Justiça!”

Através da RESOLUÇÃO AGENERSA CODIR N° 608/2017⁴, de 04 de outubro de 2017, o pleito, foi distribuído para esta Relatoria, a qual encaminhou à Procuradoria⁵, para análise e manifestação.

Em seu Parecer, a Procuradoria⁶, fez uma breve síntese das razões do presente recurso, relatando que *“a Recorrente impugna as penalidades de multa aplicadas pela deliberação recorrida, em atenção ao princípio da proporcionalidade e motivação do ato administrativo. Ainda, arguiu a impossibilidade legal de se estabelecer revisões anuais.”* (...) e, *“certificou a tempestividade do presente recurso, uma vez que interposto dentro do prazo regimental.”*

Em sede de razões finas a Concessionária ratificou os termos do recurso interposto.

É o relatório,


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
CONSELHEIRO - RELATOR

⁴ Fls. 259.

⁵ Fls. 261.

⁶ Fls. 263/274.



Processo n.º: E-12/003/053/2015
Data de Autuação: 12/01/2015
Concessionária: CEG RIO
Assunto: Metas da Terceira Revisão Quinquenal da Concessionária CEG RIO
Sessão Regulatória: 18 de Dezembro de 2017

VOTO

Trata-se do Recurso¹ interposto pela Concessionária CEG RIO em face da Deliberação AGENERSA n.º 3183 de 25 de julho de 2017, publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 10 de agosto de 2017. Completada pela Deliberação AGENERSA n.º 3203 de 29 de agosto de 2017, publicada no Diário Oficial do estado do Rio de Janeiro em 13 de setembro de 2017.

Por fim como breve síntese das razões do recurso, a Recorrente impugna as penalidades de multa aplicadas pela deliberação recorrida, em atenção ao princípio da proporcionalidade e motivação do ato administrativo. E, ainda arguiu a impossibilidade de se estabelecer revisões anuais.

Inicialmente, cumpre-nos certificar a tempestividade do presente Recurso, uma vez que foi interposto dentro do prazo regimental.

Em suas alegações recursais, a Recorrente, sustenta a ausência de impossibilidade legal de estabelecimento de revisões anuais e descabimento da multa aplicada na Deliberação AGENERSA n.º 3138/2017, ausência de vício de motivação e violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Em suas alegações recursais, a Concessionária alega que a exigência do cumprimento dos investimentos em forma anual acarreta, na prática, uma nova revisão tarifária.

A Procuradoria em seu Parecer, explicou que, "este processo surge em decorrência da 3ª revisão quinquenal, cujo objetivo é reavaliar o contrato de concessão para 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."

"É cediço que todo contrato administrativo deve possuir uma adequação financeira desde a celebração do contrato até seu término." (...) Portanto, "para a prestação adequada do serviço público,

¹ Fls. 153 à 164.



investimentos são imprescindíveis, garantindo a utilização do serviço concedido, e conseqüentemente, o cumprimento contratual." (...) Logo, "percebe-se que a tarifa revista foi calculada com base nesses investimentos, buscando custeá-los, garantindo o equilíbrio econômico-financeiro."

Destarte, "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." (Grifos Nossos)

E prossegue, explicando que "a CAENE, em seus pareceres, entendeu pela não realização dos investimentos físicos na integralidade, principalmente com relação ao ano de 2014. Ainda, a CAPET, às fls. 107/113, entendeu pelo cumprimento das metas." (Grifos Nossos)

E salientou 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."

E também pontuou 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."

E finalizou, ressaltando que, "cabe a Recorrente concretizar todos os investimentos autorizados nos períodos previstos. A sua não realização acarreta no descumprimento contratual." (Grifos Nossos)

Permanecendo na análise do Recurso apresentado, a Recorrente aduz a existência de vício de motivo nos artigos 1º e 3º da Deliberação impugnada².

A Procuradoria esclarece que, "é certo afirmar que a Deliberação impugnada é um ato administrativo, e, portanto, para ser considerado válido é imprescindível que esteja em conformidade com o sistema normativo."

E prossegue: "assim, para que a Deliberação, ora atacada, seja considerada válida, imperiosa se faz a presença dos elementos / requisitos do ato administrativo. São eles: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade."

² Fls. 245.



A Recorrente aduz que "o art. 19 da Instrução Normativa penaliza a Concessionária em razão de descumprimento de dispositivo regulamentar, legal ou normativo; porém não existe qualquer norma que determine o cumprimento do plano plurianual."

