



# SIQUEIRA CASTRO

## ADVOGADOS

RIO DE JANEIRO Praça Pio X 15 3º andar Centro  
CEP 20040-020 RJ Brasil  
T (55 21) 2223-8818 F (55 21) 2516-8308

EXMO. SR. CONSELHEIRO RELATOR LUIGI EDUARDO TROISI, DA  
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO  
ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA.

Ref.: Processo Regulatório nº E-12/003.125/2017.

CEG RIO, devidamente qualificada no processo em epigrafe,  
tendo em vista a divulgação do teor do Relatório 4 da Universidade Federal  
Fluminense, vem, respeitosamente, por seus advogados abaixo assinados,  
apresentar o presente

### REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO

*Com pedido de concessão de efeito suspensivo*

fazendo-o nos termos das razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

AGENERSA Protocolo	
ID	4350
Data	04/10/2018
Horário	14:33
Assinatura	Fernando da Silva
ID Funcional	334027-7
Assistente	SECEX
Assinatura	AGENERSA

www.siqueiracastro.com.br

SÃO PAULO . RIO DE JANEIRO . BRASÍLIA . FORTALEZA . BELO HORIZONTE . SALVADOR . PORTO ALEGRE . RECIFE . NATAL  
JOÃO PESSOA . ARACAJU . VITÓRIA . MACEIÓ . TERESINA . SÃO LUÍS . MANAUS . BELÉM . GOIÂNIA . LISBOA . LUANDA

The international network  
of independent law firms



Como sabido, essa respeitada Agência divulgou recentemente, no âmbito do presente processo de revisão quinquenal tarifária, o Relatório Final do Produto 4 elaborado pela Universidade Federal Fluminense, consultoria externa contratada por essa AGENERSA, datado de 20/08/2018, em prosseguimento ao cronograma definido por essa Autarquia para o mencionado procedimento.

Sem prejuízo de outros comentários e divergências que serão oportunamente deduzidos pela Concessionária, causou especial perplexidade e preocupação a previsão, no dito Relatório, de dois cenários para o cálculo da remuneração da base de ativos regulatórios, sendo um deles pautado na desconsideração do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão. A razão dessa simulação seria a existência de contribuições endereçadas por associações de usuários em sede de audiência pública realizada por essa r. Agência, com críticas à validade daquele aditamento contratual.

Veja-se, nesse sentido, trecho<sup>1</sup> do citado Relatório:

*"Em dezembro de 2014, a CEG Rio assinou o terceiro termo aditivo com o Poder Concedente. Esse termo trata de investimentos não realizados em gasodutos, possibilitando à empresa atender as localidades que seriam contempladas por esses investimentos com Gás Natural Comprimido (GNC) ou liquefeito (GNL). Para tanto, o Poder Concedente exigiu o pagamento de outorgas compensatórias no valor correspondente ao investimento não realizado. Esses pagamentos passariam a compor a base de ativos de remuneração da concessionária e seriam abatidos das 'metas' de investimento da empresa concessionária.*

*A validade do terceiro termo aditivo foi contestada na audiência pública de apresentação da proposta de revisão da CEG Rio pelas associações de consumidores. Dessa forma, a Economia/UFF optou por considerar dois cenários para o cálculo da base de remuneração da CEG Rio. **No primeiro, são considerados os efeitos do terceiro termo aditivo e o pagamento da outorga é incorporado a base. No segundo, o pagamento da outorga não é incluído na base de remuneração.** Os cenários são apresentados nas Tabela 28 e Tabela 27, respectivamente."*

<sup>1</sup> Fls. 86 do "Relatório 4 – Relatório Final. Concessionária: CEG Rio", datado de 20/08/18. Disponível em <http://www.agenersa.rj.gov.br/documentos/consultapublica/052018/Relatorio4CEGRIO.pdf>. Acesso em 19/09/18.

