

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Processo nº.: E-12/003/172/2018
Data de Autuação: 19/03/2018
Concessionárias: CEG RIO
Assunto: Implantação do Sistema de Abastecimento por GNC no Município de Cachoeira de Macacu.
Sessão Regulatória: 30 de abril de 2019

RELATÓRIO

Trata-se de analisar Recurso¹ interposto pela Concessionária CEG RIO em face da Deliberação AGENERSA nº 3.610/2018², de 31/10/2018, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3.703/2018³, de 30/01/2019, publicada no DOERJ em 15/02/2019.

¹ Fls. 133 a 137.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3.610

DE 31 DE OUTUBRO DE 2018

CONCESSIONÁRIA CEG RIO - IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO POR GNC NO MUNICÍPIO DE CACHOEIRA DE MACACU.

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-12/003/172/2018, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de multa de 0,004% (quatro milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração (31/12/2017) pelo não cumprimento, até dezembro/2017, das metas físicas previstas para o quinquênio 2013-2017, conforme estabelecido no Terceiro Termo Aditivo da Delegatária, violando-se a cláusula quarta, §1º, item II, do Contrato de Concessão, com base na Cláusula Dez, IV, do Instrumento Concessivo e no artigo 19, inciso IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001, de 04/09/2007;

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

Art. 3º - Determinar que a CAENE acompanhe, na Revisão Quinquenal da Delegatária, a implantação definitiva do sistema de abastecimento de GNC;

Art. 4º - Determinar o apensamento deste feito ao processo regulatório E-12/003/106/2017;

Art. 5º - A presente deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 31 de outubro 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.

³ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3.703

DE 30 DE JANEIRO DE 2019

CONCESSIONÁRIA CEG RIO - IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO POR GNC NO MUNICÍPIO DE CACHOEIRA DE MACACU.

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-12/003/172/2018, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos contra a Deliberação AGENERSA 3.610/2018 e negar-lhes provimento;

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

Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 2019.

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

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

De início, a Concessionária sustenta, preliminarmente, a tempestividade da peça recursal, considerando que a Deliberação em comento foi publicada no Órgão Oficial em 15/02/2019, e que o prazo de 10 dias para interposição do Recurso findaria em 27/02/2019, tendo em vista que o prazo teve início em 18/02/2019. Assim, indiscutível a tempestividade do mesmo.

No mérito, a Delegatária esteia que a Deliberação ora atacada *"é fundada em falsa premissa e, ademais, apenas, duplamente, a Concessionária pelo mesmo fato (bis in idem)."*

Em seguida, no tópico que se intitula como **II.1 - FALSA PREMISSE DA DELIBERAÇÃO**, a Concessionária afirma que *"a decisão é fundada em falsa premissa, visto que utilizou, para análise, metas de referência e informações distintas das deliberadas na 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas."*

E explicou: *"a CAENE, ao requerer informações, não mencionou a que período se referia, nem que se referia a fiscalização de investimentos da 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas. Por tal razão, a Concessionária não enviou as metas estabelecidas na 3ª - Revisão Quinquenal de Tarifas, mas sim metas referentes a fases do projeto, com datas posteriores a dezembro de 2017."*

Prosseguiu, *"desta forma, as informações consideradas no Parecer da CAENE (fls.) e na Deliberação em comento referem-se a projetos internos definidos para períodos que extrapolam o período da 3ª Revisão Quinquenal de tarifas. Ou seja, não se trata de metas deliberadas para serem cumpridas até 31/12/2017. Ademais, a projeção de captação de clientes informada em tais projetos é realizada também para períodos superiores ao da 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas, pois prevê a captação esperada ao longo do desenvolvimento do mercado."*

Assim, ao que parece, houve uma falha na comunicação, uma vez que não restou clara a finalidade da informação solicitada pelo órgão regulador ou mesmo o período da informação a ser prestada. Por isso, as informações enviadas pela Concessionária não podem ser utilizadas para fins de comparação com as metas deliberadas em revisão tarifária."

Uma vez esclarecido o equívoco, cabe destacar que as metas a que se referem os 3ºs Termos Aditivos ao Contrato de Concessão são aquelas deliberadas na 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas, como pode ser observado na Cláusula Primeira, item 1.2, dos referidos Aditivos:

'A Concessionária assume a obrigação de construir nos municípios destacados no item 1.1 as redes físicas de distribuição local do gás natural que será distribuído por meio dos gasodutos virtuais, de modo a disponibilizar a infraestrutura para atendimento aos clientes previstos na 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas, até 31 de dezembro de 2017'.

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

A Concessionária apresentou um quadro resumo com as metas físicas de redes, devidamente ajustadas pela assinatura dos 3ºs Termos Aditivos, e o que foi efetivamente realizado até 31 de dezembro de 2017. Esclareceu ainda que na 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas, não são definidas metas de captação de clientes por município.

