



SE
Proc. E-12/003/079/2016
Data 14/01/2016
Rubrica [assinatura]

Processo nº.: E-12/003/079/2016
Data de Autuação: 14/01/2016
Concessionária: CEG RIO
Assunto: Plano Plurianual de Investimentos. Acompanhamento dos investimentos projetados pela Concessionária CEG RIO no ano de 2016.
Sessão Regulatória: 18 de dezembro de 2017

RELATÓRIO

Trata-se de analisar o recurso¹ interposto pela Concessionária CEG RIO contra a Deliberação AGENERSA nº 3.185, de 25/07/2017², complementada pela Deliberação AGENERSA nº 3.205, de 29/08/2017³.

¹ Fls. 206 à 241, protocolado em 26/09/2017.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 3185

DE 25 DE JULHO DE 2017

CONCESSIONÁRIA CEG RIO – PLANO PLURIANUAL DE INVESTIMENTOS. ACOMPANHAMENTO DOS INVESTIMENTOS PROJETADOS PELA CONCESSIONÁRIA CEG RIO NO ANO DE 2016.

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-12/003/079/2016, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de advertência, 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, pela violação à cláusula quarta, item 11, do Contrato de Concessão, em razão do descumprimento, com relação ao ano de 2016, do prazo previsto no art. 13, II, da Deliberação 1795/2013;

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de multa, no valor de 0,005% (cinco milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à 31/12/2016, pelo descumprimento das metas referentes ao ano de 2016, e violação à cláusula quarta, item 11, 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. 3º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura dos correspondentes Autos de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007;

Art. 4º - Determinar sejam remetidos para avaliação na 4ª Revisão Quinquenal o saldo dos investimentos não realizados no ano de 2016, a fim de considerá-los para a modicidade tarifária;

Art. 5º - Determinar que a SECEX dê ciência desta decisão ao Poder Concedente;

Art. 6º - 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-Relator; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA, Conselheiro; TIAGO MOHAMED, Conselheiro.

³ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 3205

DE 29 DE AGOSTO DE 2017

CONCESSIONÁRIA CEG RIO – PLANO PLURIANUAL DE INVESTIMENTOS. ACOMPANHAMENTO DOS INVESTIMENTOS PROJETADOS PELA CONCESSIONÁRIA CEG RIO NO ANO DE 2016.



Preliminarmente, a Concessionária aponta a tempestividade da peça recursal.

"I – DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

O artigo 78, parágrafo único do Regulamento Interno da AGENERSA, que estabelece que a oposição de embargos tem efeito interruptivo do prazo para a interposição de Recurso.

Considerando que a Deliberação AGENERSA nº. 3185/2017 foi objeto de embargos, julgados por intermédio da Deliberação AGENERSA nº. 3.205/2017 e que essa foi publicada no Diário Oficial do estado do Rio de Janeiro em 13/9/2017, 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 inclito Conselho-Diretor dessa r. AGENERSA, editou a **Deliberação AGENERSA n.º 3185/2017**", (...) 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."

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-12/003/079/2016, por unanimidade;

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos contra a Deliberação AGENERSA nº 3185/2016, porque tempestivos, e, no mérito, dar-lhes provimento, para incluir o valor do saldo de investimentos não realizados no ano de 2016 e conceder a seguinte redação ao art. 2º da decisão embargada:

"Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de multa, no valor de 0,005% (cinco milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à 31/12/2016, pelo descumprimento das metas referentes ao ano de 2016 (que totalizam investimentos não realizados no valor de R\$ 16.092.626,34), e violação à cláusula quarta, item 11 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 - 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-Relator; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA, Conselheiro; TIAGO MOHAMED, Conselheiro.



III – DAS RAZÕES RECURSAIS – DA IMPOSSIBILIDADE LEGAL DE SE ESTABELEECER 'REVISÕES 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 aos anos 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.



SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12/003/079/2016
Data: 14/10/2016
Rubrica: [assinatura]

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 0,005% (cinco 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 2016, 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. 2º da Deliberação AGENERSA n.º 3185/2017, no que se refere a suposto subinvestimento para o ano de 2016 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.

ly



"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 conterá, 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 conterá 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 subdividida 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. 2º da Deliberação AGENERSA n.º 3185/2017, 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.



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. 2º e 4º DA DELIBERAÇÃO 3185/2017

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 2016, aplicando, inclusive, penalidade por suposto descumprimento.



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 0,005% (cinco milésimos por cento) aplicada no art. 2º da Deliberação AGENERSA n.º 3185/2017, 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.



Nesta esteira, a penalidade do art. 2º da atacada deliberação deverá ser anulada para, no máximo, ser convertida em advertência.

No que tange ao art. 4º da Deliberação em comento, não há motivação para que seja determinado que o saldo dos investimentos não realizados no ano de 2016 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 mencionar 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)



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. 4º 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. 3185/2017, 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



SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: EM/003/079/2016
Data: 11.01.2016
Rubrica: [assinatura]

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 2º da Deliberação AGENERSA nº. 3185/2017 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 3185/2017.

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."

Ao final, requer ao Conselho-Diretor da AGENERSA "que seja dado provimento ao presente Recurso, anulando-se a multa imposta no artigo 2º da Deliberação AGENERSA n.º 3185/2017, bem como a determinação constante do artigo 4º 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!"

Consta às fls. 244, cópia da Resolução AGENERSA CODIR N° 608/2017⁴, através do qual este recurso foi distribuído à relatoria, deste Gabinete.

O feito foi remetido à Procuradoria da AGENERSA⁵, que inicialmente⁶ certificou a tempestividade do recurso. Das alegações recursais o Órgão Jurídico aponta que "a Recorrente sustenta a ausência de impossibilidade legal de estabelecimento de revisões anuais e descabimento da multa aplicada na Deliberação AGENERSA n° 3185/2017, ausência de vício de motivação e violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade."

No que tange a impossibilidade legal de se estabelecer 'revisões anuais', a Concessionária alega "que a exigência do cumprimento dos investimentos de forma anual, acarreta, na prática, uma nova revisão tarifária. (...) Na verdade, como supramencionado, 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. (...) Para a prestação adequada

⁴ Fls. 244, de 04/10/2017.

⁵ Fls. 247.

⁶ Fls. 248 à 260, PARECER N° 32/2017 - JVG - procuradoria AGENERSA, em 14/11/2017.



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."

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. 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."

Ressalta o jurídico, "a Recorrente aduz a existência de vício de motivo nos arts. 2º e 4º da Deliberação impugnada. (...) 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. (...) 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. 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 anualmente. No entanto, a referida alegação não merece prosperar. Isso 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."

Prossegue a Procuradoria, "(...) a decisão penalizando a Recorrente ao pagamento de multa foi devidamente motivada, aplicando-se, inclusive, a teoria dos motivos determinantes. Segundo essa teoria, os motivos elencados para a realização do ato administrativo são determinantes para a sua validação

Frisou "É importante ressaltar que a Deliberação AGENERSA nº 3185/2017 é um ato administrativo composto, sendo o voto parte integrante da mesma. Ao analisá-lo, percebe-se que estão presentes todos os motivos de geraram a aplicação da penalidade de multa, 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. 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. (...) Os motivos presentes no voto estão corretos, verídicos, portanto é válida a deliberação impugnada, devendo ser improvido o recurso."

Quanto à observância dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, a Procuradoria sustenta que *"na aplicação da multa, foram aplicados os Princípios da razoabilidade e proporcionalidade, obedecendo à adequação ou proporcionalidade entre o motivo e a finalidade, sob pena do ato administrativo ser objeto de invalidação pela própria administração ou pelo judiciário."* Salienta 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 arremata que *"diante do exposto, inexistindo, portanto, vício de legalidade na deliberação recorrida e, em homenagem aos princípios e normas que regem à legislação em vigor, esta Procuradoria recomenda rejeição das alegações recursais."*

E concluiu opinando *"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."*

Em sede de razões finais, a Concessionária retorna os argumentos já apresentados.