Conforme se constata, a consultoria externa contratada por essa r. AGENERSA ofereceu aos trabalhos da presente revisão quinquenal tarifária cenário no qual "não são considerados os efeitos" do 3º Termo Aditivo, utilizando-se a mesma expressão empregada pela UFF em seu documento.

Permita-se ressaltar que a mera previsão da referida hipótese, promovida no âmbito de um processo com a sensibilidade e a importância de uma revisão periódica de tarifas, e partindo-se da entidade que foi contratada como um *expert* para orientar e sustentar tecnicamente os trabalhos dessa Agência Reguladora, insere nesse contexto um elemento de risco gravíssimo e inaceitável insegurança jurídica e econômico-financeira, de vultosas dimensões.

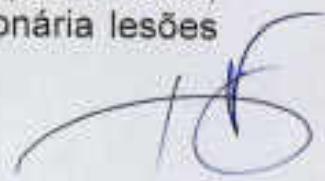
Com efeito, do ponto de vista econômico-financeiro, a hipótese de desconconsideração do 3º Termo Aditivo, admitida pela UFF, produz impactos em elementos absolutamente sensíveis da economia da concessão.

Em primeiro lugar, a desconconsideração do 3º Termo Aditivo teria o condão de elevar de R\$ 150 milhões para R\$ 438 milhões o montante de subinvestimento indicado pela UFF<sup>2</sup> no período 2013-2017.

Ademais, a base de ativos regulatórios submetida à remuneração sofre um encolhimento de 27% (vinte e sete por cento) caso ignorada a outorga compensatória fixada no 3º Termo Aditivo e adimplida pela Concessionária<sup>3</sup> em 03 (três) parcelas de R\$ 79.870.000,00 (setenta e nove milhões oitocentos e setenta mil reais).

Por fim, segundo reconhecido pela UFF em seu Relatório<sup>4</sup>, "*quando os efeitos do 3º termo aditivo não são considerados, a proposta de reposição tarifária passa a ser de redução de 35,09% da margem da concessionária*", o que conduziria a uma redução significativa da base tarifária.

Como se verifica, a gravidade do impacto econômico-financeiro que o referido cenário pode ocasionar apresenta-se notória e inquestionável, a ponto de periclitarem a equação contratual e impor à Concessionária lesões enormíssimas.



<sup>2</sup> Fls. 90 do Relatório.

<sup>3</sup> Fls. 102 do Relatório.

<sup>4</sup> Fls. 103 do Relatório.



Todavia, como salientado, a defesa da economia do contrato não é a única e nem mesmo a maior preocupação em questão. Causa verdadeira perplexidade a assunção, em um relatório de uma consultoria especializada, da hipótese de não consideração dos efeitos econômico-financeiros de um aditivo contratual legitimamente celebrado entre o Poder Concedente e a Concessionária. O risco de abalo da confiança institucional e da indispensável segurança jurídica nas relações entre Poder Concedente, de um lado, e os delegatários da prestação de serviço público concedido, de outro, chega a ser teratológico.

Forçoso registrar, nesse diapasão, questões que deveriam soar óbvias, mas que ganham especial importância diante da ameaça perpetrada.

O 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, celebrado em 2014 com o Estado do Rio de Janeiro, portanto há 5 (cinco) anos, constitui um ato jurídico perfeito, protegido, nessa condição, pela ordem constitucional brasileira<sup>5</sup> e sublimado em cláusula pétrea da Constituição. Independentemente das divergências mantidas com essa Agência em relação ao valor total devido naquela operação, é incontroverso o fato de que essa AGENERSA reconhece o pagamento do valor principal estabelecido no ajuste, em favor do Poder Concedente, o que contribui para a confirmação do seu aperfeiçoamento.

Não bastasse isso, importante frisar que a mencionada alteração contratual foi examinada à exaustão pelos órgãos e instâncias competentes da estrutura administrativa do Estado do Rio de Janeiro, de forma a alcançar a aprovação final da minuta utilizada e, enfim, a sua devida subscrição pela autoridade máxima do Executivo Fluminense.