Metas Físicas - Redes (metros) *	Total
Municípios	2013-2017
Angra dos Reis	—
Cachoeiras de Macacu	8.342
Nova Friburgo	10.950
Saquarema	—
Teresópolis	7.178
Total	26.470

* Metas estabelecidas na 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas, incluindo o ajuste do 3º Termo Aditivo

Realização - Redes (metros)	Total
Municípios	2013-2017
Angra dos Reis	1.629
Cachoeiras de Macacu	7.110
Nova Friburgo	14.311
Saquarema	5.524
Teresópolis	12.057
Total	40.631

Prossegue a Concessionária: "verifica-se que apenas no Município de Cachoeira de Macacu não foi atingida a meta, o que é explicado em razão da não instalação de um cliente industrial, em dissonância com o que era previsto. Por isso, não se justificou a realização do investimento, em homenagem aos princípios da prudência e da modicidade tarifária."

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

No tópico **II.2 - BIS IN IDEM** - a Concessionária comentou que: *"vale comentar que existem processos regulatórios que acompanham a realização física e financeira dos investimentos a cada ano, a saber:*

Investimentos de 2013

E-12/003/345/2014 (CEG RIO)

Investimentos de 2014

E-12/003/053/2015 (CEG RIO)

E-12/003/666/2014 (CEG RIO)

Investimentos de 2015

E-12/003/496/2015 (CEG RIO)

Investimentos de 2016

E-12/003/079/2016 (CEG RIO)

Investimentos de 2017

E-12/003/80/2016 (CEG RIO)

Inclusive, foram impostas multas às Concessionárias por suposto não cumprimento de metas de investimentos . Assim, a aplicação de nova penalidade caracterizaria uma repetição de penalidade pelo mesmo fato (bis in idem), vedada pelo Direito."

A Concessionária esclarece que *"um possível equívoco no entendimento desta AGENERSA, quando menciona no Voto referente à Deliberação 3075/2019, quando afirma que a avaliação realizada nos processos que tratam do cumprimento anual dos investimentos é distinta da avaliação realizada no presente processo, uma vez que as metas do 3º Aditivo foram consideradas dos processos anuais.*

As afirmações acima podem ser observadas através das análises realizadas no processo E-12-003-080-2016, que trata dos investimentos anuais de 2017, onde é possível verificar no voto da Deliberação 3419/2018 (fl.139 dos autos), que confirma a consideração do 3º Termo Aditivo nas metas deliberadas na 3ª Revisão de Tarifas."

(...)

"É fato que nos processos que avaliam os investimentos anuais são excluídas as metas dos gasodutos intermediários, objeto do 3º Aditivo Contratual e são mantidas para fins de cumprimento de metas todos os demais investimentos previstos para tais Municípios, ou seja, investimentos em rede de distribuição local, medidores, etc.

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Da mesma forma, no presente processo que culminou na Deliberação atacada, também é avaliado o cumprimento dos investimentos no Município de Cachoeira de Macacu, excluindo aqueles investimentos em gasodutos intermediários, objeto do 3º Aditivo Contratual, e mantidas as metas de todos os demais investimentos previstos para tais Municípios, ou seja, investimentos em rede de distribuição local, medidores, etc.

Portanto, constata-se que nos processos plurianuais constam a análise das mesmas metas e realizações de investimentos apresentadas no presente processo."

A Concessionária apresentou as tabelas das metas físicas deliberadas na 3ª Revisão de Tarifas, as metas físicas ajustadas considerando o 3º Termo Aditivo e os investimentos físicos realizados.

(...)

Constatou que "No caso do Município de Cachoeira de Macacu, com os ajustes do 3º Termo Aditivo restaram metas referentes aos outros tipos de investimentos para o quinquênio 2013-2017. Mesmo não tendo atingido a metas de construção de Redes a Concessionária superou as metas de Ramais, Medidores e Instalações Comunitárias ainda dentro do quinquênio analisado 2013-2017.

Observa-se, portanto, que, tanto nos processos dos planos plurianuais, como nos processos da implantação do GNC (3º Termo Aditivo), as metas de investimentos são as mesmas, ou seja, é a Deliberada na 3ª Revisão de Tarifas com a exclusão dos gasodutos conforme determina o 3º Termo Aditivo. Logo, resta evidente a duplicidade na penalização."

No tópico **II.3 - SUBSIDIARIAMENTE - CONVERSÃO DA MULTA EM ADVERTÊNCIA OU REDUÇÃO SUBSTANCIAL DA MULTA**, a Concessionária apostilou: "Em homenagem ao princípio da eventualidade, caso seja entendido que a Concessionária tenha infringido norma legal - o que se admite apenas por hipótese -, cumpre destacar que aplicação de multa não é razoável ou proporcional.

Nesta seara, tem-se que, com o advento da nova ordem constitucional, o instituto do devido processo legal - e, em seu bojo, o da razoabilidade e da proporcionalidade dos atos do Poder Público - deve ser fielmente observado.

