

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-12/003/174/2018
Data de Autuação: 19/03/2018
Concessionárias: CEG
Assunto: Implantação do sistema de abastecimento por GNC no município de Mangaratiba
Sessão Regulatória: 30 de abril de 2019

RELATÓRIO

Trata-se de analisar Recurso¹ interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 3.612/2018² de 31/10/2018, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3.705/2019³, de 30/01/2019.

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

"I - DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Considerando que a Deliberação em comento foi publicada no Órgão Oficial em 15/02/2019, o prazo de 10 dias para interposição do Recurso terá seu término em 27/02/2019, tendo em vista que o prazo teve início em 18/02/2019. Assim, indiscutível a tempestividade do mesmo."

¹ Fls. 145 a 151.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3.612 DE 31 DE OUTUBRO DE 2018

CONCESSIONÁRIAS CEG - IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO POR GNC NO MUNICÍPIO DE MANGARATIBA
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-12/003/174/2018, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa no valor de 0,002% (dois 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, e pelas irregularidades verificadas, violando-se a cláusula quarta, §1º, item 11, do Contrato de Concessão, com base na Cláusula Dez, IV, do Instrumento Concessivo e no artigo 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001, de 04/09/2007;

Art. 2º - 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 3.705 DE 30 DE JANEIRO DE 2019.

CONCESSIONÁRIAS CEG - IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO POR GNC NO MUNICÍPIO DE MANGARATIBA
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-12/003/174/2018, por unanimidade, DELIBERA

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos contra a Deliberação AGENERSA nº 3612/2018 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

No mérito, item **II - DO MÉRITO**, a Concessionária traz as seguintes alegações, na íntegra:

"A Deliberação ora atacada é fundada em falsa premissa e, ademais, apenas, duplamente, a concessionária pelo mesmo fato (bis in idem). É o que será visto a seguir.

II.1 - FALSA PREMISSA DA DELIBERAÇÃO

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.

Explique-se: 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.

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 3º 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 entendimento 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

Dessa forma, apresenta-se abaixo um resumo com as metas físicas de redes, devidamente ajustadas pela assinatura dos 3^{os} Termos Aditivos, e o que foi efetivamente realizado até 31/12/2017. Cabe ainda esclarecer que na 3^a Revisão Quinquenal de Tarifas não são definidas metas de captação de clientes por Municípios.

Concessionária CEG RIO:

Metas Físicas - Redes (metros)*	Total
Municípios	2013-2017
ANGRA DOS REIS	-
CACHOEIRAS DE MACAÇU	8.342
NOVA FRIBURGO	10.963
SACULAREVA	-
TERESÓPOLIS	7.173
Total	26.478

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

Realização - Redes (metros)	Total
Municípios	2013-2017
ANGRA DOS REIS	1.625
CACHOEIRAS DE MACAÇU	7.110
NOVA FRIBURGO	14.311
SACULAREVA	5.524
TERESÓPOLIS	12.057
Total	40.627

Dessa forma, verifica-se que após os ajustes referentes ao 3^o 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. Apesar disso, a Concessionária implementou 5.524 metros de rede de distribuição local, que se fizeram necessários para a distribuição do GNC através de projeto estruturante.

II.2 - BIS IN IDEM

No tocante ao bis in idem, 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)

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

Investimentos de 2016

E-12/003/79/2016 (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.

Cabe aqui esclarecer um possível equívoco no entendimento desta AGENERSA, quando menciona no Voto referente à Deliberação nº 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 (fls. 139 dos autos) que confirma a consideração do 3º Termo Aditivo nas metas deliberadas na 3ª Revisão de Tarifas.

Além disso, observe-se que, para a verificação anual dos investimentos, aqui se atentarà à decisão já editada nos autos do processo E-12/003/121/2017, que analisou o Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão referente à CEG RIO e suas implicações nas metas dessa Concessionária, exatamente como mencionado, por exemplo, no feito nº E-12/003/79/2016, que tratou dos investimentos referentes a 2016.