Convém consignar, nessa linha de convicções, que o 3º Termo Aditivo se originou de regular processo administrativo instaurado para o exame da matéria sob todos os pontos de vista pertinentes, em especial o técnico, o jurídico, o econômico e o político.

Dessa forma, o processo **E-12/001.1299/2014** foi autuado na Casa Civil do Governo do Estado do Rio de Janeiro e contou, às fls. 42/49, com análise jurídica oferecida pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços (SEDEIS), a qual assim pontuou:

<sup>5</sup> Art. 5º, XXXVI, CRFB.



***“Sob o prisma jurídico, como se trata de obrigação que passou a integrar o passivo da CEG e da CEG RIO por força dos termos aditivos de 2004 e 2005, fruto do exercício do direito conferido ao Estado na Cláusula Sexta do Contrato de Concessão, nada impediria, em tese, a alteração do modo de cumprimento da obrigação pela mesma via formal (termo aditivo), desde que comprovado pela área técnica desta Pasta que a alteração do modo de abastecimento – com a substituição de estruturas físicas de distribuição pelo fornecimento de GNC e GNL (gasodutos virtuais) e, ainda, GNR – atende, de fato, às melhores práticas em matéria de fornecimento de gás e se afigura a melhor solução para o abastecimento dos Municípios contemplados no presente processo, à luz do direito à adequada prestação do serviço público.”***

À luz da expertise técnica detida, a Subsecretaria de Energia, Logística e Desenvolvimento Industrial da SEDEIS foi instada a se manifestar, o que o fez por meio do arrazoado de fls. 51/59, para concluir que:

***“A utilização de ‘gasodutos virtuais’ com tecnologias de Gás Natural Comprimido (GNC) e de Gás Natural Liquefeito (GNL), alternativamente ao uso de gasodutos, atende, sim, às melhores práticas em matéria de fornecimento (transporte) de gás.”***

Ante a produção do exame técnico realizado pelo órgão competente, a Assessoria Jurídica da SEDEIS teve a oportunidade de realizar nova análise, na forma do parecer de fls. 72/78, do qual se extrai, relativamente à sua área própria de competência, o seguinte excerto:

***“(…) conclui-se que, estando o agente público de acordo com a avaliação técnica apresentada – matéria que escapa ao conhecimento desta Assessoria Jurídica – não há obstáculo jurídico à substituição (novação) por aditivo contratual da obrigação de abastecer por gasodutos físicos pela obrigação de abastecer por gasodutos virtuais, tudo nos termos da manifestação técnica de fls. 51/70.”***

Ainda no âmbito da SEDEIS, seu então Exmo. Sr. Secretário de Estado após, às fls. 79, a sua expressa ***“concordância com o pleito apresentado, nos termos das referidas manifestações”***.

Às fls. 82/91, foi a vez da Subsecretaria Jurídica da Casa Civil se pronunciar favoravelmente à iniciativa, para consignar que:

***“(…) com espeque na avaliação técnica feita pela Subsecretaria de Energia, Logística e Desenvolvimento Industrial da SEDEIS, que se manifestou favoravelmente ao pleito formulado pela CEG e pela CEG RIO, anuimos à conclusão alcançada pelo órgão de assessoramento jurídico daquela Pasta, igualmente não vislumbrando óbices jurídicos à substituição (novação) por aditivo contratual da obrigação de abastecer determinados Municípios por gasodutos físicos pela obrigação de abastecer por meio de gasodutos virtuais.”***

O então Exmo. Sr. Subsecretário Jurídico da Casa Civil manifestou-se nos autos às fls. 212/213 para fins de aprovar o arrazoado de sua Assessoria Jurídica e recomendar a oitiva dessa AGENERSA ***“a respeito do eventual impacto que os investimentos previstos nestes Termos Aditivos celebrados em 2004 e 2005 tiveram sobre as tarifas, de forma, inclusive, a aquilatar eventual necessidade de pagamento de uma ‘outorga compensatória’ pelas Concessionárias em favor do Estado do Rio de Janeiro e/ou a eventual necessidade de efetivação de redução tarifária daí resultante”***.