Sendo assim, serão ilegítimos e, portanto, invalidáveis pelo Poder Judiciário, os atos normativos e decisórios dos agentes estatais revestidos de irrazoabilidade ou desproporcionalidade. Necessária a realização de uma digressão quanto aos princípios ora em exame, a fim de possibilitar a constatação do desrespeito aos seus ditames.



Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

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

(...)

A aplicação de multa não se revela exigível, vez que a penalidade de advertência alcançaria o mesmo resultado de forma menos onerosa. Assim, devida a conversão da multa em advertência."

E concluiu requerendo:

"1. Seja dado provimento ao presente Recurso, para anular a multa imposta na Deliberação em comento, eis que ausentes fundamentos que justifiquem sua imposição;

2. Subsidiariamente, caso seja entendido ter havido descumprimento de norma legal - o que se admite apenas por hipótese -, seja, convertida a sanção de multa em advertência, tendo em vista os princípios da proporcionalidade e razoabilidade;

3. Caso o item acima não seja acolhido, o que se admite apenas pelo princípio da eventualidade, requer-se a redução substancial do valor da multa, tendo em vista os princípios da proporcionalidade e razoabilidade."

Sorteado o Recurso para a minha relatoria por meio da Resolução AGENERSA/CODIR N°. 668/2019, de 13/03/2019, os autos foram remetidos à Procuradoria para parecer.

Às fls. 172 a 179, o jurídico da AGENERSA fez breve resumo do feito; registrou a tempestividade da peça recursal; em suas alegações recursais, a recorrente "afirma que houve uma falha de comunicação entre a CAENE e ela, apontando que a Câmara Técnica não mencionou o período a que se referia quando da solicitação de informações.". Alegando que "por tal motivo, enviou somente as metas referentes a fases do projeto, com datas posteriores a dezembro de 2017, discordando que as informações enviadas 'não podem ser utilizadas para fins de comparação com as metas deliberadas em revisão tarifária'". Acrescenta ainda que "após os ajustes referentes ao 3º Termo aditivo, que desconsiderou as metas de investimentos em gasodutos intermediários, não restaram previstas metas de investimentos em redes de distribuição local para o Município em análise, objeto da Deliberação em questão.". E, quanto as alegações ao "bis in idem" que "existem processos regulatórios na AGENERSA que acompanham a realização física e financeira dos investimentos a cada ano, citando os mesmos às fls. 163.". Argumenta que "tanto nos processos dos planos plurianuais como nos processos de implantação de GNC, as metas de investimentos são as mesmas, existindo duplicidade na penalização.". Por fim, "pugna que caso se entenda que a Recorrente infringiu norma legal, que sejam

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, requerendo a conversão da multa em advertência, ou, subsidiariamente, a redução 'substancial' do valor da multa."

Da análise do mérito, no que tange a falsa premissa da Deliberação, a Procuradoria, esclarece-se que *"foram concedidas diversas oportunidades à Concessionária Recorrente de se manifestar sobre o tema em espeque ao longo do processo, em respeito ao devido processo legal, tendo a Recorrente mantido em sede recursal as alegações já conhecidas nestes autos às fls. 116/118 (razões finais) e fls. 133/136 (Embargos de Declaração), o que só demonstra a sua fragilidade diante dos seus infundados argumentos."*

Destaca-se que *"o presente trata sobre o acompanhamento à execução dos investimentos previstos na 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas para o quinquênio 2013/2017 nos termos fixados no 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, que autorizou a substituição de investimentos físicos englobados na 3ª Revisão Quinquenal Tarifária para o Município de Cachoeira de Macacu. Desse modo, permitiu-se mediante o pagamento de uma outorga, a substituição do fornecimento de gás por gasodutos virtuais (GNC ou GNL), com a execução dessa meta até 31/12/2017, o que não restou cumprido pela Recorrente, como demonstra o d. Voto proferido."*

"Sendo assim, em exame do d. Voto (fls. 151/156), é necessário que para o completo entendimento das razões que levaram o Ilmo. Conselheiro Relator a aplicar a referida penalidade é imperioso que se faça a leitura completa do mesmo, sendo importante destacar o abaixo exposto:

*"(...) **Em que pese as razões apresentadas,** o não cumprimento das metas estabelecidas para a 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas e conforme acordadas no Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão deverá ensejar a aplicação de penalidade no presente feito e impor, ainda, o apensamento deste ao processo E-12/003/106/2017, por se tratar do mesmo objeto e considerando a possibilidade de se proferir dupla decisão. (...) Nesse sentido, é preciso frisar que o referido aditivo contemplou o período até 2017, fim do ciclo quinquenal tarifário, para a execução dos projetos em relação a alguns Municípios. (...) Assim, levando-se em conta o parecer da área técnica desta Autarquia, que verificou o descumprimento ao contido no aditivo contratual, necessária é a aplicação de penalidade à Concessionária, não devendo prosperar as razões levantadas por ela, mormente quanto a não ser apenada porque já o foi nos processos de verificação de metas físicas e financeiras relacionadas ao período*

