

AO E. CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE VIDRO – “ABIVIDRO”, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CPNJ/ME sob o nº 62.005.954/0001-44, com sede na Avenida Angélica, nº 2491, conjunto 162, Bela Vista, cidade e Estado de São Paulo, na qualidade de parte interessada no presente processo administrativo, vem, respeitosa e tempestivamente, à presença de V. Sa., por seus representantes legais (Doc. 01), com fundamento nos artigos 79 e 79-A, alínea “a”, do Regimento Interno da Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA, apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra as Deliberações AGENERSA nº 4.407 e 4.408, de 08 de abril de 2022, nos termos a seguir.

I. TEMPESTIVIDADE

1. As Deliberações em epígrafe, objeto do presente recurso administrativo, foram publicadas no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, em 12 de abril de 2022, e republicadas em 18 de abril de 2022. Dessa forma, nos termos do artigo 79 do Regimento Interno da AGENERSA, bem como do artigo 62 do Decreto nº 38.618/2005, que estabelecem o prazo de 10 (dez) dias para apresentação deste expediente, está comprovada sua tempestividade.

II. LEGITIMIDADE DA RECORRENTE

2. Consoante dispõem os já citados artigos 79 e 79-A do Regimento Interno da AGENERSA, entende-se por **parte interessada** a pessoa jurídica que possua relação jurídica com o objeto tratado em sede de deliberação, sendo-lhe facultado apresentar recurso ao Conselho Diretor.

3. Com efeito, a ABIVIDRO é uma associação de abrangência nacional, que **congrega empresas dedicadas à indústria de vidro**, em seus mais diversos segmentos. Referida indústria utiliza massivas quantidades de gás natural em seu processo produtivo, ressaltando-se que **parte de suas atuais associadas, inclusive, é cliente da CEG e da CEG-Rio ("Concessionárias")**.

4. Assim, considerando que as Deliberações nº 4.407/22 e 4.408/22, ora em desafio, tratam da Quarta Revisão Tarifária de referidas Concessionárias, restam cristalinos a legitimidade e o interesse processual da peticionante para o presente recurso.

III. RAZÕES RECURSAIS

a) Do estrito cumprimento do Contrato de Concessão e da necessidade de motivação do ato administrativo

5. Inicialmente, cumpre esclarecer que as Deliberações ora discutidas tiveram como mote a avaliação de Embargos de Declaração, opostos pelas Concessionárias, contra as decisões proferidas por meio das Deliberações nº 4.198/21 e 4.199/21, que, por sua vez, concluíram a Quarta Revisão Quinquenal Tarifária competente.

6. O r. colegiado dessa Agência entendeu por bem conhecer de referidos Embargos, **rejeitando-os no mérito, o que implicou, portanto, na ratificação dos termos das Deliberações nº 4.198/21 e 4.199/21**.

7. Apesar disso, na mesma oportunidade em que sustentou, mais uma vez, os parâmetros tarifários aplicáveis ao quinto ciclo de referidas concessões (vertidas ao quinquênio de 2018 a 2022), o r. Conselho Diretor da agência estabeleceu a manutenção da suspensão dos efeitos previstos nas Deliberações nº 4.198/21 e 4.199/21, de modo que **a tarifa que deveria ser aplicada de 2018 até o presente ano sequer chegou a ser implementada**.

8. Para tanto, referido Conselho limitou-se a indicar que suspendeu a eficácia da Quarta Revisão Tarifária para "evitar que decisão eventualmente equivocada ou com algum erro

material venha a impactar negativamente a própria prestação do serviço público de forma adequada”¹.

9. Ocorre que, de início, **aludida suspensão violou termos expressos do Contrato de Concessão** e, portanto, demanda imediato reparo, sob pena de criar/ampliar prejuízos aos usuários de gás natural do Rio de Janeiro. Senão, veja-se.

10. Nos termos da Cláusula 7ª, §2º, de ambos os Contratos de Concessão de Serviços Públicos de Distribuição de Gás Canalizado do Estado do Rio de Janeiro – relativos à CEG e à CEG-Rio –, “**os limites tarifários serão revistos a cada 5 (cinco) anos, com base no custo dos serviços**” (destaques nossos). Nessa toada, cabe à AGENERSA, como prevê o artigo 1º, parágrafo único, inciso VII, de seu Regimento Interno, “fixar, reajustar, revisar, aprovar e homologar tarifas, seus valores e estrutura”.

