



Processo nº.: E-12/003/402/2017
Data de Autuação: 04/12/2017
Concessionárias: CEG
Assunto: REAJUSTE ORDINÁRIO VIGÊNCIA: 01/01/2018 E
ACOMPANHAMENTO DOS INVESTIMENTOS PROJETADOS E
REALIZADOS, FÍSICOS E FINANCEIROS, DA
CONCESSIONÁRIA CEG PARA O ANO DE 2018.
Sessão Regulatória: 29 de maio de 2018

RELATÓRIO

Trata-se de analisar Recurso¹ interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 3.303/2017², de 18/12/2017, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3.327/2018³, de 25/01/2018.

¹ Fls. 166 a 213.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3.303 DE 18 DE DEZEMBRO DE 2017

CONCESSIONÁRIAS CEG - REAJUSTE ORDINÁRIO VIGÊNCIA: 01/01/2018 E ACOMPANHAMENTO DOS INVESTIMENTOS PROJETADOS E REALIZADOS, FÍSICOS E FINANCEIROS DA CONCESSIONÁRIA CEG PARA O ANO DE 2018.
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-12/003/402/2017, por unanimidade,
DELIBERA:

Art. 1º - Homologar, na forma do Anexo I, a atualização de Tarifas de Gás Natural e GLP da CEG, com vigência a partir de 01/01/2018;

Art. 2º - Determinar a remessa da atualização tarifária de GN e GLP, para análise, ao processo da 4ª Revisão Quinquenal, para que lá sejam compensadas, quando da conclusão dos trabalhos referentes ao quinto ciclo (2018-2022), as compensações eventualmente decorrentes do reajuste que aqui se aprova, criando-se conta gráfica para o acompanhamento da receita realizada e aquela estipulada pela 4ª Revisão Quinquenal de Tarifas;

Art. 3º - Determinar que, até 31/12/2018, a Concessionária CEG execute seu OPEX e CAPEX consoante os parâmetros balizados no voto, quais sejam:

I) a Concessionária deverá executar seu orçamento onde o OPEX seja igual aos valores realizados durante o ano de 2016 (atualizado), não podendo fazer remanejamento entre contas sem a prévia autorização da AGENERSA;

II) a Concessionária deverá executar os investimentos no importe de R\$ 137.910.000,00 (cento e trinta e sete milhões, novecentos e dez mil reais - data base/2016), valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) da meta proposta para 2018, não podendo fazer remanejamento entre contas sem a prévia autorização da AGENERSA, distribuindo-os da seguinte forma:

a) 30,00% (trinta por cento) para os investimentos necessários à expansão do atendimento residencial (captação de novos clientes residenciais);
b) 40,00% (quarenta por cento) para os investimentos necessários à renovação das redes de gás de ferro fundido, atentando-se, nesse sentido, à questão da segurança no serviço público;

c) 30,00% (trinta por cento) para outros investimentos não listados;

Art. 4º - Determinar que, até 31/12/2018 ou até que se ultime os trabalhos da 4ª Revisão Quinquenal de Tarifas dentro desse período, a Concessionária CEG apresente previamente à AGENERSA os investimentos que superarem o valor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais - data base/2016 atualizado), fazendo-o com os respectivos cronogramas físico-financeiros e orçamentos pautados nos custos unitários estipulados pela Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro, EMOP-RJ, quantificando as metas em relação aos usuários a serem atendidos; extensão da rede a ser implantada (com especificação se de baixa, média ou alta pressão); e volume de gás a ser fornecido, identificando os respectivos Distritos e Municípios que serão atendidos;

Art. 5º - Determinar, no que se refere ao artigo anterior, que a Concessionária CEG informe a esta AGENERSA o início e final das obras constantes dos correspondentes Projetos Executivos;

Art. 6º - Determinar que a Concessionária CEG comprove perante a AGENERSA a cada 04 (quatro) meses, todos os investimentos, físicos e financeiros, realizados nos períodos quadrimestrais do ano de 2018;

Art. 7º - Determinar a remessa ao processo da 4ª Revisão Quinquenal, para análise, do determinado quanto ao OPEX e CAPEX, a fim de que lá se realizem as compensações eventualmente decorrentes da fixação de condicionantes relativas aos custos operacionais e investimentos da Concessionária para o ano de 2018 ou período que antecede a conclusão dos trabalhos da 4ª Revisão Quinquenal, criando-se conta gráfica para o acompanhamento da receita realizada e aquela estipulada pela 4ª Revisão Quinquenal de Tarifas;

Art. 8º - Determinar que, no âmbito de suas respectivas atribuições, CAENE e CAPET acompanhem o disposto nos artigos anteriores requerendo à Concessionária, se necessário for, a apresentação imediata de planilhas que possibilitem a fiscalização do determinado no presente voto e permitam a realização das eventuais compensações no processo da 4ª Revisão Quinquenal;

Art. 9º - Determinar que a Concessionária encaminhe à CAPET os balanços realizados;

Art. 10 - Considerar que, diante de qualquer fato não previsto quanto ao OPEX e CAPEX, a Concessionária poderá requerer a esta AGENERSA a alteração dos critérios propostos;



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

"I.1 - DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

(...)

Considerando que a Deliberação AGENERSA nº 3303/2017 foi objeto de embargos, julgados por intermédio da Deliberação AGENERSA nº 3327/2017 e que essa foi publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 02/02/2018 (sexta-feira), tem-se que o prazo para interposição de Recurso teve como termo inicial 05/02/2018 (segunda-feira), primeiro dia útil subsequente.

Destarte, de acordo com o art. 79 do Regimento Interno da AGENERSA, considerando o prazo de 10 (dez) dias para interposição de Recurso, o prazo final venceria em 14/02/2018 (quarta-feira de cinzas), assim, considerando o não funcionamento da AGENERSA nesta data, o prazo passará a vencer no próximo dia útil subsequente, qual seja, 15/02/2018.

Por tal motivo, inegável a tempestividade do presente Recurso."

Em seguida, no tópico que intitula como **II - DA DELIBERAÇÃO RECORRIDA**, a Concessionária, em suma, transcreve as deliberações proferidas no âmbito do presente processo.

Já no mérito, item **III - DAS RAZÕES RECURSAIS**, a Concessionária traz as seguintes alegações, na íntegra:

"III. a - DA IMPOSSIBILIDADE LEGAL DE SE ESTABELECEER METAS DE INVESTIMENTOS E GASTOS ANUAIS ("REVISÃO ANUAIS")

Art. 11 - Determinar, nos termos do voto e sem prejuízo de sua apreciação na 4ª Revisão Quinquenal de Tarifas, que investimentos de caráter vultosos só estão autorizados para certos clientes especiais se realizados por conta e risco da Concessionária ou por esses clientes, não podendo, assim, haver o seu repasse à tarifa;

Art. 12 - Determinar que a SECEX inclua a expressão "OPEX" em relação ao assunto do presente processo, da seguinte forma: "REAJUSTE ORDINÁRIO VIGÊNCIA: 01/01/2018 E ACOMPANHAMENTO DO OPEX E INVESTIMENTOS PROJETADOS E REALIZADOS, FÍSICOS E FINANCEIROS, DA CONCESSIONÁRIA CEG PARA O ANO DE 2018";

Art. 13 - Determinar que a SECEX dê ciência da presente decisão ao Poder Concedente Estadual;

Art. 14 - A presente deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 2017.

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

³ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3.327 DE 25 DE JANEIRO DE 2018.

CONCESSIONÁRIAS CEG - REAJUSTE ORDINÁRIO VIGÊNCIA: 01/01/2018 E ACOMPANHAMENTO DOS INVESTIMENTOS PROJETADOS E REALIZADOS, FÍSICOS E FINANCEIROS DA CONCESSIONÁRIA CEG PARA O ANO DE 2018.

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-12/003/402/2017, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Acolher parcialmente os Embargos tempestivamente opostos contra a Deliberação AGENERSA 3.303/2017 para esclarecer o conteúdo do art. 11 da decisão embargada, o qual passa a ter a seguinte redação:

"Art. 11 - Determinar, nos termos do voto e sem prejuízo de sua apreciação na 4ª Revisão Quinquenal de Tarifas, que investimentos de caráter vultosos são aqueles que superam o valor de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais)/ano, só estando autorizados para um único cliente se realizados por conta e risco da Concessionária ou por esse cliente, não podendo, assim, haver o seu repasse à tarifa, conforme tabela 12 da proposta enviada pela Concessionária para o ciclo 2018-2022;"

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

Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 2018.

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

14



Pela sistemática das Deliberações ora recorridas, de forma inédita, a AGENERSA estabeleceu uma meta de investimentos e de gastos, fora do processo de 4ª Revisão Tarifária, para o ano de 2018, alegando tratar-se de ato de 'prudência', em razão da proposta da Concessionária CEG apresentar pleito de aumento da tarifa.

Dessa forma, estabeleceu a AGENERSA, no art. 3º da Deliberação AGENERSA nº 3303/2017, OPEX e CAPEX a serem seguidos e observados pela Concessionária, conforme transcrição abaixo:

Art. 3º - Determinar que, até 31/12/2018, a Concessionária CEG execute seu OPEX e CAPEX consoante os parâmetros balizados no voto, quais sejam:

I) a Concessionária deverá executar seu orçamento onde o OPEX seja igual aos valores realizados durante o ano de 2016 (atualizado), não podendo fazer remanejamento entre contas sem a prévia autorização da AGENERSA;

II) a Concessionária deverá executar os investimentos no importe de R\$ 137.910.000,00 (cento e trinta e sete milhões, novecentos e dez mil reais - data base/2016), valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) da meta proposta para 2018, não podendo fazer remanejamento entre contas sem a prévia autorização da AGENERSA, distribuindo-os da seguinte forma:

a) 30,00% (trinta por cento) para os investimentos necessários à expansão do atendimento residencial (captação de novos clientes residenciais);

b) 40,00% (quarenta por cento) para os investimentos necessários à renovação das redes de gás de ferro fundido, atentando-se, nesse sentido, à questão da segurança no serviço público;

A Concessionária não concorda com tal determinação, até porque estabeleceu a Agência, fora do processo da 4ª Revisão Quinquenal, uma meta anual, de investimentos e gastos para o ano de 2018, o que não encontra previsão no Contrato de Concessão e em nenhuma outra legislação vigente. Tanto assim o é, que toda a inteligência Contratual prevê o plano de investimentos quinquenal, assim como a revisão tarifária quinquenal.

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 irá suportar a realização de todo o plano de investimentos e gastos propostos e aprovados. (grifos no original)

Qualquer intenção de exigir ou determinar a realização de investimentos e gastos de forma anual, como se pretendeu fazer no presente processo 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.



De acordo com o texto do ato administrativo acima citado, há a verdadeira imposição à CEG de plano de investimentos e de gastos apenas para o ano de 2018 e de forma vinculante, o que não se pode admitir.

Assim, sob pretexto de que precisa ter uma meta pré-definida para poder fiscalizar a Concessionária, a AGENERSA cometeu verdadeira ilegalidade. Tal fato gera verdadeira 'revisão tarifária anual', que não encontra respaldo nem no Contrato de Concessão, nem na legislação vigente.

Na verdade, o que se verifica nas Deliberações recorridas 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 do Contrato de Concessão.

Nesse particular, torna-se imperioso esclarecer, para facilitar o desencadeamento lógico-jurídico deste ponto, que as tarifas dos contratos administrativos, gênero em que se insere a espécie concessão, de acordo com a legislação em vigor, podem sofrer dois tipos de alteração: i) reajuste; e ii) revisão.

Como se sabe, pelo reajuste das tarifas, o que se busca é simplesmente a modificação do valor da tarifa para enfrentar eventuais flutuações de custos 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. (grifos no original)

Sobre o tema, valiosa é a lição de MARÇAL JUSTEN FILHO em sua obra Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, que abaixo transcrevemos:

'O reajuste corresponde à modificação do valor da tarifa para enfrentar elevações normais de custos, relacionados ao fenômeno inflacionário. Tanto poderá cogitar-se de inflação geral como de inflação setorial. Ou seja, pode admitir que um determinado setor de atividades se sujeite a variação de custos mais acentuadas, exigindo a adoção de índices específicos. Em princípio, o reajuste será promovido periodicamente - asserção que deriva das circunstâncias nacionais, em que o fenômeno inflacionário tem-se mantido de modo contínuo.

A revisão de tarifas envolve a possibilidade de modificações imprevisíveis na formação dos custos necessários à prestação dos serviços. Não se considera propriamente alterações de valor produzidas pela inflação. Mais propriamente, admite-se a possibilidade de que as condições de prestação do serviço tornem-se mais onerosas do que retratadas nos índices-padrão de reajuste.'