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

2013-2017. É que quanto a isso, os processos com a denominação “plano Plurianual” excluíram os investimentos referentes ao previsto no 3º Termo. (...) tendo em vista que os processos concernentes aos planos plurianuais excluíram as metas físicas contempladas no Terceiro Termo, não há que se acatar o argumento da Delegatária (...) e considerando que não houve a implantação definitiva da Estação de GNC, (...)”. (grifos desta Procuradoria)

Sendo assim, resta claro que “o d. Voto proferido é altamente explicativo quanto as razões que levaram à aplicação da penalidade aqui imposta e calçado nas informações ali apresentadas, no pronunciamento técnico e jurídico desta AGENERSA, sendo de suma importância observar que d. Voto que deu azo à Deliberação é a ela integrada em respeito à obrigatoriedade, em atenção ao princípio da motivação dos atos administrativos, ao justificar as decisões impostas.”.

Portanto, “esta Procuradoria guarda consonância ao prestigiado entendimento de Carvalho Filho, em seu manual de Direito Administrativo, eis que no corpo do voto da Deliberação atacada, se encontram motivações mais que suficientes, conforme trecho abaixo transcrito:

“Motivo é a situação de fato por meio da qual é deflagrada a manifestação de vontade da Administração. Já a motivação é a justificativa do pronunciamento tomado, o que ocorre mais usualmente em atos cuja resolução ou decisão é precedida, no texto, dos fundamentos que conduziram à prática do ato. **Em outras palavras: a motivação exprime de modo expreso e textual todas as situações de fato que levaram o agente à manifestação de vontade.**” (grifo nosso)

“Na verdade, conforme entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, todo ato administrativo deve ser motivado, fundamentando seu posicionamento no art. 1º da CRFB/88, haja vista ser a administração pública a gestora dos interesses da coletividade. Ainda, entendendo pela aplicação analógica do art. 93, X, da Magna Carta, eis que os atos administrativos do Poder Judiciário são motivados.”.

“Ademais, a Lei estadual 5427/09 determina, nos artigos 2º e 48, que todas as decisões devam ser motivadas:

“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.

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

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

- I. Neguem, limitem, modifiquem ou extingam direitos;
- II. Imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III. Dispensarem ou declaram a inexigibilidade de processo licitatório;
- (...)

§3º. A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões, proferidas oralmente, constará da respectiva ata, de acórdão ou termo escrito”.

Desse modo, “é nítido que não há qualquer vício no motivo do ato que venha gerar a nulidade da Deliberação ou qualquer alteração na mesma, não sustentando, portanto, as alegações recursais da Recorrente sobre a referida decisão ser fundada em falsa premissa da Deliberação.”.

No que tange ao “Bis in Idem”, “aduz a Recorrente a existência de duplicidade na penalização no presente, ressaltando para isso, a existência de processos regulatórios que acompanham a realização física e financeira dos investimentos a cada ano, e alegando que ‘foram impostas multas às Concessionárias por suposto não cumprimento de metas de investimentos.’”.

“Em exame do d. Voto às fls. 120/126, após as razões esposadas, verifica-se que o Ilmo. Conselheiro Relator **justificou de forma clara a aplicação da penalidade no presente processo, conforme abaixo:**

“o não cumprimento das metas estabelecidas para a 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas e conforme acordadas no Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão deverá ensejar a aplicação de penalidade no presente feito e impor, ainda, o apensamento deste ao processo E-12/003/106/2017, por se tratar do mesmo objeto e considerando a possibilidade de se proferir dupla decisão. (...) Observando o descumprimento, não se admitiria duas sanções para o mesmo fato. Assim, levando-se em conta o parecer da área técnica desta Autarquia, que verificou o descumprimento ao contido no aditivo contratual, necessária é a aplicação de penalidade à Concessionária, não devendo prosperar as razões levantadas por ela, mormente quanto a não ser apenada porque já o foi nos processos de verificação de metas físicas e financeiras relacionadas ao período 2013-2017. (...) considerando que não houve a implantação definitiva da Estação de GNC, (...).”

Assim, “com base nos pareceres técnicos e jurídicos desta AGENERSA, restaram evidentes os motivos do Ilmo. Conselheiro Relator para a aplicação de penalidade, que rogou pelo apensamento do processo E-12/003/106/2017 ao presente, conforme art. 4º da Deliberação em esboço, apresentando

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

suas razões cuidadosamente de modo a demonstrar que não há a violação ao princípio do 'bis in idem', ou seja, uma nova penalização sobre o mesmo fato no presente processo. Portanto, não merecem prosperar as alegações recursais da Recorrente."