É o relatório.


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro - Relator



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	12/003/079	2016
Proce		
Data	14/01/2016	283
Rubrica	lan	1043265200

Processo nº.: E-12/003/079/2016
Data de Autuação: 14/01/2016
Concessionária: CEG RIO
Assunto: Plano Plurianual de Investimentos. Acompanhamento dos investimentos projetados pela Concessionária CEG RIO no ano de 2016.
Sessão Regulatória: 18 de dezembro de 2017

VOTO

Trata-se de analisar o recurso¹ interposto pela Concessionária CEG RIO contra a Deliberação AGENERSA nº 3.185, de 25/07/2017², complementada pela Deliberação AGENERSA nº 3.205, de 29/08/2017³.

¹ Fls. 206 à 241, protocolado em 27/09/2017.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 3185

DE 25 DE JULHO DE 2017

CONCESSIONÁRIA CEG RIO – PLANO PLURIANUAL DE INVESTIMENTOS. ACOMPANHAMENTO DOS INVESTIMENTOS PROJETADOS PELA CONCESSIONÁRIA CEG RIO NO ANO DE 2016.

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-12/003/079/2016, por unanimidade:

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de advertência, 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, pela violação à cláusula quarta, item 11, do Contrato de Concessão, em razão do descumprimento, com relação ao ano de 2016, do prazo previsto no art. 13, II, da Deliberação 1795/2013;

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de multa, no valor de 0,005% (cinco milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à 31/12/2016, pelo descumprimento das metas referentes ao ano de 2016, e violação à cláusula quarta, item 11, 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. 3º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura dos correspondentes Autos de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007;

Art. 4º - Determinar sejam remetidos para avaliação na 4ª Revisão Quinquenal o saldo dos investimentos não realizados no ano de 2016, a fim de considerá-los para a modicidade tarifária;

Art. 5º - Determinar que a SECEX dê ciência desta decisão ao Poder Concedente;

Art. 6º - 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-Relator; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA, Conselheiro; TIAGO MOHAMED, Conselheiro.

³ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 3205

DE 29 DE AGOSTO DE 2017

CONCESSIONÁRIA CEG RIO – PLANO PLURIANUAL DE INVESTIMENTOS. ACOMPANHAMENTO DOS INVESTIMENTOS PROJETADOS PELA CONCESSIONÁRIA CEG RIO NO ANO DE 2016.



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
Procc: E-12/003/079/2016
Data: 01/08/2016 289
Rubrica: [assinatura]

Preliminarmente, a Concessionária aponta a tempestividade da peça recursal, a Procuradoria da AGENERSA certifica a tempestividade do presente recurso. Quanto as Alegações Recursais, a Recorrente sustenta que *"a exigência do cumprimento dos investimentos de forma anual acarreta, na prática, uma nova revisão tarifária."* A Procuradoria ressalta *"na verdade, como supramencionado, esse 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. É cediço que todo contrato administrativo deve possuir uma adequação financeira desde a celebração do contrato até seu término."*

A Procuradoria afirma que *"Para a prestação adequada do serviço público, investimentos são imprescindíveis, garantindo a atualização do serviço concedido, e conseqüentemente, o cumprimento contratual. Percebe-se que a tarifa foi calculada com base nesses investimentos, buscando custeá-los, garantindo o equilíbrio econômico-financeiro. 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."*

O Jurídico ilustra o entendimento esboçado pela Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, em consulta desta autarquia no processo E-12/003.345/2014.

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-12/003/079/2016, por unanimidade;

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos contra a Deliberação AGENERSA nº 3185/2016, porque tempestivos, e, no mérito, dar-lhes provimento, para incluir o valor do saldo de investimentos não realizados no ano de 2016 e conceder a seguinte redação ao art. 2º da decisão embargada:

"Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de multa, no valor de 0,005% (cinco milésimas por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à 31/12/2016, pelo descumprimento das metas referentes ao ano de 2016 (que totalizam investimentos não realizados no valor de R\$ 16.092.626,34), e violação à cláusula quarta, item 11 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 - 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-Relator; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA, Conselheiro; TIAGO MOHAMED, Conselheiro.