Ainda nesse sentido, a Lei Federal nº 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 da tarifa;

Ademais disso, é salutar mencionar que dada à importância dos referidos institutos, o legislador infraconstitucional estabeleceu que os seus 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 pelo Congresso Nacional através da mencionada norma geral, o legislador do Estado do Rio de Janeiro editou a Lei Estadual nº 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 tarifário, 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 nº 2.752/97, que dispõe sobre os critérios de fixação e revisão das tarifas do 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 estabelecem 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 a 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 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.

Seguindo essa imperiosa instrução legislativa, o Contrato de Concessão firmado entre a CEG e o Estado do Rio de Janeiro, em 1997, prevê, em sua Cláusula Sétima §§§§ 2º, 14º, 16º e 17º hipóteses referentes ao reajuste e a 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, em textual:

CLÁUSULA SÉTIMA - TARIFAS

As tarifas para distribuição de gás canalizado terão como limites máximos os valores indicados no ANEXO I do presente instrumento, que são indicados já considerada a alíquota de 12% (doze por cento) do ICMS.

(...)

§2º Os limites tarifários serão revistos a cada 5 (cinco) anos, com base no custo dos serviços, incluída a remuneração do capital, considerando-se, ainda, a necessidade de estímulo ao aumento da eficiência operacional através da redução de custos, a evolução efetiva desses custos, e da produtividade da CONCESSIONÁRIA e do setor de gás.

(...)



§14º Sem prejuízo do disposto nos parágrafos anteriores, o limite da tarifa sofrerá revisão imediata, para mais ou para menos, sempre que ocorrer variação nos custos de aquisição do gás. Nessa hipótese, a CONCESSIONÁRIA deverá apresentar à ASEP-RJ e aos consumidores com antecedência de no mínimo 30 (trinta) dias. Verificando a ocorrência de erro no cálculo e/ou no procedimento utilizado pela CONCESSIONÁRIA, a ASEP-RJ determinará, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, as correções que se impuserem. A fórmula aplicável à revisão de que trata o presente parágrafo será a seguinte:

(...)

§16º. O valor limite da tarifa sofrerá igualmente revisão imediata, tal como previsto no §14º acima, sempre que ocorrer acréscimo ou redução de tributos, salvo impostos incidentes sobre a renda. Nesse caso, as variações de custos da CONCESSIONÁRIA decorrentes de alterações no valor de tais tributos refletirão no valor limite da tarifa, uma vez demonstrado pela CONCESSIONÁRIA de que forma e em que proporção tais variações afetam o valor limite. A ASEP-RJ terá no máximo 30 (trinta) dias para homologar os novos limites. Apenas serão admissíveis observações da ASEP-RJ sobre os novos limites tarifários que sejam relacionadas com erros de cálculo e/ou com procedimentos utilizados.

§17º. Anualmente, ou no menor prazo que a lei venha a permitir, a tarifa limite será atualizada monetariamente, com base no IGP-M, publicado pela Fundação Getúlio Vargas, não incluídos entre esses custos os mencionados nos parágrafos 14 e 16 acima, dando-se ciência prévia à ASEP-RJ e aos consumidores no prazo mínimo de 30 (trinta) dias.

Ou seja, desta mesma maneira, tem-se que os investimentos e gastos a serem realizados pela Concessionária devem, também, ser realizados em sua totalidade num período de 05 (cinco) anos e, portanto, assim fiscalizados e apurados avaliados.

Não se revela razoável e prescinde de qualquer respaldo legal o estabelecimento de metas de investimentos e gastos para o ano de 2018, uma vez que a 4ª Revisão Tarifária é o processo que definirá, definitivamente, em linha com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, as metas de todo o quinquênio!

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, o que ainda não se consolidou. A Lei Estadual nº 2.752/97 prevê que tais ajustes deverão ser 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.

[assinatura]



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 determinação anual da realização dos investimentos e dos gastos gera uma 'revisão anual e 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 no Contrato de Concessão assinado pelo Estado do Rio de Janeiro e pela CEG.

Nessas revisões quinquenais são projetados os investimentos e gastos para todo o quinquênio a seguir e calculada a receita requerida para que a Concessionária cumpra os compromissos assumidos. O plano de investimentos e os gastos são previstos para que sejam cumpridos e executados no período de 05 anos. A forma como tais investimentos e gastos 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 não 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 do art. 4º da Lei Estadual nº 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 de contratação - ocorrerá a cada 05 (cinco) anos.



Não obstante o exposto, prevê, ainda, o ordenamento contratual, sistemática e hipótese única, a ser implementada em caso de atraso na conclusão das Revisões Quinquenais Tarifárias, que se deve frisar, não guarda qualquer correlação com o que foi determinado pela AGENERSA nas deliberações ora recorridas, conforme Cláusula abaixo:

CLÁUSULA SÉTIMA - TARIFAS

As tarifas para a distribuição de gás canalizado terão como limites máximos os valores indicados no Anexo I do presente instrumento, que são indicados já considerada a alíquota de 12% (doze por cento) do ICMS.

(...)

§12 - A ASEP-RJ terá o prazo de 120 (cento e vinte) dias para se manifestar sobre o pedido de revisão, fixando os índices que, aplicados ao valor limite das tarifas, resultará nas tarifas limite para o quinquênio subsequente. O valor das tarifas limite será atualizado monetariamente, com base no IGP-M, publicado pela Fundação Getúlio Vargas, desde a data em que a proposta de revisão tarifária apresentada pela CONCESSIONÁRIA se baseou, até a data em que os novos limites tarifários entrarão em vigor.

§13 - O prazo a que se refere o parágrafo anterior poderá ser suspenso uma única vez caso a ASEP-RJ determine a apresentação, pela CONCESSIONÁRIA, de informações adicionais, voltando a fluir o prazo quando do cumprimento pela CONCESSIONÁRIA das exigências da SEP-RJ.

(...)

§21 - O descumprimento, pela ASEP-RJ, dos prazos a ela conferidos na presente Cláusula e nos incisos VI e VII da Cláusula QUATORZE, para promunciar-se a respeito de propostas de revisão de tarifas, de reajuste de tarifas ou de alteração da estrutura tarifária, facultará a CONCESSIONÁRIA colocar em prática as condições constantes da respectiva proposta, até que a referida Agência Reguladora venha a se pronunciar. Promunciando-se a ASEP-RJ fora do prazo a ela conferido, a CONCESSIONÁRIA estará obrigada a observar, daí em diante, as condições constantes do promunciamiento, operando-se as compensações cabíveis, no prazo que lhe for determinado.

Ou seja, a citação de tal Cláusula não implica em nenhuma afirmação de que a Concessionária exerceria tal prerrogativa no presente quinquênio, mas apenas serve para demonstrar que a única hipótese de tarifa ou sistema temporário, em caso de atraso, prevista pelo Contrato, não guarda qualquer correlação ou previsão, com a determinação da AGENERSA de meta de investimentos e gastos vinculante para o ano de 2018.

A determinação da AGENERSA no presente caso não encontra nenhum respaldo contratual ou legal. *M*



A própria Lei nº 4.556/2005 (Lei de criação da AGENERSA) dispõe que esta está adstrita a observar as disposições do Contrato de Concessão:

Art. 3º - No exercício de suas atividades, pugnará a AGENERSA pela garantia dos seguintes princípios fundamentais:

II - a existência de regras claras inclusive sob o aspecto tarifário, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

(...)

VI - a expansão dos sistemas, o atendimento, abrangente da população, a otimização ao uso dos bens coletivos e a modernização e aperfeiçoamento, eficiência e economicidade dos serviços prestados;

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;

XIV - estabelecer padrões de serviço adequado, garantindo ao usuário regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas;

Ou seja, pretende a AGENERSA criar sistemática de investimentos e gastos específica para o ano de 2018, em descumprimento ao Contrato de Concessão, e prejudicando seriamente as atividades da Concessionária, ao glosar investimentos e gastos que visam garantir a continuidade e segurança na prestação dos serviços, além da manutenção e expansão de suas atividades, em total desrespeito à sua Lei de Criação e ao que consta do Contrato de Concessão. (grifos no original)

Nessa linha de raciocínio, especificamente nos arts. 4º e 11 da Deliberação AGENERSA nº 3304/2017, a AGENERSA deliberou determinações que engessam o desempenho das atividades da Concessionária, o que não se pode admitir, configurando-se verdadeira ilegalidade e desrespeito à liberdade de gestão da CEG, que é prerrogativa garantida contratualmente.

A proposta apresentada pela Concessionária CEG para a 4ª Revisão de Tarifas, incluindo os investimentos e gastos ali propostos, especificamente para o ano de 2018, revelam compromisso com a continuidade na prestação dos serviços e segurança. Os investimentos especiais que foram vetados pela AGENERSA são investimentos totalmente afetos à operação da CEG.

Senão, vejamos, especificamente quanto ao art. 4º, que veda a realização de investimentos superiores a R\$2.000.000,00, sem prévia autorização da AGENERSA:



Valores em MRS (Moeda Dez/2016)

CEG - Projetos Singulares	2018
GNC MANGARATIBA	3,05
REFORÇO AMBEV	10,55
REFORÇO SANTA CRUZ	10,19

Quanto ao art. 11 da Deliberação, maior prejuízo causa o Regulador, tanto à Concessionária quanto aos consumidores que eventualmente serão prejudicados. Tal vedação de realização de investimentos especiais e vultosos, como define a Agência, descumpre diversas Cláusulas e previsões do próprio Contrato, o qual deve ser por ela cumprido e fiscalizado.

Não obstante, prossegue a AGENERSA vedando o repasse de tais investimentos à tarifa, caso sejam realizados. Ou seja, em última instância, ao vedar a realização de tais investimentos impede a AGENERSA a execução do próprio objeto do Contrato de Concessão pela CEG, ou, alternativamente, impõe a Concessionária um ônus descabido, o que não se pode em hipótese alguma admitir.

Ou seja, pretende a AGENERSA criar sistemática de investimentos e gastos para o ano de 2018, em total descumprimento ao Contrato de Concessão, e impede a Concessionária de cumprir com suas obrigações, em total desrespeito à sua Lei de Criação e ao que consta do Contrato de Concessão.

Desta forma, a CEG entende que deve se basear em sua proposta de investimentos e gastos para o ano de 2018 para permear todas as suas atividades ao longo do referido ano, sendo certo que, até conclusão definitiva da 4ª Revisão Quinquenal de Tarifas, com a aprovação definitiva dos investimentos e gastos do quinquênio, ainda não estão definidas as metas, de forma vinculante, incluindo-se aí a do ano de 2018.

Quanto a alegação do voto da AGENERSA de que a Concessionária, por meio da PRESI-017/2017 teria concordado com a sistemática então proposta no presente processo pela CAPET e CAENE, não podemos deixar de esclarecer que tal fato não guarda correspondência com a realidade.

Em sua carta supracitada, a CEG apontou que a única hipótese temporária e alternativa à deliberação definitiva da 4ª Revisão Tarifária prevista no Contrato é a hipótese da Cláusula Sétima, §§ 12, 13 e 21, frise-se, hipótese essa que não tem qualquer relação com o que foi proposto pelas Câmaras Técnicas e Deliberado pelo Conselho Diretor. O que se quis dizer é que a proposição da Agência de metas de investimentos e gastos somente para o ano de 2018 não tem previsão contratual nem legal.



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, ou seja, não pode prever meta de investimento e gastos vinculante anual, especificamente para o ano de 2018, 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.

III.b - DO VÍCIO DE MOTIVAÇÃO E DA VIOLAÇÃO A CONFLANÇA LEGÍTIMA

No corpo do voto, o relator aponta que:

'Ultrapassado o pedido quanto à homologação de reajuste tarifário, é preciso destacar que alguns parâmetros deverão ser fixados para o acompanhamento das execuções realizadas pela Concessionária durante o ano de 2018 ou enquanto não concluídos, dentro deste período, os trabalhos referentes a 4ª Revisão Quinquenal. Para tarifas provisórias, conforme pleiteadas pela Delegatária, têm que ter metas provisórias, porque se assim não acontecer a AGENERSA não pode fiscalizá-las'.

Antes de mais nada, cabe destacar que a CEG em momento algum propôs a criação de tarifas provisórias. O pleito da CEG no presente processo visava alcançar tão somente a atualização monetária anual, conforme previsão Contratual da Cláusula Sétima, §17 do Contrato de Concessão, e a eliminação da parcela de retroativa referente ao ciclo tarifário passado que em hipótese alguma deve ser confundida com a revisão quinquenal de tarifas.

Assim, não corresponde à realidade a motivação constante do presente voto, que ora se recorre, que as tarifas provisórias foram ou teriam sido pleiteadas pela CEG, o que, por si só, já caracteriza vício insanável de forma, contaminando a presente deliberação com nulidade. Assim porque, como a Concessionária não propôs tarifas provisórias, muito menos concordou com a criação de metas de investimentos e gastos provisória para o ano de 2018, porque, conforme já exposto ao longo do presente recurso, tal sistemática não encontra qualquer respaldo legal.