No que se refere à Conversão da Multa em Advertência ou Redução Substancial da Multa, à Procuradoria aduz que *"na aplicação da multa prevista no art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 3707/2019, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3610/2019, foram aplicados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, obedecendo à adequação ou proporcionalidade entre motivo e finalidade, sob pena do ato administrativo ser objeto de invalidação pela própria administração ou pelo Judiciário. Segundo Lúcia Valle Figueiredo, 'a razoabilidade vai atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas'."*

Assim, *"é possível concluir que a falta de razoabilidade, nada mais é que um reflexo da inobservância dos requisitos exigidos para a validade da conduta. É nítida, portanto, a relação do referido Princípio com os Princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade."*

Porem, *"já a proporcionalidade, embora ainda em evolução, tem como fundamento o excesso de poder, cujo fim é conter atos, decisões e outras condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados."*

"De acordo com a doutrina alemã, para a aplicação deste Princípio é imprescindível à adoção dos seguintes critérios: o primeiro, adequação que pode ser definida como meio utilizado deve ser compatível com o fim almejado; o segundo, exigibilidade que é a necessidade do ato para atingir ao fim público; e terceiro, a proporcionalidade em sentido estrito, que são as vantagens a ser conquistadas superam as desvantagens."

Logo, *"a multa questionada foi calculada levando-se em conta critérios como: a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica da penalizada. Portanto, está dentro dos critérios supramencionados, em conformidade com a razoabilidade, sendo importante frisar que há previsão para aplicação de penalidades, entre elas a aplicação de multa, guardando a devida proporção com a gravidade da infração, conforme a Cláusula 10, § 2º, do Contrato de Concessão."*

Diante do exposto, *"inexistindo, portanto, vício de legalidade na Deliberação recorrida e, em homenagem aos princípios e normas que regem a legislação em vigor, esta Procuradoria recomenda rejeição das alegações recursais."*



Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Em sua Conclusão, à Procuradoria “opina pelo conhecimento do Recurso, porque tempestivo. No que tange ao mérito, pela negativa de provimento em razão de inexistir vício de legalidade na deliberação recorrida, que prima pela observância às normas contratuais.”.

Através do Of. AGENERSA/CODIR/SS nº. 45/2019 foi disponibilizado cópia do p. processo, através de link específico no site desta Agência Reguladora, bem como foi aberto prazo para o oferecimento de razões finais, conforme previsão do Regimento Interno da AGENERSA.

É o relatório.



Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro - Relator

Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Processo nº.: E-12/003/172/2018
Data de Autuação: 19/03/2018
Concessionária: CEG RIO
Assunto: Implantação do Sistema de Abastecimento por GNC no Município de Cachoeira de Macacu.
Sessão Regulatória: 30 de Abril de 2019

VOTO

Trata-se de analisar Recurso¹ interposto pela Concessionária CEG RIO em face da Deliberação AGENERSA nº 3.610/2018², de 31/10/2018, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3.703/2019³, de 30/01/2019, publicada no DOERJ em 15/02/2019.

¹ Fls. 133 a 137.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3.610

DE 31 DE OUTUBRO DE 2018

CONCESSIONÁRIA CEG RIO - IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO POR GNC NO MUNICÍPIO DE CACHOEIRA DE MACACU.

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-12/003/172/2018, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de multa de 0,004% (quatro milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração (31/12/2017) pelo não cumprimento, até dezembro/2017, das metas físicas previstas para o quinquênio 2013-2017, conforme estabelecido no Terceiro Termo Aditivo da Delegatária, violando-se a cláusula quarta, §1º, item II, do Contrato de Concessão, com base na Cláusula Dez, IV, do Instrumento Concessivo e no artigo 19, inciso IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001, de 04/09/2007;

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

Art. 3º - Determinar que a CAENE acompanhe, na Revisão Quinquenal da Delegatária, a implantação definitiva do sistema de abastecimento de GNC;

Art. 4º - Determinar o apensamento deste feito ao processo regulatório E-12/003/106/2017;

Art. 5º - A presente deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2018.

JOSÉ BISMARK 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 3.703

DE 30 DE JANEIRO DE 2019

CONCESSIONÁRIA CEG RIO - IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO POR GNC NO MUNICÍPIO DE CACHOEIRA DE MACACU.

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-12/003/172/2018, por unanimidade,

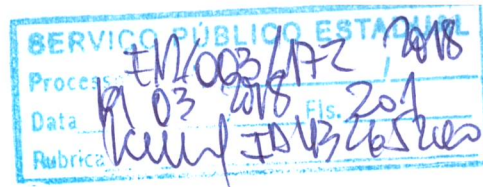
DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos contra a Deliberação AGENERSA 3.610/2018 e negar-lhes provimento;

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

Rio de Janeiro, 30 de janeiro de 2019.

JOSÉ BISMARK 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



Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

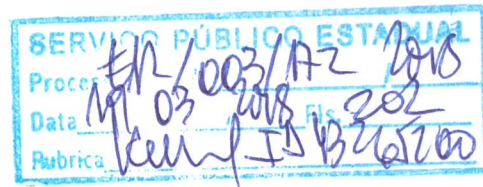
Preliminarmente, cumpre-nos certificar a tempestividade do presente recurso, uma vez que protocolizado dentro do prazo de 10 dias estabelecido pelo artigo 79 do Regimento Interno desta AGENERSA.