11. Tem-se, dessa forma, que **o dever contratual de conclusão da Revisão Tarifária a cada cinco anos não comporta mitigação por parte desse E. Conselho Diretor**, especialmente tendo em vista que essa providência auxilia na garantia do cumprimento dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, da legalidade e da modicidade tarifária, tão caros às concessões de serviço público.

12. Assim, a não realização da competente revisão tarifária de forma **tempestiva**, de modo a estabelecer diferentes limites de cobrança condizentes com o período contratual aplicável, fere o Contrato de Concessão, documento que estabelece todas as balizas do exercício dos serviços públicos em apreço e que deve ser fielmente zelado pela AGENERSA, consoante o disposto no artigo 8º, inciso IV, de seu Regimento Interno.

13. Mas não é só. A postura de não aplicar apropriadamente as tarifas estabelecidas em sede de Revisão Tarifária configura, outrossim, **ofensa ao artigo 2º da Lei Estadual nº 2.752/97²**.

14. Com efeito, ao suspender a aplicação das conclusões da Quarta Revisão Tarifária – processo legitimado pela participação da sociedade e **que tramita por, pelo menos, 4 (quatro) anos** -, a **Agência Reguladora ultrapassa seus poderes discricionários, agindo contra um mandamento legal a ela vinculante**.

¹ Cf. Deliberações nº 4.407/22 e 4.408/22.

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

15. Nesse sentido, valem ser lembrados os oportunos ensinamentos de Carvalho Pinto:

“Por conseguinte, se a lei ou algum outro ato normativo impõe ao administrador o dever de agir, não pode ele quedar-se inerte diante da regra de competência. Em outras palavras, se a lei impõe um *facere*, ao administrador é vedado atuar com omissão (*non facere*). A atuação comissiva exigida na lei não poder ser substituída por atuação omissiva. A omissão, nesse caso, estampa flagrante abuso de poder e, portanto, **inegável ilegalidade, por contrariar a respectiva norma de competência.**”³ (destaques nossos)

16. Aliás, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já se manifestou em situação similar ao presente caso, no sentido de rechaçar o atraso na efetivação da revisão tarifária aplicável aos serviços locais de gás canalizado, a saber:

“APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO - **Busca a impetrante que a autoridade impetrada seja compelida a finalizar o procedimento da 3ª Revisão Ordinária da Concessão do serviço de fornecimento de gás natural**, assim como a anulação da Deliberação ARSESP nº 575/2014 - Segurança denegada em Primeiro Grau Decisório que merece reforma - Ausência de afronta ao disposto no parágrafo 1º, inciso V, do art. 489 do Novo CPC - Prazo decadencial não escoado - Efeitos de ato omissivo que se prolongam no tempo - Legitimidade passiva da autoridade impetrada - Presidente do órgão colegiado, por ser representante externo do órgão o qual preside, tem legitimidade passiva para responder em juízo pelas decisões do órgão colegiado - Precedente do E. Superior Tribunal de Justiça - **Autoridade impetrada que deve proceder a 3º revisão da tarifa de concessão do serviço de fornecimento de gás natural - Atraso de mais de dois anos no cumprimento da obrigação injustificado** - Ineficácia do reajuste concedido pela Deliberação ARSESP nº 575/2014 que fica condicionada ao não cumprimento do ato omissivo - Recurso parcialmente provido.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Processo Administrativo Federal: Comentários à Lei 9.784 de 29/1/1999, p. 216. Grifos nossos.

De fato, compete à Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - ARSESP, nos termos e limites da Lei Complementar Estadual nº 1.025, de 07 de dezembro de 2007, "regular, controlar e fiscalizar, no âmbito do Estado, os serviços de gás canalizado", inclusive, "aprovar níveis e estruturas tarifárias e proceder ao reajuste e à revisão de tarifas" (artigos 7º e 8º, III).

Ocorre que, a 3ª Revisão Ordinária que deveria ser finalizada em 2014, e da qual deveria resultar o valor das tarifas a serem aplicadas no 4º Ciclo da Concessão, referente aos anos de 2014 a 2019, ainda se encontra sem conclusão. (...)