A teoria dos motivos determinantes, segundo JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO 'baseia-se no princípio de que o motivo do ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade.' (Manual de Direito Administrativo, 16ª Edição - fls. 103).

Na mesma toada, HELY LOPES MEIRELLES, aponta que 'tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade.' (grifos no original)



SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
Processo	E-12/003/402/2017
Data	12/01/2017
Folha	269
Assinatura	[Assinatura]

Continua JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

'A aplicação mais importante desse princípio incide sobre os discricionários, exatamente aqueles em que se permite ao agente maior liberdade de aferição da conduta. Mesmo que um ato administrativo seja discricionário, não se exigindo, portanto, expressa motivação, esta, se existir, passa a vincular o agente nos termos em que foi mencionada. Se o interessado comprovar que inexistia a realidade fática mencionada no ato como determinante da vontade estará ele irremediavelmente inquinado de vício de legalidade.'

Ademais, não pode a AGENERSA fixar metas de investimentos e gastos do quinquênio 2018/2022, especificamente para o ano de 2018, de forma destacada, porque o processo da 4ª Revisão ainda não foi definitivamente concluído, com plano de investimentos aprovado.

Em linha com o exposto, o argumento da Agência que a ausência de metas pré-fixadas para o ano de 2018 a impediria de fiscalizar a execução dos investimentos pela Concessionária é totalmente descabida e, frise-se, contraditória com comportamento da própria Agência no quinquênio passado - 2013/2017.

Isso porque, em que pese também ter ocorrido na conclusão definitiva da 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas, o que ocorreu quase em meados do ano de 2013, a Agência não se sentiu, naquele momento, impedida de fiscalizar a Concessionária, aplicando, inclusive, pesada penalidade à CEG, pela não realização de investimentos, com base no plano de investimentos apresentado pela mesma em sua proposta - Processo Regulatório E-12/003/344/2014. (grifos no original)

Ora, o que não se pode admitir, é um comportamento da Agência que traz verdadeira insegurança jurídica à Concessionária: quando é de seu interesse argumenta que não pode fiscalizar a Concessionária caso não estabeleça previamente meta de investimentos e gastos anual para o ano de 2018, porém, quando não foi de seu interesse, para a meta de investimentos do ano de 2013, argumentou que poderia ter fiscalizado, sem que houvesse até o meio do ano, plano de investimentos aprovado ou mesmo sem que tivesse sido pré-estabelecida pela AGENERSA uma meta anual provisória.

Ou seja, a AGENERSA, no ano de 2013, fiscalizou e puniu a CEG com base no plano de investimentos e gastos que então foi apresentado na proposta da Concessionária, no mesmo cenário que o presente, de atraso na conclusão da Revisão Quinquenal de Tarifas. Em que pese não concordarmos com a aplicação de penalidade naquele processo, o que não vem ao caso, evidente que a postura contraditória da Agência não se revela como boa prática regulatória. E, seguindo o mesmo critério adotado na ocasião, evidente que a



decisão regulatória do processo ora recorrido apresenta vício de motivação - não precisaria a Agência estabelecer meta de investimentos para o ano de 2018 para fiscalizar a execução dos mesmos pela Concessionária. A Agência pode e deve fiscalizar a meta, sem, contudo, aplicar penalidades, com base no plano de investimentos apresentado pela CEG, assim como o fez para o ano de 2013.

De pronto, insta identificar, na referida decisão, a prática de comportamento contraditório, também reconhecido, no mundo jurídico como 'venire contra factum proprium', cuja proibição encontra amparo no princípio da moralidade (art. 37, caput, da CRFB), da segurança jurídica, moralidade e confiança legítima), a seguir transcritos:

Art. 2º. O processo administrativo obedecerá, dentre outros, aos princípios da transparência, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, proteção da confiança legítima e interesse público.

§ 1º Nos processos administrativos serão observadas, entre outras, as seguintes normas:

IV - atuação segundo padrões éticos de decoro e boa-fé:

Nesse contexto, o Procurador do Estado do Rio de Janeiro, ANDERSON SCHREIBER, autor de estudo sobre o assunto, enumera os quatro pressupostos necessários para a caracterização da proibição do comportamento contraditório (venire contra factum proprium), sendo certo que todos se encontram devidamente caracterizados na presente hipótese. São eles:

- '(i) um factum proprium, isto é, uma conduta inicial;
- (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta;
- (iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isto mesmo, violador da confiança); e
- (iv) finalmente, um dano ou, no mínimo, um potencial dano a partir da contradição.'

Ademais, ressalte-se que a vedação ao venire contra factum proprium possui grande aceitação doutrinária no Direito Administrativo, mas sobretudo, vem sendo reiteradamente reconhecido pela jurisprudência pátria, conforme julgados a seguir colacionados:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PARA O CARGO DE PROFESSOR DOCENTE I - EXIGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. COMPLEMENTAÇÃO DE EXAME MÉDICO. CONCESSÃO DO PRAZO DE 180 DIAS PARA O CUMPRIMENTO. SATISFEITA A EXIGÊNCIA DENTRO DAQUELE PRAZO. NEGATIVA DE ADMISSÃO E POSSE EM



RAZÃO DO TÉMINO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO EM DATA ANTERIOR. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA BOA FÉ E DA MORALIDADE ÍNSITOS NO ART. 37, CAPUT, DA CARTA POLÍTICA E LEI ESTADUAL Nº 5.427/2009. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, TRANSPARÊNCIA E PROTEÇÃO DA CONFLANÇA LEGÍTIMA. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*. CONDUTA DA ADMINISTRAÇÃO AO CONCEDER PRAZO SUPRA REFERIDO QUE CONFIGURA PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME EM FAVOR DA IMPETRANTE. A Administração Pública é regida, dentre outros, pelo princípio da moralidade e legalidade (art. 37, caput, da Constituição da República) e não pode surpreender o administrado com medidas arbitrárias e contraditórias. Efetivamente, ao negar a nomeação e posse, a conduta adotada pela Administração feriu a boa fé que deve *contra factum proprium*, aplicável às relações com a Administração Pública e, além dos princípios supra referidos, os da transparência, finalidade, legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e, especialmente, o da proteção da confiança legítima, dentre outros. É patente o direito líquido e certo da impetrante a que a Administração reconheça que até o final do prazo de 180 dias, que lhe fora concedido, estava mantida a possibilidade de ingresso no serviço público, uma vez cumprida a exigência naquele prazo, o que indubitavelmente ocorreu. **SEGURANÇA CONCEDIDA (TJRJ, 11ª Câmara Cível, rel. Des. José C. Figueiredo, Processo nº 0036428.2010.8.19.0000, julgado em 17.11/2010).**

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS INSCULPIDOS NO CAPUT DO ART. 37 DA CARTA POLÍTICA, CONFLANÇA E BOA FÉ. Ao negar a nomeação e posse, a conduta adotada pela Administração feriu, além dos princípios insculpidos no caput do art. 37 da CF, também os da confiança e da boa fé que devem permear as relações entre a Administração e Administrado, consistindo na figura do *venire contra factum proprium*, aplicável às relações com a Administração Pública. A questão não se resolve com a discussão acerca da possibilidade ou não da prorrogação do prazo de validade do certame. A segurança foi concedida tendo em vista ter a Impetrante demonstrado ab initio que, a despeito da data de validade do concurso ser o dia 03/01/2009 a ela, candidata aprovada, a partir de 01/11/2008 foi concedido, pela própria Administração, o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para cumprir a exigência relativa a seu estado de saúde, no que obteve êxito. E da razoabilidade, configurada inexistindo no acórdão quaisquer dos efeitos constantes do elenco do art. 535 do CPC, isto é obscuridade, contradição ou omissão, restam improsperáveis os embargos declaratórios opostos. Não provados nem verificados os defeitos achados. **RECURSO IMPROVIDO. (TJRJ. 0036428-30.2010.8.19.0000 - MANDADO DE SEGURANÇA - 2ª Ementa. DES. JOSE C. FIGUEIREDO)**



SEMPRE PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12/003/402/2017
Data: 04/12/2017
Fis: 272
Assinatura: [assinatura]
104326520

JULGAMENTO 02/02/2011 - DECIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL). (grifos no original)

Inúmeras também são as decisões proferidas neste sentido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ora, tal comportamento viola frontalmente o princípio da segurança jurídica, pois não garante à Concessionária a manutenção da estabilidade no relacionamento com a Administração Pública. Ainda nesta toada, a confiança legítima conduz o administrado a presumir que a rigorosa observância da legalidade, aqui se tratando de comportamento anterior da AGENERSA adotado na revisão quinquenal anterior, previne a prática de ações e omissões ilícitas.

A esse respeito o Supremo Tribunal Federal se manifestou:

'A fluência de tão longo período de tempo culmina por consolidar justas expectativas no espírito do administrado, servidor aposentado, e, também, por incutir, nele, a confiança de a plena regularidade dos atos estatais praticados, não se justificando - antes a aparência de direito que legitimamente resulta tais circunstâncias, a ruptura abrupta da situação de estabilidade em que se mantinham, até então, a relação de direito público entre o agente estatal, de um lado, e o Poder Público, de outro'. (MC no MS 28.158/DF, decisão monocrática, rel. Min. Celso de Mello, j. 08.09.2009, DJe 16.09.2009).'

Nesta mesma linha o Superior Tribunal de Justiça:

'(...) 5. É certo que o poder de autotutela conferido à Administração Pública implica não somente uma obrigação de sanear os vícios e restabelecer o primado da legalidade, hipótese na qual se depara com equívocos cometidos nas incontáveis atividades que desempenha, conforme rezam as Súmulas 346 e 473, do STF e o art. 53 da Lei nº 9.784/99.

6. Nada obstante, há fatores que inibem a atuação da Administração tendente a corrigir o ato imperfeito. Essas hipóteses extraordinárias são marcadas pelas notas fundamentais da segurança jurídica e proteção da boa-fé e visam precipuamente assegurar estabilidade jurídica aos administrados e a impedir que situações já consolidadas sem qualquer indicio de conduta capciosa do beneficiário possam vir a ser objeto de releitura - o que, diga-se, em casos mais extremos decorre de reprováveis personalismos e subjetivismos.' (MS 16.141/DF, 1ª Seção, rel. Min. Castro Meira, j. 25.05.2011, DJe. 02.06.2011).'

Desta feita, evidente que o comportamento da Agência não viola frontalmente a segurança jurídica, devendo a AGENERSA rever sua decisão para revogar qualquer meta estabelecida para o ano de 2018, cabendo determinar que a Concessionária observe, enquanto não concluído o processo da 4ª Revisão Quinquenal, a meta de investimentos por ela proposta."



Em sua CONCLUSÃO, tópico IV, aduz:

"Diante do exposto ao longo da presente peça recursal, evidente que a Deliberação da AGENERSA não poderia atribuir a CEG a execução vinculante de meta de investimentos e gastos para o ano de 2018, fora do processo de revisão tarifária, visto que a sistemática Contratual estabelece que a meta vinculante é estabelecida para todo o quinquênio. Além disso, os procedimentos estabelecidos pela Agência ao longo da Deliberação engessam as operações da Concessionária, o que não se pode admitir.

Portanto, a Deliberação da Agência encontra vício insanável, porque descumpriu dispositivos legais e Contratuais, além de princípios fundamentais do ordenamento jurídico pátrio, devendo a mesma ser anulada, sendo determinado que a CEG observe, até que seja concluída a revisão de tarifas em curso, em caráter meramente sugestivo, a proposta de investimento por ela feita para o ano de 2018."

Por fim, no item que encerra a sua peça recursal (V-PEDIDO), a recorrente prescreve:

"Ante o exposto, requer a Recorrente a esse E. Conselho Diretor que seja conhecido e dado provimento ao presente Recurso, nos termos acima requeridos, decretando-se a nulidade das Deliberações AGENERSA nº 3303/2017 e 3327/2018, nos termos expostos ao longo da presente peça recursal, por ser medida de extremo bom senso e Justiça!"

Apresentado o recurso e sorteada a peça à minha relatoria, conforme Resolução AGENERSA CODIR nº 625/2018⁴, o processo foi encaminhado ao meu gabinete.

Ato contínuo, após ciência, encaminhei os autos à Procuradoria para análise e parecer, momento em que o jurídico desta AGENERSA, após relatar os fatos, entende, respectivamente, nestes termos:

"I - DA IMPOSSIBILIDADE LEGAL DE SE ESTABELECEM METAS DE INVESTIMENTOS E GASTOS ANUAIS ('REVISÃO ANUAIS')

(...)

'Pela sistemática das Deliberações ora recorridas, de forma inédita, a AGENERSA estabeleceu uma meta de investimentos e de gastos...' (grifos nosso)

Em relação a afirmativa acima, as Figuras 1 e 2, na sequência contradizem de maneira categórica o que foi escrito pela CEG no corpo do recurso. Os anexos VII e IV, da Deliberação 1.796 de 29/10/2013 que trataram do CAPEX (investimentos) e OPEX (gastos operacionais da 3ª Revisão Quinquenal da CEG, mostram claramente que não houve nenhum ineditismo, ao se fixar metas de investimentos e gastos operacionais anuais.