Em linhas gerais, a Recorrente, impugna a decisão fundamentada alegando que a mesma é fundada em falsa premissa visto que utilizou, para análise, metas de referência e informações distintas das deliberadas na 3ª Revisão Quinquenal; alega a existência de “bis in idem” na decisão; requer o provimento do recurso para anular a multa imposta na Deliberação em comento ou subsidiariamente a conversão da multa em advertência ou redução substancial da multa.

Em suas alegações recursais, a Recorrente afirma que houve uma falha de comunicação entre a CAENE e ela, apontando que a Câmara Técnica não mencionou o período a que se refere quando da solicitação de informações. Alegando que *“por tal motivo, enviou somente as metas referentes a fases do projeto, com datas posteriores a dezembro de 2017, discordando que as informações enviadas ‘não podem ser utilizadas para fins de comparação com as metas deliberadas em revisão tarifária’”*. Acrescenta ainda que *“após os ajustes referentes ao 3º Termo aditivo, que desconsiderou as metas de investimentos em gasodutos intermediários, não restaram previstas metas de investimentos em redes de distribuição local para o Município em análise, objeto da Deliberação em questão.”*. E, quanto às alegações ao “bis in idem” que *“existem processos regulatórios na AGENERSA que acompanham a realização física e financeira dos investimentos a cada ano, citando os mesmos às fls. 163.”*. Argumenta que *“tanto nos processos dos planos plurianuais como nos processos de implantação de GNC, as metas de investimentos são as mesmas, existindo duplicidade na penalização.”*. Por fim, *“pugna que caso se entenda que a Recorrente infringiu norma legal, que sejam observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, requerendo a conversão da multa em advertência, ou, subsidiariamente, a redução ‘substancial’ do valor da multa.”*.

Da análise do mérito, no que tange a falsa premissa da Deliberação, a Procuradoria, esclarece-se que *“foram concedidas diversas oportunidades à Concessionária Recorrente de se manifestar sobre o tema em espeque ao longo do processo, em respeito ao devido processo legal, tendo a Recorrente mantido em sede recursal as alegações já conhecidas nestes autos às fls. 116/118 (razões finais) e fls. 133/136 (Embargos de Declaração), o que só demonstra a sua fragilidade diante dos seus infundados argumentos.”*.

Destaca-se que *“o presente trata sobre o acompanhamento à execução dos investimentos previstos na 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas para o quinquênio 2013/2017 nos termos fixados no 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, que autorizou a substituição de investimentos físicos englobados na 3ª Revisão Quinquenal Tarifária para o Município de Cachoeira de Macacu. Desse modo, permitiu-se mediante o pagamento de uma outorga, a substituição do fornecimento de gás por gasodutos virtuais (GNC ou GNL), com a execução dessa meta até 31/12/2017, o que não restou cumprido pela Recorrente, como demonstra o d. Voto proferido.”*.



Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

“Sendo assim, em exame do d. Voto (fls. 151/156), é necessário que para o completo entendimento das razões que levaram o Ilmo. Conselheiro Relator a aplicar a referida penalidade é imperioso que se faça a leitura completa do mesmo, sendo importante destacar o abaixo exposto:

“(…) **Em que pese as razões apresentadas**, o não cumprimento das metas estabelecidas para a 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas e conforme acordadas no Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão deverá ensejar a aplicação de penalidade no presente feito e impor, ainda, o apensamento deste ao processo E-12/003/106/2017, por se tratar do mesmo objeto e considerando a possibilidade de se proferir dupla decisão. (...) Nesse sentido, é preciso frisar que o referido aditivo contemplou o período até 2017, fim do ciclo quinquenal tarifário, para a execução dos projetos em relação a alguns Municípios. (...) Assim, levando-se em conta o parecer da área técnica desta Autarquia, que verificou o descumprimento ao contido no aditivo contratual, necessária é a aplicação de penalidade à Concessionária, não devendo prosperar as razões levantadas por ela, mormente quanto a não ser apenada porque já o foi nos processos de verificação de metas físicas e financeiras relacionadas ao período 2013-2017. É que quanto a isso, os processos com a denominação “plano Plurianual” excluíram os investimentos referentes ao previsto no 3º Termo. (...) **tendo em vista que os processos concernentes aos planos plurianuais excluíram as metas físicas contempladas no Terceiro Termo, não há que se acatar o argumento da Delegatária (...) e considerando que não houve a implantação definitiva da Estação de GNC**, (...)”. (grifos desta Procuradoria)

Sendo assim, resta claro que “o d. Voto proferido é altamente explicativo quanto as razões que levaram à aplicação da penalidade aqui imposta e calçado nas informações ali apresentadas, no pronunciamento técnico e jurídico desta AGENERSA, sendo de suma importância observar que d. Voto que deu azo à Deliberação é a ela integrada em respeito à obrigatoriedade, em atenção ao princípio da motivação dos atos administrativos, ao justificar as decisões impostas.”.