Nos exatos limites de suas atribuições, as Câmaras Técnicas de Energia e de Política Econômica e Tarifária dessa AGENERSA foram também instadas a se pronunciar com vistas a deixar indene de dúvidas a desnecessidade de efetivação de qualquer redução tarifária em decorrência da operação pretendida por meio do termo aditivo, e assim o fez nos seguintes termos (fls. 218/2190):

***“As previsões econômico-financeiras relativas às intervenções propostas (por fim repactuadas) e aquelas relativas aos elementos operacionais são sempre incluídas nos cálculos de cada ciclo revisional. Ressalte-se que, nos processos da II Revisão Quinquenal, houve o acompanhamento do cumprimento das metas físicas e financeiras”***

*resultando em aplicação de multa pecuniária contratual, além dos montantes não investidos terem sido levados à compensação na III Revisão Quinquenal, em favor da modicidade tarifária."*

Além do mais, o então Exmo. Sr. Secretário de Estado Chefe da Casa Civil ainda requereu, às fls. 226/227, nova manifestação dessa AGENERSA, relativamente à eventual necessidade de pagamento de outorga compensatória e, se tal pertinente, o respectivo valor.

Novamente no exercício de suas superiores e próprias competências, essa Agência houve por bem informar às fls. 229 os valores dos investimentos contemplados na proposta de substituição e, nessa mesma oportunidade, às fls. 234/237, o seu ilustrado Conselho Diretor deixou claro que, "***no tocante à eventual necessidade de pagamento de outorga pelas Concessionárias***", tal elemento estaria contido nos limites da competência do Poder Concedente para o seu estabelecimento, nas condições que fossem julgadas justas e adequadas.

Com o retorno do processo à Casa Civil do Governo do Estado, minuta do 3º Termo Aditivo então em proposição foi acostada ao processo (fls. 246/252), sendo certo que se fez constar não apenas o pagamento de outorga compensatória, mas, também, a expressa determinação de seu tratamento regulatório, nos seguintes termos:

*"O valor pago a título de contraprestação será considerado como ativo intangível regulatório e, dessa forma, **considerado na base de cálculo da remuneração dos ativos da CONCESSIONÁRIA para efeitos de fixação e revisão das tarifas, (...).**"*

Conforme expressamente registrado em despacho de fls. 253 daquele processo administrativo, da lavra do então Exmo. Sr. Secretário de Estado Chefe da Casa Civil, a dita minuta refletia o estágio de negociação entre as partes para a formalização da alteração contratual e incorporou o pagamento de outorga compensatória pelas Concessionárias CEG e CEG RIO ao Estado, "*como decorrência das alterações que se pretende efetivar nos respectivos contratos de concessão.*"

Após nova rodada de manifestações da SEDEIS, o então Titular da Casa Civil submeteu, às fls. 266 dos autos, a minuta do 3º Termo Aditivo, elaborada "*com a colaboração da Subsecretaria Jurídica*" dessa Secretaria de

Estado. Especificamente em relação à outorga compensatória, o mencionado despacho deixou manifesto e houve por bem concluir:

***“Registro que a opção adotada nos referidos instrumentos – de pagamento de valores ao Estado, a título de outorga compensatória, em decorrência das alterações que se pretende efetivar nos contratos de concessão, quais sejam, permissão de prestação dos serviços em determinados municípios através de gasodutos virtuais, ao invés da instalação de infraestrutura física – reflete uma decisão essencialmente discricionária do administrador público, ou seja, transita na seara do mérito administrativo, devendo ser valorada em sua conveniência e oportunidade por V.Exa. quando do exame da matéria, sendo certo que foi referendada em sua viabilidade técnica e econômica pela SEDEIS (fls. 260/261).”***

Após isso, restou acostado ao processo o 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão já devidamente subscrito por todas as partes (fls. 295/300), com a comprovação de publicação de extrato em Diário Oficial às fls. 301, mantendo-se o tratamento regulatório acima mencionado, no sentido de enquadrar a outorga compensatória como um ativo intangível integrante da base de ativos regulatórios, a ser remunerado por tarifa.