⁴ Fls. 214.



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

XV - deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação das normas legais contratuais, no que se refere a serviços públicos de energia e saneamento básico, fixando orientação a ser adotada nos casos omissos;

Ainda assim, não é o que acontece, já que a Lei Federal das Concessões, Lei Federal nº 8.987/1995, impõe a manutenção do Serviço Adequado, qual seja:

Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Desta maneira, é obrigação da AGENERSA zelar pela continuidade da prestação de serviços e também dos investimentos. Não há opção de 'não agir' neste caso, já que o 'não agir' seria não respeitar o comando do artigo 6º da Lei das Concessões.

(...)

Mais um equívoco é cometido quando a recorrente cita:

'... Tanto assim o é, que toda a inteligência Contratual prevê o plano de investimentos quinquenal, assim como a revisão tarifária quinquenal' (grifo nosso)

Bem mais a frente no texto do recurso, a Concessionária retorna ao tema e, para não termos que rediscutir o mesmo tema duas vezes, transcrevemos mais uma citação imprópria:

'... A forma de tais investimentos e gastos serão distribuídos no tempo é decisão estritamente empresarial, que considera a conjuntura econômica presente, bem como as questões relativas às permissões e licenças ambientais.'

Quanto a este aspecto, não há razão nas alegações da recorrente já que a mesma confunde o intervalo de tempo de uma revisão, que é quinquenal, com a metodologia de cálculo da tarifa. A tarifa leva em conta os investimentos e os gastos à cada ano, conforme a Cláusula 6ª §10ª alínea e, do Contrato de Concessão, e são remunerados pela taxa de retorno calculada segundo o que determina a Cláusula 6ª § 9º, do Contrato de Concessão.

Assim sendo, a execução de valores diversos aos designados para os investimentos e gastos acarreta desequilíbrio, já que a capitalização do fluxo de caixa é anual, conforme pode ser observado nas figuras 1 e 2 acima mas, também, nos anexos X e XII da Deliberação 1.796 de 29/10/2013, qual seja, a da 3ª Revisão Quinquenal.



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



ANEXO X

	2013	2014	2015	2016	2017	Valor Presente
I = 0,66*Margem Não Reposicionada	510	336	548	564	375	2074
II = 0,66* Custos e Despesas Operacionais	203	224	251	245	239	890
III = 0,66*Receitas Correlatas	12	12	12	12	12	46
IV = 0,34*Depreciação	69	72	74	70	55	262
V = 0,34*Juros s/ Capital Próprio	14	15	16	17	19	61
VI = Investimentos	311	206	186	220	188	863
VII = Recuperação da Ressonância	14	0	0	0	0	13
VIII = Recuperação do Subsidio MCMV	0	0	0	0	0	0
IX = Base Inicial	2604					2604
X = Base Final					2694	1691
XI = Saldo de CAPEX	0	92	92	92	92	266
m = (IX - VR(II) - VR(III) - VR(IV) - VR(V) + VR(VI) + VR(VII) + VR(VIII) - VR(X) - VR(XI)) / VR(I)	0	92	92	92	92	266
m =	0,9801					

ANEXO XII

NOTA: Margem Total Reposição, a partir de Nov.13 - para o ano de 2013 - corresponde a margem Total Reposicionada + Saldo Recebido a Maior

	Saldo	Jan. a Out. 13	Nov. a Dez. 13	2014	2015	2016	2017
m x MT	78.602	626.882	127.330	795.958	815.110	839.297	858.010
m x MT (1-i) ^t	71.615	571.136	116.011	660.733	616.480	578.344	537.425
				m x MT	m x MT (1-i) ^t	f	f x m x MT (1-i) ^t
				Saldo Jan. a Out. 13	Nov. a Dez. 13		
				78.602	626.882	1	71.615
				571.136	116.011	1	571.136
				127.330	795.958	0,9715	112.700
				795.958	815.110	0,9715	641.873
				815.110	839.297	0,9715	598.804
				839.297	858.010	0,9715	561.837
				858.010		0,9715	522.085
				Total	3.151.745		2.080.130

Isto não quer dizer que o Contrato de Concessão impede a livre iniciativa de gestão do Concessionário, já que como ele próprio afirma, há contratemplos no transcurso dos investimentos tais como licenças, permissões, etc.

De outra parte, não o isenta de seguir os patamares fixados de gastos e investimentos, já que, se assim não o fizesse, estaria desequilibrando o Contrato de Concessão. A Concessionária pode gerir a cronologia dos investimentos, salvo se, haja algum investimento específico, determinado pelo Poder Concedente, com prazos firmes fixados, dentro da Revisão Quinquenal.

(...)

Quanto a alegação de que a AGENERSA não possui a competência para alterar as condições pactuadas no Contrato de Concessão e no arcabouço regulatório da Concessão, esta não prospera pois, todas as alterações efetuadas até a presente data, desde a criação da AGENERSA, através da Lei Estadual 4.556/2005, foram efetuadas através de Aditivos Contratuais firmados entre o Poder Concedente e a Delegatária. (grifo nosso)

(...)



Outra discussão que julgamos inócua e que não nos cabe discutir, é a diferença de reajuste e revisão, já que a mesma é pacificada e de simples entendimento, qual seja, o reajuste é o simples ato do recálculo da tarifa pela incidência do desgaste inflacionário sobre o valor pactuado, já a revisão, como a própria palavra explica, é a análise periódica na busca de reparar considerações imprecisas ou planejamentos que não se realizaram.

(...)

II - DO VÍCIO DE MOTIVAÇÃO E DA VIOLAÇÃO A CONFIANÇA LEGÍTIMA

(...)

Tanto o Princípio da Legalidade, do lado do Direito Administrativo e o Princípio Civilista da Autonomia da Vontade devem ser mitigados e relativizados quando se discute questões regulatórias, já que os princípios norteadores inscritos através da Lei das Concessões, artigo 6º, § 1º são: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

O caso concreto em análise, é exemplo de tal prática onde a recorrente tenta imputar nulidade alegando que o ato administrativo não está compatível com a situação de fato, por não ter pleiteado tarifa provisória.

Não procede a argumentação acima já que em nenhum momento a AGENERSA concede tarifa provisória, até porque não há previsão legal. A tarifa concedida é aquela que atende o que está prescrito no Contrato de Concessão e, portanto, afasta a alegação de vício da vontade, até porque a vontade do regulador é fortemente mitigada pela imposição do Princípio da Legalidade que poucas vezes é suplantado, salvo as exceções legais que privilegiam, em certos casos, a regularidade e continuidade dos serviços.

(...) Quanto ao enquadramento em relação ao estudo do E. Procurador do Estado, Dr. Anderson Schreiber, resta claro e transparente que todas as quatro condições foram afastadas acima, o que nos encaminha a não admitir nenhuma nulidade nos atos da Deliberação em comento e, portanto, recusar os pedidos recursais em sua plenitude."

E conclui a Procuradoria pelo conhecimento do recurso, porque tempestivo, e pelo não acolhimento dos pedidos do presente recurso.

Após, em atenção ao devido processo legal, solicitei⁵ que a recorrente informasse não só os gastos e despesas operacionais realizados mas também os dispêndios com investimentos em janeiro e fevereiro de 2018, bem como informasse se seria necessário realizar alteração no OPEX e CAPEX para 2018, aprovado

⁵ Of. AGENERSA/CODIR/SS nº 17/2018, fls. 231.



nos termos da Deliberação AGENERSA 3.303/2018, e, em seguida, ofereci⁶ a oportunidade de se manifestar, na forma regimental.

Em resposta, a Concessionária encaminha a correspondência DIRPIR-039/18⁷, através da qual repisa suas considerações já apresentadas anteriormente, qual seja, i) de que não concorda com a metodologia adotada e deliberada pela AGENERSA de estabelecer uma meta anual e provisória (CAPEX E OPEX) para o ano de 2018; ii) que deve ser adotado como parâmetro, para o ano de 2018, em caráter não vinculante, as metas de CAPEX e OPEX constantes de sua proposta de revisão quinquenal de tarifas para o ciclo 2018-2022; e, em anexo, apresenta os investimentos realizados bem como os dispêndios operacionais referente ao bimestre (jan/fev de 2018).

Assim, os autos foram encaminhados, respectivamente, à CAENE e CAPET para manifestação quanto às novas informações apresentadas pela Concessionária.

A CAENE, ao se manifestar, entendeu que os dados devem ser apresentados divididos por município, já a CAPET, em seu parecer⁸, infere:

"Da análise dos Investimentos Financeiros

(...)

2. Os valores apresentados pela Delegatária estão expressos em moeda corrente do mês de realização, devendo, portanto, ser levados à data base proposta nos trabalhos da IV Revisão Quinquenal, dezembro de 2016, com base no índice contratualmente estipulado. Desta forma, esta CAPET conferiu os dados como segue:

2.1. Quadro com o valor aprovado para o exercício de 2018:

C34 - Investimentos Totais (milhões) - Base Dez/16	
Item	2018
INVESTIMENTOS MATERIAIS	125.902
Baixas	66.614
Novas Baixas AP/GNC	13.500
Novas Baixas M2/BP	36.704
Renovação Baixas	21.853
Outras - Baixas	550
Ramais	11.639
Novos Ramais	10.233
Renovação de Ramais	1.335
Outras - Ramais	70
Estações de Regulação, Medição e Compressão	4.444
Instalações Auxiliares de Rede	16.871
Outros Investimentos Materiais	50.354
Aquisição de Módulos	15.328
Instalações Comunitárias	4.861
Terrenos e Edifícios	5.821
Adoções e Equipamentos	892
Equipamentos Processos de Informação	919
Felculas	614
Outros Investimentos	1.918
INVESTIMENTOS IMATERIAIS	8.009
TOTAL INVESTIMENTOS	137.911

⁶ Of. AGENERSA/CODIR/SS nº 25/2018, fls. 236

⁷ Fls. 239/243.

⁸ Parecer Técnico AGENERSA/CAPET Nº 049/2018 17/2018, fls. 246/253.



2.2. Quadro com os valores históricos apresentados pela CEG:

Comprovação CEG - Mensal de realização			
Itens	jan	fev	total
INVESTIMENTOS MATERIAIS	12.825	11.808	24.732
<i>Redes</i>	<i>6.934</i>	<i>7.170</i>	<i>14.104</i>
Novas Redes AP-GNC	536	91	628
Novas Redes MF-BP	2.402	2.803	5.204
Renovação Redes	3.980	4.177	8.157
Outras - Redes	16	99	115
<i>Ramais</i>	<i>1.153</i>	<i>1.350</i>	<i>2.503</i>
Novas Ramais	827	1.074	1.901
Renovação de Ramais	326	276	601
Outras - Ramais	-	-	-
Estações de Regulação, Medição e Compressão	194	532	726
Instalações Auxiliares de Rede	468	741	1.208
Outros Investimentos Materiais	4.176	2.015	6.192
Aquisição de Medidores	3.028	1.700	4.729
Instalações Complementares	581	150	731
Terras e Edificações	21	9	30
Máquinas e Equipamentos	529	155	683
Equipamentos Processos Informatização	17	-	17
Veículos	-	-	-
Outros Investimentos	-	-	-
INVESTIMENTOS IMATERIAIS	-	-	-
TOTAL INVESTIMENTOS	12.825	11.808	24.732

2.3. Quadro com os valores levados à data base dezembro de 2016:

Comprovação CEG - Base Dez/16			
Itens	jan	fev	total
INVESTIMENTOS MATERIAIS	12.895	11.772	24.667
<i>Redes</i>	<i>6.718</i>	<i>7.148</i>	<i>13.866</i>
Novas Redes AP-GNC	535	91	626
Novas Redes MF-BP	2.395	2.794	5.190
Renovação Redes	3.971	4.164	8.135
Outras - Redes	16	99	115
<i>Ramais</i>	<i>1.350</i>	<i>1.346</i>	<i>2.696</i>
Novas Ramais	825	1.071	1.896
Renovação de Ramais	325	275	600
Outras - Ramais	-	-	-
Estações de Regulação, Medição e Compressão	194	530	724
Instalações Auxiliares de Rede	467	738	1.205
Outros Investimentos Materiais	4.167	2.009	6.176
Aquisição de Medidores	3.021	1.693	4.717
Instalações Complementares	580	150	730
Terras e Edificações	21	9	30
Máquinas e Equipamentos	528	155	683
Equipamentos Processos Informatização	17	-	17
Veículos	-	-	-
Outros Investimentos	-	-	-
INVESTIMENTOS IMATERIAIS	-	-	-
TOTAL INVESTIMENTOS	12.895	11.772	24.667