Portanto, “esta Procuradoria guarda consonância ao prestigiado entendimento de Carvalho Filho, em seu manual de Direito Administrativo, eis que no corpo do voto da Deliberação atacada, se encontram motivações mais que suficientes, conforme trecho abaixo transcrito:

“Motivo é a situação de fato por meio da qual é deflagrada a manifestação de vontade da Administração. Já a motivação é a justificativa do pronunciamento tomado, o que ocorre mais usualmente em atos cuja resolução ou decisão é precedida, no texto, dos fundamentos que conduziram à prática do ato. **Em outras palavras: a motivação exprime de modo expresso e textual todas as situações de fato que levaram o agente à manifestação de vontade.**” (grifo nosso)

Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

“Na verdade, conforme entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, todo ato administrativo deve ser motivado, fundamentando seu posicionamento no art. 1º da CRFB/88, haja vista ser a administração pública a gestora dos interesses da coletividade. Ainda, entendendo pela aplicação analógica do art. 93, X, da Magna Carta, eis que os atos administrativos do Poder Judiciário são motivados.”.

“Ademais, a Lei estadual 5427/09 determina, nos artigos 2º e 48, que todas as decisões devam ser motivadas:

“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.

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

- I. Neguem, limitem, modifiquem ou extingam direitos;*
- II. Imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;*
- III. Dispensarem ou declaram a inexigibilidade de processo licitatório;*
- (...)*

§3º. A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões, proferidas oralmente, constará da respectiva ata, de acórdão ou termo escrito”.

Desse modo, “é nítido que não há qualquer vício no motivo do ato que venha gerar a nulidade da Deliberação ou qualquer alteração na mesma, não sustentando, portanto, as alegações recursais da Recorrente sobre a referida decisão ser fundada em falsa premissa da Deliberação.”.

No que tange ao “Bis in Idem”, “aduz a Recorrente a existência de duplicidade na penalização no presente, ressaltando para isso, a existência de processos regulatórios que acompanham a realização física e financeira dos investimentos a cada ano, e alegando que ‘foram impostas multas às Concessionárias por suposto não cumprimento de metas de investimentos.’.

*“Em exame do d. Voto às fls. 120/126, após as razões esposadas, verifica-se que o Ilmo. Conselheiro Relator **justificou de forma clara a aplicação da penalidade no presente processo**, conforme abaixo:*

“o não cumprimento das metas estabelecidas para a 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas e conforme acordadas no Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão deverá ensejar a aplicação de penalidade no presente feito e impor, ainda, o apensamento deste ao processo E-12/003/106/2017, por se tratar do mesmo objeto e considerando a possibilidade de se proferir dupla decisão. (...) Observando o descumprimento, não se admitiria duas sanções para o mesmo fato. Assim, levando-se em conta o parecer da área técnica

Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

desta Autarquia, que verificou o descumprimento ao contido no aditivo contratual, necessária é a aplicação de penalidade à Concessionária, não devendo prosperar as razões levantadas por ela, mormente quanto a não ser apenada porque já o foi nos processos de verificação de metas físicas e financeiras relacionadas ao período 2013-2017. (...) considerando que não houve a implantação definitiva da Estação de GNC, (...).”

Assim, “com base nos pareceres técnicos e jurídicos desta AGENERSA, restaram evidentes os motivos do Ilmo. Conselheiro Relator para a aplicação de penalidade, que rogou pelo apensamento do processo E-12/003/106/2017 ao presente, conforme art. 4º da Deliberação em espeque, apresentando suas razões cuidadosamente de modo a demonstrar que não há a violação ao princípio do ‘bis in idem’, ou seja, uma nova penalização sobre o mesmo fato no presente processo. Portanto, não merecem prosperar as alegações recursais da Recorrente.”.

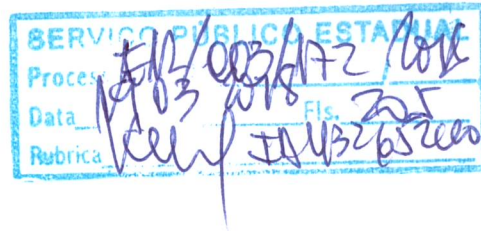
No que se refere à Conversão da Multa em Advertência ou Redução Substancial da Multa, à Procuradoria aduz que “na aplicação da multa prevista no art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 3707/2019, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3610/2019, foram aplicados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, obedecendo à adequação ou proporcionalidade entre motivo e finalidade, sob pena do ato administrativo ser objeto de invalidação pela própria administração ou pelo Judiciário. Segundo Lúcia Valle Figueiredo, ‘a razoabilidade vai atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas’.”.

Assim, “é possível concluir que a falta de razoabilidade, nada mais é que um reflexo da inobservância de requisitos exigidos para a validade da conduta. É nítida, portanto, a relação do referido Princípio com os Princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade.”.

Porem, “já a proporcionalidade, embora ainda em evolução, tem como fundamento o excesso de poder, cujo fim é conter atos, decisões e outras condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados.”.