Aperfeiçoada a celebração da dita alteração contratual, o que bastaria para o tema ora versado perante essa Agência Reguladora, permite-se ainda aduzir que a previsão da figura da outorga compensatória, como contrapartida hábil a viabilizar a substituição de investimentos no âmbito da presente concessão, foi posteriormente conhecida e analisada, sob diversos aspectos, por outros órgãos da estrutura do Poder Executivo estadual. Isso ocorreu em virtude de operação de cessão de créditos realizada pelo Estado a instituições financeiras públicas, no contexto do programa de recuperação financeira desse Ente da Federação.

Nesse sentido, o então Exmo. Sr. Secretário de Estado de Fazenda (fls. 278/279), a Subsecretaria para Assuntos Jurídicos da Secretaria de Estado de Fazenda (fls. 284/290), a Procuradoria Geral do Estado (fls. 291/293) e a Contadoria Geral do Estado (fls. 311/315) estiveram de posse do sobredito processo administrativo, promoveram a sua análise e se manifestaram sobre aspectos e reflexos da citada outorga compensatória, sem



que houvesse qualquer ressalva, adendo ou comentário contrário à sua legalidade, oportunidade e conveniência.

Enfim, o presente relato tem o condão de demonstrar que a alteração contratual consolidada há 4 (quatro) anos foi sobejamente discutida e analisada, em diferentes instâncias do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, com absoluta transparência e esmerada fundamentação, percorrendo o devido processo legal administrativo para a formalização do ato. Em todos os estágios percorridos, a viabilidade, a legalidade e o interesse público na sua celebração foram testados, sem que se levantasse qualquer impedimento conducente à formalização do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de que se trata.

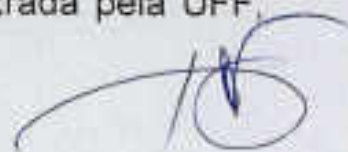
A sólida e percuciente instrução do procedimento de conclusão do 3º Termo Aditivo deixa ainda mais descabida a conjectura levantada pela UFF, quanto à negativa de aplicação de disposições contratuais claras, objetivas e idôneas, estabelecidas pela Autoridade máxima do Executivo estadual.

Com efeito, impende assinalar que a dicção do 3º Termo Aditivo é rigorosamente clara e objetiva, sem margem para variações de interpretação, em relação ao tratamento regulatório a ser conferido à contraprestação (outorga compensatória) de resto já adimplida pela Concessionária.

Por meio da alteração contratual aperfeiçoada há 4 anos, "o valor pago a título de contraprestação será considerado como ativo intangível regulatório e, dessa forma, será considerado na base de cálculo da remuneração dos ativos da CONCESSIONÁRIA para efeitos de fixação e revisão das tarifas"<sup>6</sup>.

Como bem se vê, o exercício hipotético realizado pela UFF, ao propor cenário alternativo sem a remuneração da outorga compensatória, pressupõe a possibilidade de uma insólita ruptura contratual, que direciona a presente revisão tarifária para um ambiente de grave insegurança jurídica e que faz lembrar a célebre frase atribuída ao ex-Ministro da Fazenda PEDRO MALAN: "No Brasil, até o passado é incerto!"

Por meio do presente requerimento, espera-se, de conseguinte, exorcizar a insegurança jurídica e econômico-financeira alvitrada pela UFF.