2.4. Fator de atualização - IGP-M:

IGP-M		Fator
dez/16	661,304	1,0000
jan/18	662,826	1,0023
fev/18	663,311	1,0030

3. Comparando-se os dispêndios efetuados, a Concessionária realizou, em janeiro e fevereiro de 2018, o percentual de 18,99% dos investimentos materiais projetados, e 0% dos investimentos imateriais, o que, em termos financeiros absolutos, equivale a 17,89% do total;



3.1. Tal montante, se projetado para o restante do ano, indica um cumprimento total financeiro de 107,32% do estipulado na Deliberação 3.303/17;

3.2. Reforçamos que se trata, apenas, de avaliação de caráter financeiro. Esta análise não implica em aceitação ou homologação de quaisquer avaliações relativas à execução física dos investimentos;

4. A Delegatária vem cumprindo com o estipulado e, pelo ritmo de realização, deve cumprir o projetado para o exercício de 2018;

Da análise das Despesas Operacionais

5. As análises foram efetuadas com base nos mesmos princípios elencados para o CAPEX, conforme quadros abaixo:

5.1. Quadro com o valor aprovado para o exercício de 2018:

REG - Despesa operacional (mil.R\$) - Base Dez/18	
Item	2018
1- Aluguel	6.733,01
2- Manutenção e Conservação	30.888,22
2.1- Base Imóvel e Construção	3.444,10
2.2- Equipamento de Informática	1.443,46
2.3- Veículos	427,30
2.4- Instalações Técnicas	12.433,41
Manutenção e Vistoria de Rede de AP e MBP	3.167,30
Energia	6.996,21
Manutenção de Instalações Industriais	2.369,30
2.5- Outros Instalado	3.139,82
3- Utilidades e Serviços	4.897,40
3.1- Energia Elétrica, Água, Gás e Contratação	3.404,34
3.2- Telefone e Outros Comunicação	2.443,49
3.3- Canteis	418,33
3.4- Material de Escritório	371,23
3.5- Outros	199,00
4- Serviços Gerais, Cooperativas e Associações	14.186,96
4.1- Serviços Gerais	7.709,10
4.2- Serviços Cooperativas	4.047,93
4.3- Custos de Associações	429,93
5- Serviços Profissionais Independentes	18.692,58
5.1- Auditoria	221,30
5.2- Assessoria Técnica	41,83
5.3- Jurídica	4.633,40
5.4- Consultoria e Outros Serviços	5.746,34
6- Publicidade, Propaganda e Relações Públicas	8.471,48
7- Seguros	1.368,70
8- Despesas de Viagem, Transporte e Frete	1.246,88
8.1- Despesas de Viagem	1.178,61
8.2- Transportes e Frete	67,27
9- Custos de Atividade Comercial	24.838,58
10- Custos Serviços e Clientes	24.898,97
10.1- Custos de Instalação e Serviço de Fornecedor	6.976,86
10.2- Custos de Serviço de Corte e Colagem	5.224,04
10.3- Seguros Perícia	609,38
10.4- Serviço de Tradução	4.678,67
10.5- Custos de Qualidade de Trabalho, Imprensa e Outros	4.135,73
10.6- Custos de Atendimento ao Cliente	511,53
10.7- Custos de Qualidade de Serviço	960,46
11- Outros Serviços Externos	11.213,92
11.1- Subscrição, Assessoria e Outros Serviços	7.459,61
11.2- Colaboração Externa	2.002,17
11.3- Custos de Pessoal Especializado	1.751,14
12- Outros	6.899,02
12.1- Outros Custos de Implantação	4.745,84
12.2- Tributos	1.833,69
13- Custos para CNC	828,59
14- Pessoal	71.498,68
15- Provisões	22.597,29
16- Custos de Perda de Gás	22.591,62
17- Custos de Ocorrências	645,79
TOTAL	255.487,28



SERVICÓ PÚBLICO ES
Processo E-12/003.402/2017
Data 01/12/2017
Rubrica 1543265203

5.2. Quadro com os valores históricos apresentados pela CEG:

Comparações CEG - Base de referência			
Item	Jun	Set	Total
1- Aluguel	830,00	900,00	1.730,00
2- Manutenção e Conservação	3.862,00	3.484,00	6.346,00
2.1- Mão de obra e Contratação	600,00	601,00	1.201,00
2.2- Equipamento de Informática	270,00	270,00	540,00
2.3- Viagens	21,00	187,00	208,00
2.4- Instalações Técnicas	1.770,00	1.779,00	3.549,00
Manutenção e Vistoria de Rede de AP e MDP	463,00	341,00	804,00
Geoplano	610,00	630,00	1.240,00
Manutenção de Instalações Industriais	352,00	303,00	655,00
2.5- Outros Instalados	312,00	413,00	725,00
3- Utilidades e Serviços	3.569,00	3.874,00	7.443,00
3.1- Energia Elétrica, Água, Gás e Combustíveis	638,00	667,00	1.305,00
3.2- Telefone e Outros Comunicação	640,00	670,00	1.310,00
3.3- Correlatos	126,00	123,00	249,00
3.4- Material de Escritório	130,00	49,00	179,00
3.5- Outros	33,00	47,00	80,00
4- Serviços Gerais, Corporativos e Associações	2.147,00	1.868,00	4.015,00
4.1- Serviços Gerais	1.186,00	1.075,00	2.261,00
4.2- Serviços Corporativos	631,00	672,00	1.303,00
4.3- Custo de Associação	330,00	73,00	403,00
5- Serviços Profissionais Independentes	998,00	1.373,00	2.371,00
5.1- Auditoria	0,00	0,00	0,00
5.2- Assessoria Técnica	37,00	68,00	105,00
5.3- Jurídica	487,00	623,00	1.110,00
5.4- Consultoria e Outros Serviços	474,00	582,00	1.056,00
6- Publicidade, Propaganda e Relações Públicas	194,00	486,00	680,00
7- Seguros	242,00	243,00	485,00
8- Despesa de Viagem, Transporte e Frete	161,00	266,00	427,00
8.1- Despesa de Viagem	161,00	253,00	414,00
8.2- Transporte e Frete	0,00	13,00	13,00
9- Gastos de Atividade Comercial	2.869,00	2.764,00	5.633,00
10- Gastos com Clientes	2.684,00	3.721,00	6.405,00
10.1- Lâmpada de Molibdênio e Dano de Fatura	1.080,00	1.377,00	2.457,00
10.2- Custo de Serviço de Corte e Colagem	675,00	673,00	1.348,00
10.3- Impostos Profissionais	281,00	75,00	356,00
10.4- Serviço de Tradução	448,00	679,00	1.127,00
10.5- Custo de Qualidade de Serviço, Impostos e Outros	667,00	773,00	1.440,00
10.6- Custo de Atendimento ao Cliente	0,00	0,00	0,00
10.7- Custo de Qualidade de Serviço	7,00	240,00	247,00
11- Outros Serviços Recorrentes	3.281,00	3.284,00	6.565,00
11.1- Subscrições, Assessoria e Outros Serviços	1.011,00	894,00	1.905,00
11.2- Consultoria Técnica	229,00	263,00	492,00
11.3- Custo de Personalização	20,00	237,00	257,00
12- Outros	2.965,00	6.926,00	9.891,00
12.1- Outros Gastos de Exploração	603,00	5.230,00	5.833,00
12.2- Telefone	2.332,00	1.296,00	3.628,00
13- Gastos para GNC	113,00	113,00	226,00
14- Pessoal	12.982,00	12.823,00	25.805,00
15- Provisões	496,00	387,00	883,00
16- Custo de Perda de Gás	3.899,00	18.473,00	22.372,00
17- Custo de Ocorrências	81,00	196,00	277,00
TOTAL	31.863,00	47.427,00	79.290,00

5.3. Quadro com os valores levados à data base dezembro de 2016:

Comparações CEG - Base Dez/16			
Item	Jun	Set	Total
1- Aluguel	830,00	900,00	1.730,00
2- Manutenção e Conservação	3.854,97	3.472,00	6.326,97
2.1- Mão de obra e Contratação	598,62	608,95	1.207,57
2.2- Equipamento de Informática	271,14	274,00	545,14
2.3- Viagens	20,95	186,43	207,38
2.4- Instalações Técnicas	1.768,97	1.790,62	3.559,59
Manutenção e Vistoria de Rede de AP e MDP	461,34	336,36	797,70
Geoplano	610,30	630,40	1.240,70
Manutenção de Instalações Industriais	351,24	303,00	654,24
2.5- Outros Instalados	311,28	413,62	724,90
3- Utilidades e Serviços	3.565,49	3.876,75	7.442,24
3.1- Energia Elétrica, Água, Gás e Combustíveis	636,49	667,00	1.303,49
3.2- Telefone e Outros Comunicação	638,61	677,07	1.315,68
3.3- Correlatos	127,71	123,63	251,34
3.4- Material de Escritório	130,70	49,83	180,53
3.5- Outros	33,87	47,54	81,41
4- Serviços Gerais, Corporativos e Associações	2.142,87	1.862,98	4.005,85
4.1- Serviços Gerais	1.182,28	1.075,00	2.257,28
4.2- Serviços Corporativos	630,00	672,00	1.302,00
4.3- Custo de Associação	330,59	73,98	404,57
5- Serviços Profissionais Independentes	995,71	1.369,15	2.364,86
5.1- Auditoria	0,00	0,00	0,00
5.2- Assessoria Técnica	36,92	67,79	104,71
5.3- Jurídica	485,88	623,11	1.108,99
5.4- Consultoria e Outros Serviços	472,91	588,25	1.061,16
6- Publicidade, Propaganda e Relações Públicas	193,88	486,02	679,90



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-12/003/402/2017
Data: 09/12/2017
Rubrica: 1516265266

7- Seguros	242,44	242,27	482,71
8- Despesas de Viagem, Transporte e Postos	389,63	389,38	423,81
8.1- Despesas de Viagem	193,77	193,23	333,06
8.2- Transportes e Postos	195,86	196,15	92,75
9- Gestão de Atividade Comercial	2.864,28	2.748,67	4.403,92
10- Gestão Tarifária e Clientes	3.475,54	3.786,74	7.362,28
10.1- Laudos de Medição e Obras de Faturar	1.682,13	1.372,83	2.054,96
10.2- Gestão de Serviço de Cota e Cobrança	673,40	674,05	1.348,45
10.3- Inspeções Periódicas	200,54	74,77	275,31
10.4- Serviço de Telemedimento	440,97	676,95	1.117,92
10.5- Controle de Qualidade de Laudos, Inspeções e Outros	682,47	770,86	1.453,33
10.6- Custo de Atendimento ao Cliente	0,00	0,00	0,00
10.7- Controle de Qualidade de Serviço	0,00	179,58	146,58
11- Outros Serviços Especiais	1.238,18	1.381,81	2.619,99
11.1- Subscrições, documentos e Outros Serviços	1.028,63	891,29	1.919,92
11.2- Contratação de Serviços	209,55	204,20	522,60
11.3- Custo de Pessoal Especializado	-28,95	220,31	197,36
12- Outros	2.388,12	6.584,25	9.494,38
12.1- Outros Custos de Implantação	941,48	3.214,18	3.875,65
12.2- Outros	2.320,65	1.230,06	5.618,73
13- Custos com GNC	112,74	112,66	225,40
14- Pessoal	12.854,20	12.784,26	24.838,46
15- Prestações	494,86	268,19	763,05
16- Custos de Perdas de Gás	2.896,89	10.441,31	13.338,20
18- Custos de Orlamentos	60,81	99,76	160,57
TOTAL	22.991,44	47.432,89	82.464,33

5.4. Fator de atualização - IGP-M:

IGP-M		Fator
dez/16	661,304	1,0000
jan/18	662,826	1,0023
fev/18	663,311	1,0030

6. Comparando-se os dispêndios efetuados, a Concessionária realizou, em janeiro e fevereiro de 2018, o percentual de 16,15% dos dispêndios projetados;

6.1. Tal montante, se projetado para o restante do ano, indica um cumprimento total financeiro de 96,89% do estipulado na Deliberação 3.303/17;

6.2. Reforçamos que se trata, apenas, de avaliação de caráter financeiro. Esta análise não implica em aceitação ou homologação de quaisquer avaliações relativas à execução dos dispêndios;

7. A Delegatária vem cumprindo com o estipulado e, mantendo-se no atual ritmo de realização, pode realizar dispêndios abaixo do patamar projetado para o exercício de 2018, o que indica controle eficiente das despesas operacionais;

Das conclusões

8. Entendemos que a manutenção da atual sistemática de realização está adequada e não compromete os esforços regulatórios efetuados;

9. Reiteramos o endosso ao posicionamento contrário ao acolhimento do recurso, conforme Parecer de folhas 166 a 213, ao qual nos filiamos."

É o relatório.

Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro - Relator



Processo nº.: E-12/003/402/2017
Data de Autuação: 04/12/2017
Concessionárias: CEG
Assunto: REAJUSTE ORDINÁRIO VIGÊNCIA: 01/01/2018 E
ACOMPANHAMENTO DOS INVESTIMENTOS PROJETADOS E
REALIZADOS, FÍSICOS E FINANCEIROS, DA CONCESSIONÁRIA
CEG PARA O ANO DE 2018.
Sessão Regulatória: 29 de maio de 2018

VOTO

Cuida-se de analisar Recurso¹ interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 3.303/2017², de 18/12/2017, alterada pela Deliberação AGENERSA nº 3.327/2018³, de 25/01/2018.

¹ Fls. 166 a 213.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3303 DE 18 DE DEZEMBRO DE 2017

CONCESSIONÁRIAS CEG - REAJUSTE ORDINÁRIO VIGÊNCIA: 01/01/2018 E ACOMPANHAMENTO DOS INVESTIMENTOS PROJETADOS E REALIZADOS, FÍSICOS E FINANCEIROS DA CONCESSIONÁRIA CEG PARA O ANO DE 2018.

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-12/003/402/2017, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Homologar, na forma do Anexo I, a atualização de Tarifas de Gás Natural e GLP da CEG, com vigência a partir de 01/01/2018;

Art. 2º - Determinar a remessa da atualização tarifária de GN e GLP, para análise, ao processo da 4ª Revisão Quinquenal, para que lá sejam compensadas, quando da conclusão dos trabalhos referentes ao quinto ciclo (2018-2022), as compensações eventualmente decorrentes do reajuste que aqui se aprova, criando-se conta gráfica para o acompanhamento da receita realizada e aquela estipulada pela 4ª Revisão Quinquenal de Tarifas;

Art. 3º - Determinar que, até 31/12/2018, a Concessionária CEG execute seu OPEX e CAPEX consoante os parâmetros balizados no voto, quais sejam:

I) a Concessionária deverá executar seu orçamento onde o OPEX seja igual aos valores realizados durante o ano de 2016 (atualizado), não podendo fazer remanejamento entre contas sem a prévia autorização da AGENERSA;

II) a Concessionária deverá executar os investimentos no importe de R\$ 137.910.000,00 (cento e trinta e sete milhões, novecentos e dez mil reais - data base/2016), valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) da meta proposta para 2018, não podendo fazer remanejamento entre contas sem a prévia autorização da AGENERSA, distribuindo-os da seguinte forma:

- a) 30,00% (trinta por cento) para os investimentos necessários à expansão do atendimento residencial (captação de novos clientes residenciais);
- b) 40,00% (quarenta por cento) para os investimentos necessários à renovação das redes de gás de ferro fundido, atentando-se, nesse sentido, à questão da segurança no serviço público;
- c) 30,00% (trinta por cento) para outros investimentos não listados;

Art. 4º - Determinar que, até 31/12/2018 ou até que se ultime os trabalhos da 4ª Revisão Quinquenal de Tarifas dentro desse período, a Concessionária CEG apresente previamente à AGENERSA os investimentos que superarem o valor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais - data base/2016 atualizado), fazendo-o com os respectivos cronogramas físico-financeiros e orçamentos pautados nos custos unitários estipulados pela Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro, EMOP-RJ, quantificando as metas em relação aos usuários a serem atendidos; extensão da rede a ser implantada (com especificação se de baixa, média ou alta pressão); e volume de gás a ser fornecido, identificando os respectivos Distritos e Municípios que serão atendidos;

Art. 5º - Determinar, no que se refere ao artigo anterior, que a Concessionária CEG informe a esta AGENERSA o início e final das obras constantes dos correspondentes Projetos Executivos;

Art. 6º - Determinar que a Concessionária CEG comprove perante a AGENERSA a cada 04 (quatro) meses, todos os investimentos, físicos e financeiros, realizados nos períodos quadrimestrais do ano de 2018;

Art. 7º - Determinar a remessa ao processo da 4ª Revisão Quinquenal, para análise, do determinado quanto ao OPEX e CAPEX, a fim de que lá se realizem as compensações eventualmente decorrentes da fixação de condicionantes relativas aos custos operacionais e investimentos da Concessionária para o ano de 2018 ou período que antecede a conclusão dos trabalhos da 4ª Revisão Quinquenal, criando-se conta gráfica para o acompanhamento da receita realizada e aquela estipulada pela 4ª Revisão Quinquenal de Tarifas;

Art. 8º - Determinar que, no âmbito de suas respectivas atribuições, CAENE e CAPET acompanhem o disposto nos artigos anteriores requerendo à Concessionária, se necessário for, a apresentação imediata de planilhas que possibilitem a fiscalização do determinado no presente voto e permitam a realização das eventuais compensações no processo da 4ª Revisão Quinquenal;

Art. 9º - Determinar que a Concessionária encaminhe à CAPET os balancetes realizados;

Art. 10 - Considerar que, diante de qualquer fato não previsto quanto ao OPEX e CAPEX, a Concessionária poderá requerer a esta AGENERSA a alteração dos critérios propostos;

Art. 11 - Determinar, nos termos do voto e sem prejuízo de sua apreciação na 4ª Revisão Quinquenal de Tarifas, que investimentos de caráter vultosos só estão autorizados para certos clientes especiais se realizados por conta e risco da Concessionária ou por esses clientes, não podendo, assim, haver o seu repasse à tarifa;

4



I) DAS CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Inicialmente, entendo oportuno contextualizar que o presente feito foi instaurado com o objetivo de analisar o "REAJUSTE ORDINÁRIO VIGÊNCIA: 01/01/2018 E ACOMPANHAMENTO DOS INVESTIMENTOS PROJETADOS E REALIZADOS, FÍSICOS E FINANCEIROS, DA CONCESSIONÁRIA CEG PARA O ANO DE 2018", em razão do REQ AGENERSA/SECEX N° 331/2017, de 04/12/2014, meio pelo qual a Concessionária requereu, para vigorar a partir de 01/01/2018, a atualização das tarifas de GN e GLP, em função i) da variação do índice de inflação, ii) do repasse do saldo de conta gráfica, iii) da variação do custo de aquisição do GLP e iv) da exclusão "(...) do fator de retroatividade de -3,60% incorporado às margens da Concessionária desde 01/01/2014, em respeito à Deliberação AGENERSA n° 1881 (...)", este último fixado em virtude do atraso na conclusão dos trabalhos da 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas (ciclo de 2013-2017).

Assim, foram editadas as Deliberações AGENERSA n°s 3.303/2017 e 3.227/2018, que, em suma, homologou a atualização de tarifas de GN e GLP da CEG, com vigência a partir de 01/01/2018, na forma do Anexo I daquela Deliberação, bem como determinou algumas providências necessárias para o acompanhamento desta AGENERSA quanto aos investimentos realizados em 2018.

De início, antes de analisar as razões trazidas pela recorrente, vale esclarecer que a Concessionária teve inúmeras oportunidades de se manifestar ao longo de toda a instrução processual do presente regulatório. Além disso, o Ofício encaminhado à recorrente para apresentação de suas contrarrazões observou os princípios da ampla defesa e do contraditório, bem como o prazo regimental, com concessão, inclusive, de dilação de prazo, a fim de priorizar, como de praxe, a transparência dos atos processuais, tal como recomenda não só os princípios constitucionais citados, mas também os princípios da transparência e da confiança legítima.

Art. 12 - Determinar que a SECEX inclua a expressão "OPEX" em relação ao assunto do presente processo, da seguinte forma: "REAJUSTE ORDINÁRIO VIGÊNCIA: 01/01/2018 E ACOMPANHAMENTO DO OPEX E INVESTIMENTOS PROJETADOS E REALIZADOS, FÍSICOS E FINANCEIROS, DA CONCESSIONÁRIA CEG PARA O ANO DE 2018";

Art. 13 - Determinar que a SECEX dê ciência da presente decisão ao Poder Concedente Estadual;

Art. 14 - A presente deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 2017.

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

³ DELIBERAÇÃO AGENERSA N° 3327 DE 25 DE JANEIRO DE 2018.

CONCESSIONÁRIAS CEG - REAJUSTE ORDINÁRIO VIGÊNCIA: 01/01/2018 E ACOMPANHAMENTO DOS INVESTIMENTOS PROJETADOS E REALIZADOS, FÍSICOS E FINANCEIROS DA CONCESSIONÁRIA CEG PARA O ANO DE 2018.

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 n° E-12/003/402/2017, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Acolher parcialmente os Embargos tempestivamente opostos contra a Deliberação AGENERSA 3.303/2017 para esclarecer o conteúdo do art. 11 da decisão embargada, o qual passa a ter a seguinte redação:

"Art. 11 - Determinar, nos termos do voto e sem prejuízo de sua apreciação na 4ª Revisão Quinquenal de Tarifas, que investimentos de caráter vultosos são aqueles que superam o valor de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais)/ano, só estando autorizados para um único cliente se realizados por conta e risco da Concessionária ou por esse cliente, não podendo, assim, haver o seu repasse à tarifa, conforme tabela 12 da proposta enviada pela Concessionária para o ciclo 2018-2022;"

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

Rio de Janeiro, 25 de janeiro de 2018.

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



Necessário ressaltar que só será objeto de análise do presente voto as razões atinentes ao recurso em voga, excluindo-se, para tanto, quaisquer informações que não façam parte da matéria recursal.

Dito isso, passo a analisar as alegações recursais propostas pela recorrente.

Registro, preliminarmente, a tempestividade do presente recurso, eis que protocolado dentro do prazo regimental. Assim também entendeu o jurídico desta AGENERSA, quando atestou tratar-se de "(...) recurso interposto tempestivamente".

A Concessionária, em sua peça recursal, sustenta que houve *"equívocos jurídicos que maculam decisivamente as referidas Deliberações, tornando impositiva a sua revisão, para o afastamento das determinações nelas impostas."*

Para melhor elucidação, serão analisadas, ponto a ponto, das objeções expressamente formuladas pela recorrente, já explanados de forma mais detalhada no relatório.

II) DAS RAZÕES RECURSAIS

II.a) DA IMPOSSIBILIDADE LEGAL DE SE ESTABELECEMETAS DE INVESTIMENTOS E GASTOS ANUAIS ("REVISÃO ANUAIS").

Neste item, a recorrente, defende, em suma, que a AGENERSA, de *"forma inédita"* estabeleceu *"uma meta de investimentos e de gastos, fora do processo de 4ª Revisão Tarifária, para o ano de 2018 (...)"* e que *"(...) não concorda com tal determinação, até porque estabeleceu a Agência, fora do processo da 4ª Revisão Quinquenal, uma meta anual, de investimentos e gastos para o ano de 2018, o que não encontra previsão no Contrato de Concessão e em nenhuma outra legislação vigente. Tanto assim o é, que toda a inteligência Contratual prevê o plano de investimentos quinquenal, assim como a revisão tarifária quinquenal."*

Ora, com relação à afirmativa acima, as figuras a seguir contradizem de maneira categórica a alegação da recorrente. Isso porque, os anexos VII e IV da Deliberação AGENERSA nº 1.796 de 29/10/2013, que trataram do CAPEX (investimentos) e OPEX (gastos operacionais) da 3ª Revisão Quinquenal da CEG, mostram, claramente, que não houve nenhum ineditismo ao se fixar metas de investimentos e gastos operacionais anuais.