“De acordo com a doutrina alemã, para a aplicação deste Princípio é imprescindível à adoção dos seguintes critérios: o primeiro, adequação que pode ser definida como meio utilizado deve ser compatível com o fim almejado; o segundo, exigibilidade que é a necessidade do ato para atingir ao fim público; e terceiro, a proporcionalidade em sentido estrito, que são as vantagens a ser conquistadas superam as desvantagens.”.

Logo, “a multa questionada foi calculada levando-se em conta critérios como: a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica da penalizada. Portanto, está dentro dos critérios supramencionados, em conformidade com a razoabilidade, sendo importante frisar que há previsão para aplicação de penalidades, entre elas a aplicação de multa, guardando a devida proporção com a gravidade da infração, conforme a Cláusula 10, § 2º, do Contrato de Concessão.”.



Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Diante do exposto, *“inexistindo, portanto, vício de legalidade na Deliberação recorrida e, em homenagem aos princípios e normas que regem a legislação em vigor, esta Procuradoria recomenda rejeição das alegações recursais.”*.

Em sua Conclusão, à Procuradoria “opina pelo conhecimento do Recurso, porque tempestivo. No que tange ao mérito, pela negativa de provimento em razão de inexistir vício de legalidade na deliberação recorrida, que prima pela observância às normas contratuais.”

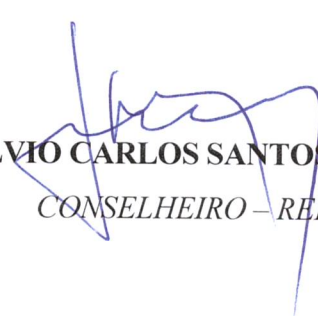
Em sua manifestação final a Recorrente reiterou os termos do Recurso interposto, uma vez que a Deliberação atacada é fundada em premissa equivocada e resta comprovado que a penalização da Concessionária, pelo não cumprimento das metas do 3º Termo Aditivo, incorreria em “bis in idem”, visto que a análise dos investimentos Deliberados, após os ajustes do 3º Termo, também é tratada em processos específicos; restando comprovado que a Concessionária realizou abastecimento dos clientes do Município de Cachoeira de Macacu via projeto estruturante de GNC dentro do quinquênio 2013-2017.

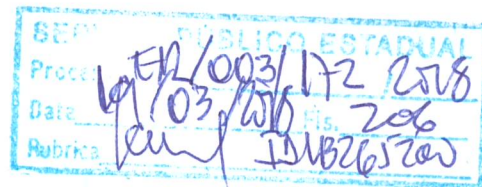
Diante de todos os argumentos apresentados pela Concessionária CEG RIO, este Relator, corrobora com o douto Parecer da Procuradoria, que rechaçou fundamentalmente as alegações recursais, tendo em vista que o apresentado não trouxe, s.m.j., argumentos que pudesse modificar a decisão do Conselho Diretor desta Agência Reguladora, o qual ressaltou que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estão presentes na multa aplicada, guardando-se a devida proporção com a gravidade das irregularidades apontadas.

Presentes as razões expostas e examinando a Deliberação ora recorrida, rejeito, em sua integralidade, as alegações da Concessionária CEG RIO no Recurso interposto, sugerindo ao Conselho Diretor:

I – Conhecer o Recurso Interposto pela Recorrente em face da Deliberação AGENERSA nº 3703/2019, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3610/2018, porque tempestivo, e no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a Deliberação ora recorrida.

É o voto,


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
CONSELHEIRO – RELATOR.



Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3802

, DE 30 DE ABRIL DE 2019.

**CONCESSIONÁRIA CEG RIO – IMPLANTAÇÃO DO
SISTEMA DE ABASTECIMENTO POR GNC NO
MUNICÍPIO DE CACHOEIRA DE MACACU.**

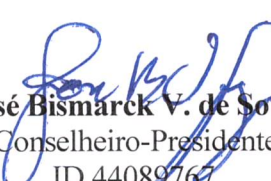
**O CONSELHO - DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA**, no uso de suas atribuições legais e
regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/003/172/2018, por unanimidade,

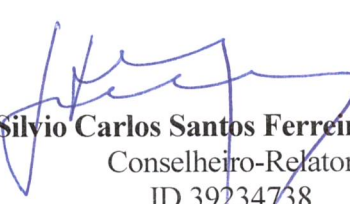
DELIBERA:

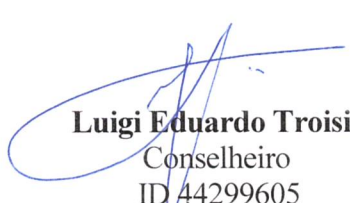
Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Recorrente em face da Deliberação AGENERSA nº. 3.703/2019, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 3.610/2018, porque tempestivo, e no mérito negar-lhe provimento, mantendo na íntegra a Deliberação ora recorrida.

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

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2019.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente
ID 44089767


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro-Relator
ID 39234738


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro
ID 44299605


Tiago Mohamed Monteiro
Conselheiro
ID 50894617


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro
ID 05546885