"Logo, a solução por via de revisão tarifária a menor não pode ser a primeira opção, uma vez que decorrerá, forçosamente do descumprimento de metas de investimentos, o que significa que menos terá sido feito para que o serviço concedido seja adequado. É de se entender comparável, grosso modo, a uma compensação por 'perdas e danos' decorrentes do descumprimento das metas de investimento.

Em suma, portanto, a revisão a menor na tarifa em decorrência dos investimentos não realizados em ciclo tarifário anterior não é uma faculdade do concessionário, mas um mecanismo de minoração dos prejuízos causados ao usuário, quando, ao final do período, verificar-se o desatendimento das metas de investimentos, além das penalidades cabíveis pela lei e pelo contrato de concessão.

(...) Admitir-se o contrário importaria conferir ao concessionário a prerrogativa de, independente do cronograma proposto em seu plano plurianual de investimentos, ter plena liberdade para escolher quando os realizar dentro do quinquênio (ou simplesmente não os cumprir, postulando, ao final, a compensação na revisão tarifária).

Vale dizer, o concessionário não apenas se desobrigaria de apresentar um cronograma de investimentos como, ainda, estaria livre de cumprir as metas de acordo com o seu próprio planejamento chancelado pela Agência Reguladora, reservando-se a possibilidade de os fazer apenas ao final do ciclo tarifário e não ao longo do mesmo. Para o usuário, isso significará, na melhor das hipóteses, uma melhoria dos serviços aos saltos, de modo que, apenas a cada cinco anos poderá legitimamente,



esperar a consecução dos investimentos pactuados; no outro extremo, nenhuma melhoria será feita e o concessionário poderá amparar-se na revisão da tarifa em percentual mais baixo para se exonerar da obrigação contratual de prestar um serviço adequado.

Foge ao bom senso, data vênua que o usuário possa ser compelido a esperar investimentos de cinco em cinco anos e não de modo contínuo. De igual modo, é razoável que o concessionário, em abuso de prerrogativa de apresentar um plano plurianual de investimentos, apresente um plano incompleto ou mesmo que possa, ao final, ser unilateralmente desconsiderado, remanescendo como uma peça de ficção, uma mera formalidade para o prosseguimento dos processos de revisão tarifária.

(...)

Destarte, a solução juridicamente admissível, s.m.j., é a que admite a fiscalização anual do cumprimento das metas planejadas pelo próprio concessionário e aceitas pelo ente regulador - com a possibilidade de sanção imediata, resguardados, naturalmente, o contraditório e ampla defesa -, sem prejuízo da redesignação de prazo para o atendimento dessas metas ainda dentro do quinquênio do ciclo revisional da tarifa. O cômputo dos investimentos não realizados na revisão tarifária para o ciclo seguinte deve ser admitida apenas em caráter excepcional."

A Procuradoria enfatiza que "trata-se de fiscalização por parte desta agência reguladora, sendo certo que possui atribuição para tanto conforme se verifica no art. 2º da Lei Estadual 4.556/2005.

Art. 2º - A AGENERSA tem por finalidade exercer o poder regulatório, acompanhando, controlando e



fiscalizando as concessões e permissões de serviços públicos concedidos:

I - na área de energia do Estado do Rio de Janeiro, nela incluída a distribuição de gás canalizado e outras formas de energia, nos quais o Estado figure por disposição legal ou pactual, como Poder Concedente ou Permitente, nos termos das normas legais regulamentares e consensuais pertinentes;

II - Na área de serviços de esgoto sanitário e industrial e de abastecimento de água e de coleta e disposição de resíduos sólidos prestados pelas empresas outorgadas, concessionárias e permissionárias, nas quais o Estado figure como Poder Concedente ou Permitente, nos termos das normas legais, regulamentares e consensuais pertinentes, e por serviços autônomos dos municípios, estes, respeitados os limites de autonomia municipal, mediante convênios" (Grifos nossos).