ANEXO VI

Tabela A
O&G: INVESTIMENTOS PROJETADOS PARA O 4º QUINQUÊNIO
(Valores em mil R\$ - dez/2011)

	2013	2014	2015	2016	2017	TOTAL 5G
TOTAL INVESTIMENTOS MATERIAIS	303.730	200.608	180.339	215.430	180.630	1.082.956
Redes	213.753	107.300	114.438	160.421	126.294	722.105
Novas Redes AP	97.568	176	8.080	69.305	34.465	229.594
Novas Redes AP/BP	42.943	44.326	31.708	36.913	33.389	209.448
Renovação Redes AP/BP	70.368	38.623	31.777	31.330	35.596	268.695
Outros	2.874	2.874	2.874	2.874	2.874	14.366
Ramos	15.072	15.635	16.496	16.033	14.167	77.472
Novos Ramos	8.237	8.800	9.217	9.069	9.069	48.003
Renovação de Ramos	6.835	6.835	6.835	6.835	5.128	32.468
Continuação de Elétrico	13.852	7.056	2.787	2.787	2.787	29.368
Instalações Auxiliares de Rede	9.122	8.122	4.000	2.390	1.961	23.816
Outros Investimentos Materiais	23.902	65.390	42.838	33.969	35.390	231.293
Aquisição de Máquinas	16.804	22.293	23.863	23.035	24.033	110.047
Instalações Comunitárias	6.354	6.819	7.390	6.944	7.251	34.759
Terrenos e Edifícios	0	0	0	0	0	0



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

SEMPRO - SISTEMA PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12/003/402/2017
Data: 01.12.2017
Rubrica: 286
Assinatura: [assinatura]

Máquinas e Equipamentos	674	681	687	694	702	3.438
Equipamentos Processos Informáticos	7.342	5.527	414	414	414	2.112
Veículos	334	339	354	370	386	1.772
Outros	23.003	35.938	10.129	2.422	2.605	88.167
TOTAL INVESTIMENTOS MATERIAIS	5.023	5.023	5.023	5.023	5.023	25.114
TOTAL INVESTIMENTOS	310.753	205.621	185.581	220.452	185.632	1.108.070

ANEXO IV - OPEX
CEQ OPEX (mil R\$/ano) - Mês de Dez/11

Item	2013	2014	2015	2016	2017	2013-2017
DESPESAS OPERACIONAIS	144.413	155.430	157.854	160.094	162.569	780.360
- Aluguel	2.161	11.100	11.200	11.200	11.415	47.181
- Manutenção e Conservação	19.429	19.605	19.791	19.986	20.180	99.000
- Bens Imóveis e Construção	3.229	3.479	3.635	3.799	3.970	18.311
- Equipamento de Informática	2.214	2.214	2.214	2.214	2.214	11.071
- Veículos	735	768	803	839	877	4.022
- Instalações Técnicas	13.003	13.003	13.003	13.003	13.003	65.015
- Manutenção e Vitória de Rede de AP e MSP	5.021	5.021	5.021	5.021	5.021	25.104
- Energia	2.832	2.832	2.832	2.832	2.832	14.162
- Manutenção de Instalações Industriais	5.150	5.150	5.150	5.150	5.150	25.749
- Outra Instalada	147	142	136	131	125	681
- Utilidades e Serviços	8.420	8.610	8.810	9.017	9.233	44.091
- Energia Elétrica, Água, Gás e Combustíveis	3.573	3.736	3.902	4.078	4.262	19.554
- Telefone e Outras Comunicações	3.217	3.217	3.217	3.217	3.217	16.086
- Correio	472	493	515	537	561	2.578
- Material de Escritório	1.161	1.175	1.191	1.206	1.222	5.953
- Outros	(5)	(10)	(16)	(22)	(28)	(81)
- Serviços Gerais, Corporativos e Royalties	15.516	15.971	16.241	16.628	17.032	81.287
- Serviços Gerais	11.314	11.869	12.239	12.626	13.030	61.278
- Serviços Corporativos	4.002	4.002	4.002	4.002	4.002	20.009
- Royalties	-	-	-	-	-	-
- Serviços Profissionais Independentes	17.894	17.956	18.041	18.120	18.202	90.222
- Auditoria	354	354	354	354	354	1.770
- Assessoria Técnica	96	96	96	96	96	479
- Jurídica	7.144	7.144	7.144	7.144	7.144	35.720
- Outros Serviços	10.300	10.372	10.447	10.526	10.608	52.253
- Publicidade, Propaganda e Relações Públicas	8.592	8.616	8.642	8.667	8.693	43.209
- Seguro	1.890	1.890	1.890	1.890	1.890	9.450
- Despesa de Viagem, Transporte e Frete	1.868	1.881	1.894	1.907	1.921	9.470
- Despesa de Viagem	1.680	1.692	1.705	1.718	1.732	8.528
- Transporte e Frete	188	188	188	188	188	942
- Gastos de Atividade Comercial	-	-	-	-	-	-
- Gastos com o Cliente	28.153	29.189	30.411	31.413	32.592	151.758
- Leitura de Medidores	11.606	12.060	12.576	13.047	13.553	63.842
- Colaboração Bancária	6.512	6.767	7.057	7.321	7.605	35.263
- Inspeções Periódicas	787	823	867	915	961	4.353
- Serviços de Telediagnóstico	3.451	3.567	3.698	3.818	3.947	18.481
- Controle de Qualidade de Leitura, Inspeções e Outros	4.630	4.811	5.017	5.205	5.406	25.068
- Custo de Atendimento ao Cliente	421	379	341	307	276	1.725
- Controle de Qualidade de Serviços	746	781	824	840	883	4.085
- Outros Serviços Externos	10.309	10.420	10.543	10.660	10.785	52.716
- Subscrições, documentos e Outros Serviços	4.428	4.534	4.651	4.762	4.880	23.255
- Colaborações Externas	1.553	1.559	1.565	1.571	1.577	7.824
- Custo de Passado Expirado	4.328	4.328	4.328	4.328	4.328	21.638
- Outros	30.182	30.284	30.391	30.502	30.617	151.976
- Outros Gastos de Exploração	13.429	13.487	13.549	13.611	13.677	67.753
- Tributos	16.753	16.797	16.842	16.890	16.940	84.222
DESPESAS DE PESSOAL	100.159	102.635	105.479	108.352	111.180	527.807
OUTRAS DESPESAS	30.031	45.612	48.186	50.904	51.068	225.801
- Provisões	6.908	6.928	6.859	6.790	6.723	34.297
- Perdas de Gás	21.885	37.336	40.179	42.965	43.198	185.763
- Contribuição de Eficiência Energética	-	-	-	-	-	-
- Gasto de GNC e GHS	1.148	1.148	1.148	1.148	1.148	5.742
GASTOS DIFERIDOS	33.517	33.134	33.498	31.244	38.061	238.443
- Investimentos singulares	-	-	32.398	14.386	-	46.783
- Investimentos materiais	-	-	-	-	-	-
- Investimentos variáveis	33.517	33.134	36.100	36.858	38.061	179.659
Total - OPEX	308.130	338.802	380.617	370.593	362.879	1.760.410

Além disso, a tese de que esse suposto ineditismo não encontra previsão legal, cai por terra quando se traz a baila o art. 4º da Lei Estadual nº 4.556/2005, que prescreve:

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

XV - deliberar, na esfera administrativa, quanto à interpretação das normas legais e contratuais, no que se refere a serviços públicos de energia e saneamento básico, fixando a orientação a ser adotada nos casos omissos;

Mas ainda assim, não é o que acontece, eis que a Lei Federal das Concessões, Lei nº 8.987/1995 impõe, de forma objetiva, a manutenção do serviço adequado, senão vejamos:

M



SEF	PROCESSO	ESTADUAL
Processo	E-12.003/402/2017	
Data	04/12/2017	287
Rubrica	Imp	15432620

Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º. Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Assim, levando em consideração que o serviço público é uma atividade material, prestada por um sujeito estatal de forma contínua e para atender o interesse público, e o serviço só pode ser considerado como adequado se atender aos princípios acima expostos, é obrigação da AGENERSA zelar pela continuidade da prestação de serviços e também dos investimentos. Aqui, não há opção de "não agir", já que o "não agir" seria não respeitar o comando do artigo 6º das Lei das Concessões.

Nesse sentido, é evidente que a AGENERSA deve estabelecer critérios provisórios para o OPEX e CAPEX relacionados ao ano de 2018, eis que não há, ainda, autorização do Poder Concedente em relação a proposta de investimentos apresentados pela Delegatária em Novembro/2017. Desta forma, inexistindo diretriz daquele que dita as políticas públicas para o setor de gás canalizado no Estado do Rio de Janeiro, restam necessários, de fato, a estipulação, por este Ente Regulador, de algumas condicionantes, até que seja fixada, em definitivo, a estrutura tarifária que irá vigorar para o período 2018-2022, tendo em vista que tal medida é essencial para que se mantenha um equilíbrio na concessão, eis que tal conduta está autorizada pelo poder regulatório conferido à AGENERSA, conforme já mencionado, pela Lei 4556/05, que deve primar em interpretações razoáveis não só pelo direito dos usuários à modicidade tarifária mas também pelo equilíbrio econômico financeiro em prol da Concessionária, razão pela qual sigo o entendimento do relator originário que, em seu voto, foi brilhante ao afirmar que:

"(...) a fixação de condicionantes é medida tomada como prudência por esta Reguladora. Não existente, até o momento, a consolidação da decisão, para o quinto ciclo (4º RQT), da estrutura tarifária e margem que remunerará a Delegatária por investimentos projetados e ainda não autorizados para a execução dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado, é prudente que se adotem certas restrições a fim de acompanhar, no que tange ao ano de 2018 (primeiro ciclo) e pelo menos enquanto não finalizarem os trabalhos relativos à 4ª Revisão Quinquenal, o OPEX e os investimentos que forem sendo executados pela Concessionária."

Isto é, buscando não comprometer o ritmo de atividades para o usuário mas, preservando a capacidade operativa da delegatária, entendeu o CODIR, por prudência, fixar valores condizentes ao período previsto de

M



término dos estudos da 4ª Revisão Quinquenal. Valores estes não vinculantes de forma absoluta, como se pode ler no voto, no último parágrafo da fl. 105, antes do item III, quando assinala que: "Por derradeiro, há que se destacar que, em ocorrendo qualquer evento não previsto, a Delegatária poderá socorrer-se à AGENERSA para alterar o critério proposto"

Assim, enquanto não forem fixadas as premissas que vierem a ser estabelecidas para a 4ª Revisão Quinquenal, entendo que devem ser observados os critérios dispostos na Deliberação AGENERSA nº 3.303/2017 a fim de garantir o equilíbrio à Delegatária bem como preservar os usuários de um impacto tarifário, zelando, assim, pela eficiência na prestação dos serviços.

Mais a frente, a Concessionária comete mais um equívoco, ao afirmar que: "(...) O plano de investimentos e gastos são previstos para que sejam cumpridos e executados no período de 05 (cinco) anos. A forma de tais investimentos e gastos serão distribuídos no tempo é decisão estritamente empresarial, que considera a conjuntura econômica presente, bem como as questões relativas às permissões e licenças ambientais."

Aqui, conforme muito bem explicado pela Procuradoria desta AGENERSA, não há razão nas alegações da recorrente já que a mesma confunde o intervalo de tempo de uma revisão, que é quinquenal, com a metodologia de cálculo da tarifa, nestes termos:

"(...) A tarifa leva em conta os investimentos e gastos à cada ano, conforme a Cláusula 6ª § 10ª alínea e, do Contrato de Concessão, e são remunerados pela taxa de retorno calculada segundo o que determina a Cláusula 6ª § 9ª, do Contrato de Concessão.

Assim sendo, a execução de valores diversos aos designados para os investimentos e gastos acarreta desequilíbrio, já que a capitalização do fluxo de caixa é anual, conforme pode ser observado nas figuras 1 e 2 acima mas, também, nos anexos X e XII da Deliberação 1.796 de 29/10/2013, qual seja, a da 3ª Revisão Quinquenal.

ANEXO X

	Ano	2013	2014	2015	2016	2017	Valor Presente
I = 0,66*Margem Não Repositada		510	536	548	564	573	2074
II = 0,66*Custos e Despesas Operacionais		303	224	251	245	239	880
III = 0,66*Receitas Correlatas		12	12	12	12	12	46
IV = 0,34*Depreciação		69	73	74	70	55	262
V = 0,34*Juros s/ Capital Próprio		14	15	16	17	19	81
VI = Investimentos		311	206	186	220	186	863
VII = Recuperação de Removibilidade		14	0	0	0	0	13
VIII = Recuperação do Subsidio MCMV		0	0	0	0	0	0
IX = Base Total		2604				3694	3694
X = Base Final						3694	3694
XI = Saldo de CAPEX		0	92	92	92	92	286
II = (IX + VII) - (VI) - (V) - (IV) - (III) - (II) - (I)		0	92	92	92	92	286
III = (II + VII) - (VI) - (V) - (IV) - (III) - (II) - (I)		0	92	92	92	92	286
IV =		0,9801					

ANEXO XII

	Saldo	Jan. a Out. 13	Nov. a Dez. 13	2014	2015	2016	2017
m = MT	78.602	626.862	127.330	795.958	813.110	839.297	856.010
m = MT/(1+i)^t	71.615	571.136	116.011	860.733	816.480	578.344	537.425



	m x MT	m x MT/(1+i)	i	f	p	m
Solício	78.602	71.615		1		71.615
Jan. a Out. 13	426.862	371.136		1		371.136
Nov. a Dez. 13	127.330	116.011	0,9715			112.700
2.014	793.958	660.733	0,9715			643.873
2.015	815.110	616.480	0,9715			598.894
2.016	839.297	578.344	0,9715			561.837
2.017	856.010	537.425	0,9715			522.085
Total		3.151.743				3.080.130

Isto não quer dizer que o Contrato de Concessão impede a livre iniciativa de gestão do Concessionário, já que como ele próprio afirma, há diversos contratamentos no transcurso dos investimentos tais como licenças, permissões, etc.

De outra parte, não o isenta de seguir os patamares fixados de gastos e investimentos, já que, se assim não o fizesse, estaria desequilibrando o Contrato de Concessão (...)"