Com efeito, a ARSESP já conhecia de antemão todas as complexidades e as longas etapas que envolviam o procedimento da revisão, contudo, não agiu diligentemente para o cumprimento de sua obrigação, se não dentro do prazo estipulado, pelo menos em uma data razoável. Mas não, o atraso injustificado já conta com mais de 2 anos, sendo que o que se vislumbra, na verdade, é que **a ARSESP vem protelando sem justificativas plausíveis o cumprimento da 3ª Revisão prevista contratualmente, o que deixa bem evidenciado o direito líquido certo da impetrante quanto a este ponto.**"

(TJ-SP - Apelação Cível nº 1020259-15.2015.8.26.0053 – Des. Rel. Dr. Rubens Rihl – DJ 13/12/2016, destaques nossos)

17. À toda luz, a coletividade usuária de gás natural tem o direito de arcar com uma tarifa devidamente atualizada – nos termos da lei e do Contrato de Concessão -, direito esse que foi ferido pela **imotivada** decisão de suspensão de efeitos.

18. É de se destacar, a propósito, que as Dels. 4.407/22 e 4.408/22 **carecem de motivação razoável para sustentar a aludida suspensão**, vez que a Agência fundamenta a ineficácia do seu ato apenas em um suposto (mas indeterminado) erro material que futuramente poderá ser identificado. Não há, portanto, a mínima clareza sobre as razões para a adoção de uma medida acautelatória dessa natureza, que apenas conferem insegurança ao trabalho até aqui realizado por esse órgão *expert*.

19. Vislumbra-se, assim, uma afronta ao artigo 48 e seguintes da Lei Estadual nº 5427/2009:

“Art. 48. As decisões proferidas em processo administrativo deverão ser motivadas, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I. neguem, limitem, modifiquem ou extingam direitos; (...)

VII. importem em anulação, revogação, **suspensão** ou convalidação **de ato administrativo**; (...)

§ 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. (destaques nossos)

20. E nem se alegue, em contrapartida, que a apresentação abstrata de motivos – como ocorreu no caso em tela, posto que relacionada a erros materiais genéricos e indeterminados, potencialmente existentes na conclusão da Quarta Revisão Tarifária – seria suficiente para preencher os ditames da motivação administrativa.

21. Isso porque, nos termos do artigo 20, *caput* e parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto Lei 4.657/1942), na esfera administrativa “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos” e “a **motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta** ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, **inclusive em face das possíveis alternativas” (destaques nossos).**

22. No mesmo sentido, encontra-se o entendimento do STF:

“AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA. CONFLITO FEDERATIVO ESTABELECIDO ENTRE A UNIÃO E ESTADO-MEMBRO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVOGAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO (PORTARIAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE). INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 5º, VIII, § 1º DA LEI DE PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL. NULIDADE. AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA JULGADA PROCEDENTE. I - O potencial conflito federativo estabelecido entre a União e o Estado-membro atrai a competência do Supremo Tribunal Federal, na hipótese em que está em causa o pacto federativo. II A revogação de ato administrativo deve ser motivada de modo explícito, claro e congruente (art. 5º, VIII, § 1º, da Lei de Processo Administrativo Federal). **A inexistência de motivação acarreta a nulidade do ato.** III Diante da ausência de motivação

da Portaria 1.105/GM/2016, do Ministério da Saúde, deve ser reconhecida a sua nulidade, determinando-se, por conseguinte, o cumprimento no disposto nas Portarias 961 e 962/GM/MS. IV Ação cível originária julgada procedente.”

“(…) **Pois bem, esse dever de motivar (correlato do devido processo e, lógico, inerência do direito fundamental à boa administração pública) merece ser ampliado: força explicitar, em respeito ao primado dos direitos fundamentais, o fundamento (fático e jurídico) das decisões administrativas, com a estimativa detalhada dos impactos diretos e indiretos**, exigência que se acentua após tantos escândalos de gestão perdulária, com erros ocultados ou mascarados pelo déficit severo de justificativas plausíveis e correspondente controle.”

(STF, ACO: 3055 MA 0012101-87.2017.1.00.0000, Relator: Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 28/09/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 06/10/2020, destaques nossos)

23. Destarte, considerando possível a suspensão das conclusões atinentes à Quarta Revisão Tarifária – o que se admite apenas por hipótese – a decisão administrativa que a adota deveria ser precedida dos **fundamentos específicos que tornariam esse ato necessário, adequado e proporcional**, de modo a cotejar as suas consequências com suas alternativas menos onerosas ao consumidor.