Visto no que consistem estes autos, passemos à análise do art. 13 da Deliberação 1795/2013, ressaltando-se que as alterações advindas do exarado no processo E-12/003/121/2017 não excluem a necessidade de observação ao mencionado no art. 13, o qual, impõe-se, repita-se, obrigações com o fito de acompanhar os investimentos projetados para o quinquênio 2013-2017, ainda que as metas tenham sido modificadas em razão da assinatura do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado, celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e a CEG RIO.

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

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.

Da mesma forma, no presente processo que culminou na Deliberação atacada, também é avaliado o cumprimento dos investimentos no Município de Saquarema, 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.

As tabelas abaixo apresentam as metas físicas deliberadas na 3ª Revisão de Tarifas, as metas físicas ajustadas considerando o 3º Termo Aditivo e os investimentos físicos realizados:

Unidades físicas - DELIBERADO													
4º Quinquênio 2013 - 2017													
CEG RIO													
Municípios	REDES				Ramais			Construção de ERM's	Instalações Auxiliares de Rede	Outros Investimentos			Outros Invest. Instaladas
	AP / GNC	MP/BP	Renovação	Outros	Novos Ramais	Renovação	Outros			Aquisição de Medidores	Instalações Comunitárias	Outros	
ANGRA DOS REIS	18.600	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
CACHOEIRAS DE MACACU	31.800	8.342	0	0	2	0	0	2	2	0	0	0	0
NOVA FRIBURGO	39.400	10.950	0	0	224	0	0	1	0	2.575	2.072	0	0
SAQUAREMA	32.500	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
TERESÓPOLIS	20.100	7.178	0	0	120	0	0	3	0	1.127	1.542	0	0

Unidades físicas - DELIBERADO 3º RTI com Ajustes do 3º ADITIVO GNC													
4º Quinquênio 2013 - 2017													
CEG RIO													
Municípios	REDES				Ramais			Construção de ERM's	Instalações Auxiliares de Rede	Outros Investimentos			Outros Invest. Instaladas
	AP / GNC	MP/BP	Renovação	Outros	Novos Ramais	Renovação	Outros			Aquisição de Medidores	Instalações Comunitárias	Outros	
ANGRA DOS REIS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
CACHOEIRAS DE MACACU	0	8.342	0	0	2	0	0	2	0	0	0	0	0
NOVA FRIBURGO	0	10.950	0	0	224	0	0	1	0	2.575	2.072	0	0
SAQUAREMA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
TERESÓPOLIS	0	7.178	0	0	120	0	0	3	0	1.127	1.542	0	0

Realizado Unidades Físicas													
4º Quinquênio 2013 - 2017													
CEG RIO													
Municípios	REDES				Ramais			Etapas de Regulagem, Medição e Comissionamento	Instalações Auxiliares de Rede	Outros Investimentos			Outros Invest. Instaladas
	AP / GNC	MP/BP	Renovação	Outros	Novos Ramais	Renovação	Outros			Aquisição de Medidores	Instalações Comunitárias	Outros	
ANGRA DOS REIS	-	1.629	-	-	9	-	-	-	-	201	211	-	-
CACHOEIRAS DE MACACU	-	7.110	-	-	122	-	-	-	-	822	1.181	-	-
NOVA FRIBURGO	-	14.311	-	-	455	-	-	-	-	1.759	4.108	-	-
SAQUAREMA	-	3.524	-	-	4	-	-	-	-	-	2	-	-
TERESÓPOLIS	-	12.057	-	-	214	-	-	-	-	2.002	2.524	-	-

No caso do Município em análise, as unidades físicas consideradas como metas de investimentos para o quinquênio 2013-2017 não contemplavam captação de clientes e estações de regulação de redes. Com os ajustes do 3º Termo Aditivo as metas referentes aos gasodutos de alta pressão foram retiradas, não restando metas referentes aos outros tipos de investimentos. Mesmo assim a Concessionária realizou e captou clientes ainda dentro do quinquênio analisado 2013-2017.

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

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.

II.3 - SUBSIDIARIAMENTE

- CONVERSÃO DA MULTA EM ADVERTÊNCIA OU REDUÇÃO SUBSTANCIAL DA MULTA

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 a 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.