"No entanto, a referida alegação não merece prosperar. Isto porque, como dito anteriormente, a revisão quinquenal, ao reavaliar o valor da tarifa, considerou a realização dos investimentos no período informado pela Recorrente."

"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.

CLÁUSULA QUARTA – OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA.

(...)

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

11 – cumprir e fazer cumprir as normas da SAEP-RJ respondendo perante o ESTADO, a ASEP-RJ, os consumidores e terceiros pelas eventuais consequências danosas da exploração dos serviços".

Portanto, "é nítido 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." (...) Na qual "segundo essa teoria, os motivos elencados para a realização do ato administrativo são determinantes para a sua avaliação."

Logo, "é importante ressaltar que a Deliberação AGENERSA nº 3183/2017 é um ato administrativo composto, sendo o voto parte integrante da mesma."

Portanto, "ao analisá-lo, percebe-se que estão presentes todos os motivos que geraram a aplicação da penalidade de multa³, qual seja, inércia quanto a realização dos investimentos nos períodos determinados pela própria Recorrente. Não há qualquer vício no motivo do ato que venha gerar a nulidade da Deliberação." (Grifos Nossos)

Salienta-se que, "ao adotar a teoria dos motivos determinantes, a administração pública fica vinculada aos motivos que geraram o ato administrativo, desde que válidos." (...) Concluindo-se que, "os motivos presentes no voto estão corretos, verídicos, portanto é válida a deliberação impugnada, devendo ser improvido o recurso." (Grifos Nossos)

³ Fls. 151/160.



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

SEP	ESTADUAL
Proc.º	E-12/003/053/2015
Data	12.01.2015
Rubrica	Fls. 300 1543265200

A Procuradoria ressaltou que, *"na aplicação da multa, foram aplicados os Princípios da razoabilidade e proporcionalidade, obedecendo à adequação ou proporcionalidade entre motivo e a finalidade, sob pena do ato administrativo ser objeto de invalidação pela própria administração ou pelo judiciário."* (...) Esclarecendo que, *"a multa questionada foi calculada levando-se em conta critérios como: a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica da penalizada. Portanto, está dentro dos critérios supramencionados, bem como em conformidade com a razoabilidade."*

E observou que, *"é importante frisar que o contrato de concessão, em sua cláusula 10, prevê a aplicação de penalidades, entre elas a penalidade de multa, guardando a devida proporção com a gravidade da infração⁴"*.

E finalizou, afirmando que inexistente, portanto, *"vício de legalidade na deliberação recorrida"* (...) recomendando pela *"rejeição das alegações recursais"*.


Em sua conclusão opinou *"pelo conhecimento do Recurso, porque tempestivo. No que tange ao mérito, pela negativa de provimento em razão de inexistir vício de legalidade na deliberação recorrida, que prima pela observância às normas contratuais."*

Encaminhado Ofício para que a Concessionária se manifestasse em razões finais, a Recorrente, encaminhou a Carta DIJUR-E-1144/17⁵, pela qual ratificou os termos do recurso interposto.

Diante de todo o exposto, esta Relatoria, após analisar cuidadosamente todos os fatos e motivos expostos na peça recursal, apresentada pela Concessionária CEG RIO, assim como, na análise técnica da r. Procuradoria desta Agência Reguladora, propõe ao Conselho-Diretor:

I - Conhecer o Recurso Interposto pela Recorrente em face da Deliberação AGENERSA nº 3138, de 25/07/2017, complementada pela Deliberação AGENERSA nº 3203, de 29/08/2017, porque tempestivo, para no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a Deliberação ora recorrida.

É como Voto,


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
CONSELHEIRO - RELATOR

⁴ Cláusula décima, parágrafos 2º do contrato de concessão.

⁵ Fls. 281/282.

SEF... ESTADUAL
Proc: E-12/003/053/2015
Data: 30/12/2017
Rubrica: [assinatura]



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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3289, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2017.

**METAS DA TERCEIRA REVISÃO QUINQUENAL DA
CONCESSIONARIA CEG RIO - RECURSO**

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-12/003/053/2015, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso Interposto pela Recorrente em face da Deliberação AGENERSA nº 3138, de 25/07/2017, complementada pela Deliberação AGENERSA nº 3203, de 29/08/2017, porque tempestivo, para no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a Deliberação ora recorrida.

Art. 2º - 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