24. Ao contrário, apesar de, por duas vezes, confirmar o resultado da Quarta Revisão Tarifária, a Agência não logrou explicar as razões pelas quais não a coloca em prática, **o que torna nulo, pois, o ato de suspensão das Deliberações nº 4.198/21 e 4.199/21.**

b) Da ausência de previsão legal para a suspensão proposta e da apreciação do Poder Judiciário sobre o tema:

25. Conforme suscitado na Seção anterior, embora a Agência Reguladora tenha negado provimento aos Embargos de Declaração das Concessionárias opostos contra as Deliberações 4.198/21 e 4.199/21, optou por mantê-las sem eficácia por prazo indeterminado. Entretanto, referida suspensão **não encontra paralelo em qualquer dispositivo de lei**, o que, por si, fere o princípio da legalidade em sua vertente administrativa.

26. Aliás, os Embargos de Declaração, conforme corretamente apontou o Ilmo. Conselheiro Rafael Penna Franca em seu voto⁴, são disciplinados, primordialmente, pelo Código de Processo Civil, que prevê, de forma expressa, a sua **inaptidão para ocasionar efeito suspensivo ao feito**⁵. Daí, tem-se que a decisão que o aprecia (ou melhor, que o rejeita) teria, menos ainda, a vocação para suspendê-lo.

27. Cientes dessa inaptidão, as Concessionárias ingressaram com uma ação na Justiça Estadual do Rio de Janeiro⁶, para desafiar, dentre outras matérias, as conclusões da Quarta Revisão Tarifária e, em sede de tutela de urgência, **pleitearam a suspensão dos trâmites regulatórios referentes à Quarta Revisão Tarifária.**

28. Contudo, em recente decisão⁷, **o i Magistrado do feito indeferiu a suspensão intentada**, nos termos a seguir:

"Ademais, **o periculum in mora que se apresenta no caso em apreço é inverso, na medida em que os consumidores, caso acolhida a pretensão autoral, poderão sofrer consequências diretas**, dado que as concessões de gás canalizado, operadas pela CEG e CEG Rio, contam com quase 1 milhão de usuários em todo o Estado do Rio de Janeiro, sendo o gás fator fundamental nos lares das famílias (usado em aquecedores e fogões a gás), no comércio (fornos de padarias, de restaurantes e outros), na indústria (como fonte de geração térmica para mover máquinas, combustível nas termelétricas e outros usos) e no fornecimento de GNV para automóveis de passeio e táxis.

A Revisão Tarifária ocorre a cada cinco anos, e constitui o momento de implantação de políticas econômicas pelo Poder Concedente e de se **buscar o reequilíbrio tarifário**, não só para as concessionárias, **mas também em prol da modicidade tarifária para os usuários, em busca do implemento de novas técnicas, de melhoria dos serviços e de expansão da rede de**

⁴ Nesse sentido: "De início, cumpre lembrar quais são os limites que a lei impõe à via recursal dos Embargos de Declaração, previsto no art. 78 do Regimento Interno da AGENERSA, mas cuja disciplina mais profunda se encontra no Código de Processo Civil". Voto do Conselheiro Rafael Penna Franca. Deliberação 4.408/2022, pág. 2.

⁵ Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.

⁶ Processo nº 0290848-46.2020.8.19.0001.

⁷ Doc. 02 deste Recurso.

usuários e garantia do implemento das metas editadas pelo Poder Concedente.

A distribuição de gás canalizado serve de instrumento de política econômica para o Governo do Estado (Poder Concedente) incentivar setores econômicos e regiões geográficas, mediante instrumentos de política tarifária diferenciada, influenciando diretamente na geração de emprego, renda e receita tributária. É peça de fundamental importância, máxime nesta época de crise, contribuindo para a captação de novos investimentos importantes nos efeitos econômicos, bem como para manter ou garantir competitividade de serviços e produtos relativamente a outros concorrentes de diversos Estados da federação. Por fim, vale assinalar que **os delegatários de serviços públicos e os entes estatais, estão condicionadas à observância do princípio da proibição da insuficiência ou da proteção deficiente ('Untermassverbot')**. Tal princípio, cuja origem dos debates encontra-se na Alemanha, consiste no reconhecimento da existência de uma violação do dever de proteção quando as entidades sobre quem esse recai não adotam nenhuma medida concreta ou adotam medidas inteiramente insuficientes ou ineficazes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. (...)