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

O Prof. José dos Santos Carvalho Filho assim dispõe em sua obra Manual de Direito Administrativo, 13ª edição, pág. 23:

'Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento:

- 1) adequado, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado;*
- 2) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo par aos indivíduos;*
- 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superem as desvantagens'. (g.n.)*

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

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.

Caso não se estenda desta forma, o que se admite apenas por hipótese, tem-se que o valor da multa não se revela proporcional ou razoável, vez que estabelecido em patamares muito superiores ao suposto descumprimento contratual da Concessionária.

Portanto, acreditando na avaliação criteriosa do Conselho Diretor, após todas as ponderações feitas e rogando pela efetiva aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade ao caso, requer-se a conversão da multa em advertência ou, subsidiariamente, a redução substancial do valor da multa."

Por fim, em sua CONCLUSÃO, **tópico III**, aduz:

"Ante o exposto, requer-se:

- 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 - 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 2 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."*

Apresentado o recurso e sorteada a peça à minha relatoria, conforme Resolução AGENERSA CODIR nº 668/2019⁴, o processo foi encaminhado ao meu gabinete.

Ato contínuo, após ciência, encaminhei os autos à Procuradoria para análise e parecer⁵, momento em que o jurídico desta AGENERSA, após fazer um breve relato dos fatos e atestar a tempestividade do recurso, entende, respectivamente, *em parte*:

"DO MÉRITO

I- FALSA PREMISA DA DELIBERAÇÃO

(...)



⁴ Fls. 152.

⁵ Fls. 156/162.

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

A primeira afirmativa da delegatária é que a AGENERSA '... utilizou ... metas distintas das deliberadas na 3ª Revisão Quinquenal ...'. Quanto a este ponto, ressalto que conforme o artigo 13º, da Deliberação nº 1.796 de 29 de outubro de 2013, a meta de investimentos é proposta pela própria CEG, compatibilizada com as metas físicas aprovadas. Em uma leitura literal, retirada de uma leitura sistêmica, a CEG poderia ter razão, visto que a meta física estabelecida para o município de Mangaratiba é zero, no anexo VII-2, da referida Deliberação. Em contrapartida, e através de uma leitura sistêmica do que se passou, narrado em detalhes no processo E12/003.106/2017, onde foi assinado o 3º (Terceiro) Termo Aditivo, pode-se facilmente identificar que houve uma repactuação contratual onde havia a inclusão do Município de Mangaratiba, onde seriam construídas unidades de descompressão que atenderiam aos consumidores locais através de redes físicas. Para elucidar o que estava expresso em letras jurídicas no 3º TA (Termo Aditivo), faço aqui uma reflexão. Havia nexos em se fazer unidades de descompressão e não atender a nenhum cliente através de redes locais? Penso que não, já que não haveria sentido que a CEG pagasse uma outorga compensatória para não ter faturamento, e tampouco clientes e apenas custos de implantação do projeto. Logo, por simples dedução, deveria haver alguma projeção de clientes atendidos, o que suscitaria o investimento.

Para comprovar a dedução acima, a CEG através da carta PRESI-001/17, de 17 de janeiro de 2017, remete a esta AGENERSA sua proposição de investimentos para o ano de 2017, documento este acostado ao processo E-12/003.106/2017, às fls. 346-347, onde detalha os investimentos para o ano, com metas físicas e, consequentemente, com projeções de captação de clientes.

Logo, a afirmativa da Concessionária, em grau de recurso, que '... 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', não se sustentam.

A partir deste raciocínio, onde a tese jurídica da Concessionária é afastada, passo a analisar os fatos que são expostos no relatório da CAENE (Câmara de Energia), às fls. 98. A CAENE afirma que foram cumpridos apenas 17,8% do total da rede projetada e apenas um cliente ligado dos 1.317 previstos e de que a estação de descompressão é de pequeno porte e provisória.

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

De posse destas informações, é transparente que houve descumprimento por parte da Concessionária em relação ao investimento que deveria ser executado, bem como também, em relação as metas de atingimento de clientes para a localidade.