<sup>6</sup> 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, Cláusula Segunda, item 2.1.2.

que inclusive põe em risco a regularidade e continuidade do vertente processo regulatório. Como bem assevera RICARDO LOBO TORRES<sup>7</sup>,

*"A Segurança Jurídica torna-se valor fundamental do Estado de Direito, pois o capitalismo e o liberalismo necessitam de certeza, calculabilidade, legalidade e objetividade nas relações jurídicas e previsibilidade na ação do Estado, tudo o que faltava ao patrimonialismo."*

Nada mais essencial para um processo de revisão de tarifas que o primado da segurança jurídica. Nesse contexto, será estabelecido o futuro da concessão pelos próximos 5 (cinco) anos, com reflexos diretos sobre todo o restante do prazo contratual. Além disso, é natural que estes processos recomendem a formalização de termos aditivos, o que realça a indispensabilidade da certeza do cumprimento de tais aditamentos, máxime por esse E. Ente Regulador. A segurança jurídica funciona, enfim, como a base do Estado de Direito, conforme menciona o jurista francês JACQUES CHEVALLIER<sup>8</sup>:

*"O Estado de Direito supõe que a regra de direito apresente um conjunto de atributos substanciais que lhe permitam cumprir a função que lhe incumbe: ela deve constituir para os destinatários um quadro claro, estável, que lhes aporte os elementos de certeza necessários e lhes dê a possibilidade de prever as consequências dos seus atos; garantia contra a arbitrariedade, a segurança jurídica aparece como uma exigência fundamental do Estado de Direito."*

A presente ameaça de lesão ao princípio da segurança jurídica também se traduz em idêntica ameaça ao princípio do devido processo legal, em sua vertente administrativa, ante o risco de mudanças abruptas de atos negociais estabelecidos pela Administração Pública. O primeiro subscritor da presente já teve a oportunidade de sustentar, em sede de produção acadêmica<sup>9</sup>. Em textual:

<sup>7</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário – valores e princípio constitucionais tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 168.

<sup>8</sup> CHEVALLIER, Jacques. O Estado de Direito. Coleção Fórum Brasil-França de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 84.

<sup>9</sup> CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 338.



*"Pode-se concluir, em suma, que a garantia do devido processo legal desautoriza a abrupta e injustificada revogação de atos administrativos de natureza negocial ou que gerem direitos perante terceiros. Não é crível, nem jurídico, que os administrados sujeitos a vínculos obrigacionais com a Administração Pública possam sofrer danos mercê de intermitentes e atabalhoadas alterações de juízos de oportunidade e conveniência por parte dos agentes do Poder Público. A segurança das relações jurídicas reclama um mínimo de coerência e firmeza nas decisões administrativas que não podem transformar-se em marola de mandos e desmandos desinfluentes para o atingimento das superiores finalidades do serviço público."*

Importante ressaltar que a simulação de cenário em patente afronta ao disposto no 3º Termo Aditivo também constitui **comportamento contraditório** da própria UFF no âmbito de seu Relatório, a colocar em xeque a validade e justeza de seus pronunciamentos.

Isso porque, ao analisar a mesma base de ativos regulatórios, fazendo uso, indispensavelmente, das previsões contratuais, a UFF consignou, às fls. 83/84 do Relatório, a sua discordância quanto à redação da Cláusula Sétima, § 6º, do Contrato de Concessão, no que se relaciona à inclusão da depreciação dos investimentos imobilizados na base de ativos regulatórios. No entanto, apesar da expressa manifestação contrária formulada por aquela Consultoria, reconheceu-se a necessidade de aderência aos ditames contratuais. Senão, veja-se:

*"Conforme estipulado no contrato de concessão, a depreciação dos investimentos imobilizados realizados no quinquênio anterior deve ser incluída na base inicial. Consideramos que a reposição da depreciação na base remunerável não encontra justificativa econômica e implica em sobre remuneração da Concessionária. Essa questão já ficou salientada em revisões anteriores e a sua alteração foi tema de deliberação da Agenesra, Art. 4º - 'item a' da Deliberação nº 371/2009. Reiteramos a recomendação de alteração dessa cláusula contratual, mas, para efeitos da 4ª revisão tarifária, **seguimos o disposto no contrato de concessão.**"*



Com efeito, andou bem a UFF nesse ponto em específico, ao acatar integralmente os termos do contrato sem maiores divagações. A observância às cláusulas e condições contratuais é o porto seguro do Poder Concedente, da Concessionária e dos usuários, competindo a essa Agência a tutela desse pilar regulatório. No contexto de revisão tarifária que ora se aprecia, não há porque proceder-se de outro modo.