Tendo em vista os motivos explicitados, INDEFIRO O PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA". (destaques nossos)

29. Conforme se depreende do julgado retro, bem como dos demais argumentos até aqui apresentados, **não subsistem razões plausíveis e adequadas ao regime jurídico administrativo que justifiquem a manutenção da suspensão das tarifas estabelecidas há mais de 1 (um) ANO pela AGENERSA, em evidente prejuízo ao consumidor.**

c) Do Interesse Público:

30. Conforme reiteradamente tratado nas seções anteriores, a suspensão estabelecida pelas Dels. nº 4.407/22 e 4.408/22 **encontram-se na contramão do interesse público**, uma vez que afastam a justa aplicação de uma tarifa mais módica, substituindo-a por patamares superiores de remuneração às Concessionárias, sem respaldo regulatório.

31. Todavia, conforme explica a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a Administração Pública – integrada pela AGENERSA – tem o dever de agir em estrita observância ao interesse público correlato:

“Ora, a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, **sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesses de outrem: o da coletividade**. É em nome do interesse público – ou do corpo social – que tende agir fazendo-o na conformidade de *intentio legis*. Portanto, exerce ‘função’ instituto – como visto – que se traduz na ideia de indeclinável atrelamento a um fim pré-estabelecido e que deve ser atendido a um benefício de terceiro. **É uma situação oposta à autonomia da vontade, típica do direito privado**”⁸. (destaques nossos)

32. No caso em discussão, a suspensão do resultado da Quarta Tarifária não se confunde com o interesse público aplicável, mas, ao contrário, se submete a interesses particulares dos grupos econômicos aos quais pertencem as Concessionárias. Vide, nesse sentido, mais um apontamento do Ilmo. Conselheiro Relator do caso, Dr. Rafael Penna Franca, que reconhece a **“situação crítica que o estado passa com relação a aumento de preços e a inegável urgência de que tais valores sejam devolvidos aos consumidores o mais breve possível”**⁹.

33. De mais a mais, **o comprometimento à capacidade econômico-financeira das Concessionárias**, com a aplicação das conclusões da Quarta Revisão Tarifária, **não restou comprovado**.

34. Na verdade, a estrita observância do Contrato de Concessão estabelece o equilíbrio econômico-financeiro dessa relação. Nesse sentido, encontra-se julgado a seguir, relacionado à temática dos serviços de distribuição de gás canalizado:

“CONTRATO ADMINISTRATIVO Reequilíbrio da equação econômico-financeira – Impossibilidade: A aplicação do Termo de Ajuste K ocorreu conforme estabelecido no contrato de concessão, inocorrendo desequilíbrio na equação econômico-financeira.”

“Disso decorre, ainda, que **a observância pelo poder concedente dos termos contratuais que estabelecem**

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 69

⁹ Cf. Voto do Conselheiro Relator Rafael Penna Franca. Deliberação 4.408/2022, pág. 85

justamente o equilíbrio da equação econômica não gera o seu próprio desequilíbrio.”

(TJ-SP – Apelação 10537221120168260053, Des. Relatora Dra. Teresa Ramos Marques, DJ 26/10/2020, destaques nossos)

35. Este recurso pugna, tão somente, em vista do exposto, o reposicionamento dos patamares de custeio dessa Concessão em parâmetros legais/contratuais, o que, apesar de já ter sido objeto de determinação por parte desta D. Agência, encontra-se indevidamente – ainda – sem aplicação concreta.

IV. PEDIDOS

36. Ante o exposto, a ABIVIDRO pleiteia:

- A reforma das Deliberações nº 4.407/22 e 4.408/22, a fim de que se afaste, de imediato, a suspensão das Deliberações nº 4.198/21 e 4.199/21, prevista no artigo 2º;
- Que todas as partes interessadas no presente processo administrativo sejam notificadas dos termos deste Recurso, para que tenham ampla oportunidade de contrarrazoá-lo, se assim bem entenderem, sob pena de preclusão do direito de alegarem, no futuro, alguma mácula processual.

Termos em que,
Pede Deferimento.

De São Paulo para o Rio de Janeiro, 22 de abril de 2022.



Fabio Francisco Beraldi
OAB/SP 139.288



Sandra Fernanda Fiorentini Costa
OAB/SP 298.265



pp. João Marcelo Nusdeo Lopes
OAB/SP 474.277