Destaca ainda o parecer da CAENE, às fls. 80 à 83, o entendimento "pela não realização dos investimentos físicos, no que tange ao ano de 2016." enquanto que a CAPET às fls. 85 à 92, "pelo não cumprimento das metas."

Predomina o entendimento do Jurídico "cumprir 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 de 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."

Com relação à motivação do ato administrativo questionado, "a Recorrente aduz a existência de vício de motivo nos arts. 2º e 4º da Deliberação impugnada. (...) 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. (...) Assim, para que a Deliberação, ora atacada, seja



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-12/003/079/2016
Data	14.01.2016
Rubrica	[assinatura]

considerada válida, imperiosa se faz a presença dos elementos/requisitos do ato administrativo. São eles: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade. 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 anualmente. No entanto, a referida alegação não merece prosperar. Isso 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."

Afirma que "(...) a decisão penalizando a Recorrente ao pagamento de multa foi devidamente motivada, aplicando-se, inclusive, a teoria dos motivos determinantes. Segundo essa teoria, os motivos elencados para a realização do ato administrativo são determinantes para a sua validação. (...) É importante ressaltar que a Deliberação AGENERSA nº 3185/2017 é um ato administrativo composto, sendo o voto parte integrante da mesma. Ao analisá-lo, percebe-se que estão presentes todos os motivos que geraram a aplicação da penalidade de multa, 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. 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. (...) Os motivos presentes no voto estão corretos, verídicos, portanto é válida a deliberação impugnada, devendo ser improvido o recurso."

Quanto à observância dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade, a Procuradoria sustenta que na aplicação da multa, "foram aplicados os Princípios da razoabilidade e proporcionalidade, obedecendo à adequação ou proporcionalidade entre o motivo e a finalidade, sob pena do ato administrativo ser objeto de invalidação pela própria administração ou pelo judiciário." Salienta 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 arremata que "diante do exposto, inexistindo, portanto, vício de legalidade na deliberação recorrida e, em homenagem aos princípios e normas que regem à legislação em vigor, esta Procuradoria recomenda rejeição das alegações recursais."



Opina a Procuradoria da AGENERSA *"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."*


Em Razões Finais a Concessionária reitera os argumentos já apresentados.

Resta claro, pelas razões expostas pelo Órgão Jurídico desta AGENERSA, que não assiste razão à Concessionária CEG RIO nos motivos levantados para arguir a Deliberação AGENERSA nº 3185/2017, complementada pela Deliberação AGENERSA nº 3205/2017.

Portanto, conforme fundamentação do Parecer da Procuradoria, não acato os pedidos principais e subsidiários da Concessionária, e proponho ao Conselho Diretor:

I - Conhecer o Recurso, porque tempestivo e, quanto ao mérito, negar-lhe provimento.

É o voto.


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro - Relator



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

SE	PRO	ESTADUM
Proce-	E-12/003/079	2016
Data	01.12.2016	290
Rubrica	1043265	200

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3291

, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2017.

CONCESSIONÁRIA CEG RIO – PLANO PLURIANUAL
DE INVESTIMENTOS. ACOMPANHAMENTO DOS
INVESTIMENTOS PROJETADOS PELA
CONCESSIONÁRIA CEG RIO NO ANO DE 2016.

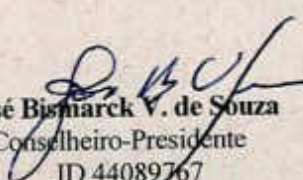
O CONSELHO - DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/003/079/2016, por unanimidade,


DELIBERA:


Art. 1º - Conhecer o Recurso, porque tempestivo e, quanto ao mérito, negar-lhe provimento;


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

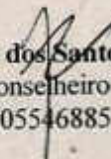
Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 2017.


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