A lei de criação dessa Autarquia Especial, *Lei Estadual nº 4.556/05*, é clara ao estabelecer, em seu *art. 4º, I*, que

*Art. 4º - **Compete à AGENERSA, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:***

*I - **zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições;***

O diploma legal em menção demonstra, na forma acima, perfeita aderência com aquela que é considerada a missão principal das agências reguladoras de serviços públicos concedidos, que é a gestão dos respectivos contratos. ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, em obra editada pela Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR)<sup>10</sup>, é textual nesse sentido:

*"Às agências reguladoras de serviço público deve ser atribuído o fundamental papel de **gestoras dos contratos de concessão**. Nessa qualidade, elas devem participar do planejamento da concessão, opinando sobre os respectivos atos, **mas não tomando decisão a respeito**. A partir do início da concessão é que a elas deve ser atribuída a condução do processo.*

*No exercício dessa função de **gestora de contratos**, as agências reguladoras devem controlar, fiscalizar e, sobretudo, **diligenciar no sentido de que os contratos sejam cumpridos**, tanto pelas concessionárias, quanto pelos diversos órgãos da Administração do poder concedente, da qual as agências também são partes integrantes (...)."*

<sup>10</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. As Agências Reguladoras de Serviço Público no Brasil. In. Regulação Brasil. Porto Alegre: ABAR, 2005, p. 12/13.



Com o fito de bem delimitar a chamada "gestão contratual", o ilustre autor ainda teve o cuidado de salientar que o dever de zelar pelo cumprimento do contrato não resvala em qualquer ingerência em matéria de alteração destas avenças, ao consignar que *"a alteração contratual é um ato de renegociação, equivalendo a um replanejamento da concessão, e isso resulta de uma **decisão política, que deve escapar à competência das agências.**"*<sup>11</sup>

Em suma: não cabe ao órgão regulador sub-rogar-se nas competências próprias e indeclináveis do Poder Concedente para, ao seu alvedrio, questionar ou deixar de aplicar cláusulas e condições do contrato de concessão e seus aditivos, cujos termos não lhe cumpre ditar, tampouco alterar ou desconsiderar.

Convém pontuar que a função de guardião dos acordos celebrados pelo Poder Concedente é rotineiramente lembrada e reafirmada nos julgados dessa Agência, à luz da sua importância para a preservação do ambiente regulatório.

Ao ensejo da 3ª Revisão Quinquenal Tarifária, o eminente Conselheiro LUIGI EDUARDO TROISI, ao enfrentar a discussão em torno da utilização das metodologias do WACC ou do CAPM para o cálculo da taxa de remuneração do capital, demonstrou, em r. voto<sup>12</sup> prolatado em **29/10/13**, absoluta segurança ao afirmar a obrigatoriedade do atendimento ao estabelecido no Contrato de Concessão. Permite-se a transcrição:

*"Ainda que em teoria se possa discutir a opção entre o CAPM e o WACC como foi feito ao longo do processo revisional, é evidente que existe uma determinação contratual clara e objetiva pelo primeiro.*

*(...)*

*Não há, a rigor, detalhes técnicos que impeçam a adoção de uma ou outra metodologia. **O fator preponderante, no momento, é a imposição contratual, que não pode ser superada por uma argumentação pontual, e sim por uma modificação formal.**"*

<sup>11</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do: As Agências Reguladoras de Serviço Público no Brasil. In: Regulação Brasil. Porto Alegre: ABAR, 2005, p. 13.