Ademais não nos cabe discutir a diferença de reajuste e revisão, já que essa discussão já é pacificada e de simples entendimento, qual seja, o reajuste é o simples ato do recálculo da tarifa pela incidência do desgaste inflacionário sobre o valor pactuado, já a revisão, como a própria palavra explica, é a análise periódica na busca de reparar considerações imprecisas ou planejamentos que não se realizaram.

Assim, no bojo do recurso, onde repete o mesmo argumento a exaustão, fazendo idas e vindas redundantes com o intuito claro de confundir e não explicar, já que base jurídica não há para sustentar sua defesa, concordo com o corpo jurídico desta AGENERSA, no sentido de que haverá sim desequilíbrio, se não houver fixação de valores mínimos a cumprir durante o período da Concessão. O usuário pagaria neste período tarifa excessiva, caso não se houvesse fixado, ao menos valores mínimos para investimentos e gastos.

Além disso, cumpre assinalar que em nenhum momento a AGENERSA descumpriu o Contrato de Concessão ou tampouco criou novas regulamentações como alegado pela recorrente. A AGENERSA, reafirmo: apenas usou de suas prerrogativas, quando fixou metas objetivas a partir dos dados fornecidos pela própria CEG.

Portanto, com relação aos investimentos projetados, realizados, físicos e financeiros da Concessionária CEG, acompanho os pareceres dos órgãos técnicos desta AGENERSA, eis que se coadunam com os princípios da regularidade (não surpresa) e equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão. Trata-se meramente de uma postura lastreada no interesse público, uma vez que mostra cautela por parte do regulador em relação ao tratamento adequado aos investimentos correlatos ao exercício de 2018 por parte da Concessionária, tendo em vista que já está em andamento a IV Revisão Quinquenal.

Assim, entendo que restam prejudicadas as argumentações levantadas pela recorrente.

II.a) DO VÍCIO DE MOTIVAÇÃO E DA VIOLAÇÃO A CONFIANÇA LEGÍTIMA



Neste tópico, a recorrente além de citar trecho do corpo do voto, aduz que "(...) em momento algum propôs a criação de tarifas provisórias" e que "não corresponde à realidade a motivação constante do presente voto, que ora se recorre, que as tarifas provisórias foram ou teriam sido pleiteadas pela CEG (...) bem como alega que "o argumento da Agência que a ausência de metas pré-fixadas para o ano de 2018 a impediria de fiscalizar a execução dos investimentos pela Concessionária é totalmente descabida e, frisa-se, contraditória com o comportamento da própria Agência no quinquênio passado - 2013/2017.", além disso, sustenta que "insta identificar, na referida decisão, a prática de comportamento contraditório, também reconhecido no mundo jurídico como 'venire contra factum proprium', cuja proibição encontra amparo no princípio da moralidade (art. 317, caput da CRFB), da segurança jurídica (art. 5º, caput, da CRFB) e no quanto positivado no art. 2º, §1º, inciso IV da Lei Estadual nº 54.427/2009 (princípios da segurança jurídica, moralidade e confiança legítima" momento em que menciona estudo feito pelo Procurador do Estado Anderson Schreiber e enumera os quatro pressupostos necessários para a caracterização da proibição do comportamento contraditório, que alega estar devidamente caracterizado na presente hipótese. Senão vejamos:

- "i) um factum proprium, isto é, uma conduta inicial;
- ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta;
- iii) um comportamento contraditório com este sentido objetivo (e, por isto mesmo, violador da confiança) e
- (i) finalmente, um dano ou, no mínimo, um potencial dano a partir da contradição."

Neste contexto, em respeito aos Princípios da Eficiência e da Celeridade, pilares das práticas administrativas e processuais, transcrevo do r. Parecer. nº.08/2018 - JVG, de Juliana Vianna Guimarães, como bem trouxe o parecer da Procuradoria desta AGENERSA, trecho extraído do corpo do Processo Regulatório AGENERSA E-12/003.634/2013, que rebate argumento recorrente das Concessionárias, contra as decisões desta Agência Reguladora:

a) Inaplicabilidade da teoria do ato próprio:

Ainda em sede recursal, a Recorrente busca a aplicação da teoria do ato próprio, alegando que "a orientação ora adotada pelo Codir⁴ não se coaduna com a legítima expectativa criada para a Concessionária e consagrada pela Lei de Processo Administrativo Estadual (Lei Estadual nº 5.427, de 01 de abril de 2009), que em seu artigo 2º garante o respeito à confiança legítima e a segurança jurídica do administrado".

⁴ Mudança do texto original, trocada a palavra CAPET por CODIR para melhor entendimento.



A teoria do próprio é decorrente da máxima *nemo potest venire contra factum proprium* (ninguém pode vir contra os próprios atos), impede que a administração contrarie sua conduta anterior causando prejuízo a quem confiara na atitude inicial, objetivando garantir a boa-fé objetiva, a legítima confiança e segurança jurídica.

A segurança jurídica é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, cuja manutenção depende, basicamente, do respeito à estabilidade das fontes normativas e à previsibilidade das relações jurídicas.

É cediço que a aplicação da teoria do ato próprio não impede a mudança de entendimento. Na verdade, a mudança é inerente ao Direito que deve sempre se adequar a realidade, da mesma forma que a Administração Pública ao praticar seus atos. Da mesma forma, o Novo Código de Processo Civil, ao criar as diretrizes das decisões judiciais mostra a possibilidade da superação dos entendimentos, acarretando na mudança da jurisprudência.

No caso em tela, trata-se de hipótese de superação da decisão do Conselho Diretor. A mudança de interpretação. Ademais, para a aplicação da teoria do ato próprio é imprescindível que **esteja caracterizada tanto a quebra da confiança legítima quanto a insegurança jurídica**. Tal fato não ocorre no caso em tela, uma vez que o novo entendimento está sendo aplicado em outras decisões pela Agência Reguladora em casos semelhantes, impondo a Recorrente o dever de adaptar-se.

Com efeito, trago as palavras da Procuradoria desta AGENERSA:

"Tanto o Princípio da Legalidade, do lado do Direito Administrativo e o Princípio Civilista da Autonomia da Vontade devem ser mitigados e relativizados quando se discute questões regulatórias, já que os Princípios norteadores inscritos através da Lei das Concessões, artigo 6º, § 1º são: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

O caso concreto em análise, é exemplo de tal prática onde a recorrente tenta imputar nulidade alegando que o ato administrativo não está compatível com a situação de fato, por não ter pleiteado tarifa provisória.

Não procede a argumentação acima já que em nenhum momento a AGENERSA concede tarifa provisória, até porque não há previsão legal. A tarifa concedida é aquela que atende o que está prescrito no Contrato de Concessão e, portanto, afasta a alegação de vício da vontade, até porque a vontade do regulador é fortemente mitigada pela imposição do Princípio da Legalidade que poucas vezes é suplantado, salvo as exceções legais que privilegiam, em certos casos, a regularidade e continuidade dos serviços.

A especificidade da Lei das Concessões é a linha divisória que busca o equilíbrio entre a bifurcação do Direito Público com o Privado, no âmbito da Regulação. W



De outra parte, a supremacia do interesse público e a primazia do coletivo sobre o particular, já teria o poder de afastar as teses de nulidade apontadas pela CEG. O ato deliberativo privilegiou a transparência e a objetividade de dados no seu humus fiscalizatório, além de ter aperfeiçoado os procedimentos a serem seguidos durante o período de estudos até a conclusão da 4ª revisão Quinquenal. Acrescente-se a isso, o fato de não haver nenhum prejuízo em relação as partes interessada.

Quanto ao enquadramento em relação ao estudo do E. Procurador do Estado, Dr. Anderson Schreiber, resta claro e transparente que todas as quatro condições foram afastadas acima, o que nos encaminha a não admitir nenhuma nulidade nos atos da Deliberação, em comento, e portanto, recusar os pedidos recursais em sua plenitude."

Por tais razões, considero, igualmente, prejudicado o presente arrazoadado, uma vez que inexistentes os vícios apresentados pela Recorrente.

III) DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, considerando as informações contidas nos autos do presente processo regulatório, sobretudo as manifestações da CAPET e da Procuradoria desta Agência, proponho ao Conselho Diretor:

Art. 1º. Conhecer o recurso interposto pela Concessionárias CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 3.303/2017, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3.227/2018, eis que tempestivo, e, no mérito, negar-lhe provimento ante a ausência de quaisquer vícios na deliberação ora recorrida.

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

SEI	ESTADUAL
Proc.	EP/003/402/2017
Data	04.02.2018
Rubrica	Is. 293 43265200

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3416, DE 29 DE MAIO DE 2018.

CONCESSIONÁRIA CEG - REAJUSTE ORDINÁRIO
VIGÊNCIA: 01/01/2018 E ACOMPANHAMENTO DOS
INVESTIMENTOS PROJETADOS E REALIZADOS, FÍSICOS E
FINANCEIROS, DA CONCESSIONÁRIA CEG PARA O ANO
DE 2018.

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-12/003/402/2017, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º. Conhecer o recurso interposto pela Concessionárias CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 3.303/2017, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3.227/2018, eis que tempestivo, e, no mérito, negar-lhe provimento ante a ausência de quaisquer vícios na deliberação ora recorrida.

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

Rio de Janeiro, 29 de maio de 2018.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente
ID 44089767


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro
ID 44299605


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro-Relator
ID 39234738


Tiago Mohamed Monteiro
Conselheiro
ID 50894617


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro
ID 05546885



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

À SECEX,

De ordem superior, encaminho o presente processo para cumprimento da Deliberação acostada às fls. 293 deste processo.

Informamos ainda que a Deliberação já se encontra disponibilizada na pasta Temp/Codir/SS.

Rio de Janeiro, 04 de Junho de 2018


Luiz Carlos Miranda
Assessoria/CODIR-SS
Id Func.: 43265200





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

AO GABINETE DO CONSELHEIRO SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA,

Retorno o presente processo, tendo em vista que esta Secretaria, antes da publicação da Deliberação AGENERSA de fls. 293, verificou uma divergência no número da Deliberação AGENERSA mencionada no art. 1º.

Diante do exposto, solicito análise e s.m.j, retificação da Deliberação para assim proceder o envio da matéria ao Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro.

Rio de Janeiro, 07 de junho de 2018.

[assinatura]
Verônica da Costa Paranhos M. P. Lattari
Assistente
ID Funcional 44247893

de acordo em 8/6/2018
Ana Christina Faesy Venancio
ID Funcional 4321781-8
Assessora / AGENERSA
Responsável Eventual da Secretaria Executiva
Portaria AGENERSA Nº 520 DE 30/06/2017

Recebido *07/06/2018*
Conferido *08/06/2018*
Cláudia Castro Rodrigues
Assessoria SECEV
AGENERSA Servidor 42517749

AGENERSA
Agência Reguladora
de Energia e Saneamento Básico
do Estado do Rio de Janeiro

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro - AGENERSA
Avenida Treze de Maio, 23 - 23º andar - Centro - Rio de Janeiro / RJ - CEP: 20031-902
Tel.: 21-2332-6469 Fax: 2332-6468
Site: www.agenersa.rj.gov.br - Email: secev@agenersa.rj.gov.br

Digitalizado em *08/06/2018*
até às fls. *295*
ID FUNCIONAL
563.4766-7



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

CO PUBLICO
Processo: E-12/003/402/2017
Data: 04/12/2017 Fls. 296
Assinatura: 10-50233629

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3416, DE 29 DE MAIO DE 2018.

CONCESSIONÁRIA CEG - REAJUSTE ORDINÁRIO
VIGÊNCIA: 01/01/2018 E ACOMPANHAMENTO DOS
INVESTIMENTOS PROJETADOS E REALIZADOS, FÍSICOS E
FINANCEIROS, DA CONCESSIONÁRIA CEG PARA O ANO
DE 2018.

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-12/003/402/2017, por unanimidade,

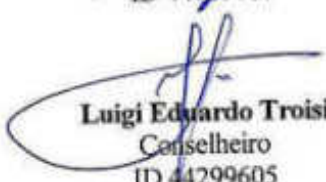
DELIBERA:

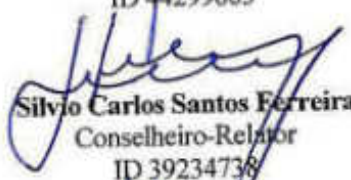
Art. 1º. Conhecer o recurso interposto pela Concessionárias CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 3.303/2017, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3.327/2018, eis que tempestivo, e, no mérito, negar-lhe provimento ante a ausência de quaisquer vícios na deliberação ora recorrida.

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

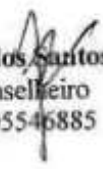
Rio de Janeiro, 29 de maio de 2018.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente
ID 44089767


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro
ID 44299605


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro-Relator
ID 39234738


Tiago Mohamed Monteiro
Conselheiro
ID 50894617


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro
ID 05546885