<sup>12</sup> Processo E-17/020.522/2012, fls. 2058 e 2060.



Por natural, assiste integral razão ao insigne Conselheiro. Atribuída a essa Agência a missão institucional – *legal* – de zelar pelo cumprimento do contrato de concessão, aqui obviamente incluídos todos os seus termos aditivos, por constituírem um corpo único e indissociável, não há margem para desvirtuamento ao quanto previsto no instrumento concessivo, aí considerados os seus aditivos.

O ilustríssimo Conselheiro JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO, à época do julgamento da 2ª Revisão Quinquenal Tarifária da Concessionária CEG, também teve a oportunidade de emprestar sua judiciosa contribuição a essa mesma convicção<sup>13</sup>, ao mesmo tempo em que alertava essa Agência acerca da relevância e sensibilidade de seu mister, *in verbis*:

*“(...) quis deixar clara a responsabilidade de que se reveste a função atribuída a esta Agência, de cujas decisões podem depender o sucesso de empreendimentos que contam com **recursos de diversos investidores que confiaram no Estado do Rio de Janeiro**, além das condições para que uma parcela cada vez maior da população do Rio de Janeiro possa desfrutar de um serviço seguro, prestado de maneira eficiente e mediante o pagamento de tarifas módicas.*

*A missão da AGENERSA nessa assentada, portanto, é a de obter a figuração **mais consentânea possível com as realidades do contrato e a observância do vínculo contratual sinalagmático**. Além disso, cabe-nos elaborar a melhor projeção possível do que deverá ocorrer nos próximos 5 (cinco) anos e aplicar ao cenário encontrado **estritamente o que foi convencionado pelo Poder Concedente e pela Concessionária no Contrato de Concessão**.”*

Em face desse acervo de ponderações, espera-se que essa Agência, sempre sensível à necessidade de respeito aos contratos de concessão e à luz da literalidade do 3º Termo Aditivo, afaste desde já o cenário alternativo proposto pela UFF e ora questionado, para, desse modo, garantir a inclusão da outorga compensatória na base de ativos regulatórios e, nessa condição, efetivar a sua remuneração por meio da contrapartida tarifária a ser deliberada.

<sup>13</sup> Processo nº E-12/020.214/2007, r. voto prolatado em 31/03/2009, fls. 3/4 do voto.

Pelo exposto, diante dos gravíssimos riscos associados e consequentes à hipótese aventada pela UFF, no sentido de excluir a outorga compensatória da base de ativos regulatórios, impedindo-se, conseqüentemente, a sua efetiva remuneração por meio da nova tarifa a ser fixada neste processo revisional, o que fere a literalidade da Cláusula Segunda, item 2.1.2, do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, requer a Concessionária se digne essa AGENERSA deliberar de forma cabal e *in continenti* sobre a inviabilidade jurídica e econômico-financeira desse cenário alternativo alvitrado pela UFF.

Tem-se aí questão lógica antecedente e prejudicial de qualquer exame de mérito da mensuração da tarifa a vigor pelo próximo quinquênio. Isto posto, considerando se tratar de patente pressuposto da regular continuidade da presente 4ª Revisão Quinquenal Tarifária, e tendo em vista o curso do cronograma fixado por essa r. Agência para a tramitação deste processo, com a inevitável preclusão de etapas, requer-se, ainda, a manifestação dessa Autarquia em prazo não superior a 30 (trinta) dias, operando-se desde já a suspensão do dito cronograma.

Na oportunidade, protesta-se pela posterior juntada do instrumento de procuração, no prazo de 15 (quinze) dias, tal como previsto no **art. 5 da Lei Federal nº 8.906/1994** (Estatuto da Advocacia).

Espera deferimento.

Rio de Janeiro, 04 de outubro de 2018.



**CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO**  
OAB/RJ nº 20.283



**RENATO OTTO KLOSS**  
OAB/RJ nº 117.110