II - BIS IN IDEM

Em relação a alegação de 'BIS IN IDEM', esta já foi debatida no Parecer desta Procuradoria, às fls. 124-127 e, portanto, por concordar plenamente com os argumentos ali defendidos, reitero aqui os mesmos motivos e, entendo não haver esta possibilidade, em face do teor do artigo 4º, da Deliberação nº 3612/2018, de 31 de outubro de 2018, às fls. 111-112, do presente feito.

III- Conversão da Multa em Advertência ou Redução Substancial da Multa

Tendo em vista que, esta Procuradoria já enfrentou argumentação idêntica no Parecer nº 20/2019 - DPVBV (...) no bojo do processo E-12/003/175/2018, adoto a mesma tese para o presente feito.

(...)

Em face ao exposto, conforme razões expostas acima, sugerimos ao Relator:

- 1) O conhecimento do recurso por ser tempestivo e o não provimento do mérito, em virtude do não cumprimento das obrigações ajustadas;*
- 2) A abertura de novo processo para apurar as razões da baixa captação de clientes no município, bem como também para elaborar as soluções para a resolução do problema. Sugiro também que neste novo processo, seja verificada a regularidade técnica das instalações, segundo as normas técnicas brasileiras (NBRs) e as normas/resoluções exigidas pela ANP, em relação ao exercício das atividades de GNC, conforme legislação vigente, isto é, as autorizações a serem obtidas junto à Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP e demais órgãos competentes."*

Através do Of. AGENERSA/CODIR/SS nº 53/2019⁶, foi dada à Concessionária a oportunidade de se manifestar em sede de razões finais.

Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro - Relator

⁶ Fls. 165.

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-12/003/174/2018
Data de Autuação: 19/03/2018
Concessionárias: CEG
Assunto: Implantação do sistema de abastecimento por GNC no município de Mangaratiba
Sessão Regulatória: 30 de abril de 2019

VOTO

Cuida-se de analisar Recurso¹ interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 3.612/2018² de 31/10/2018, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3.705/2019³, de 30/01/2019.

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, 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.

¹ Fls. 145 a 151.

² **DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3.612 DE 31 DE OUTUBRO DE 2018**

CONCESSIONÁRIAS CEG - IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO POR GNC NO MUNICÍPIO DE MANGARATIBA
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-12/003/174/2018, por unanimidade, **DELIBERA**:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa no valor de 0,002% (dois 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, e pelas irregularidades verificadas, violando-se a cláusula quarta, §1º, item 11, do Contrato de Concessão, com base na Cláusula Dez, IV, do Instrumento Concessivo e no artigo 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001, de 04/09/2007;

Art. 2º - 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 3.705 DE 30 DE JANEIRO DE 2019.**

CONCESSIONÁRIAS CEG - IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO POR GNC NO MUNICÍPIO DE MANGARATIBA
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-12/003/174/2018, por unanimidade, **DELIBERA**

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos contra a Deliberação AGENERSA nº 3612/2018 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.

[assinatura]

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

Cabe consignar, que a recorrente, em sua manifestação final, às fls. 166/170, em síntese, repisa os fundamentos anteriormente apresentados.

De início, registro, preliminarmente, a tempestividade do presente recurso, eis que protocolado dentro do prazo regimental. Assim também entendeu o jurídico desta AGENERSA, quando, em seu parecer, afirmou: "(...) *trata-se de recurso interposto tempestivamente pela Concessionária CEG*".

A Concessionária, em sua peça recursal, sustenta, em resumo, que *"a deliberação ora atacada é fundada em falsa premissa e, ademais, apenas, duplamente a Concessionária pelo mesmo fato (bis in idem)."*

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

DAS RAZÕES RECURSAIS

I) FALSA PREMISSA DA DELIBERAÇÃO

Neste item a recorrente defende, em suma, 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"*, utilizando-se do argumento de que *"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."* e acrescenta, como justificativa que *"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"*.

Ora, é cediço que o presente foi instaurado para acompanhar a 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 previstos originariamente na 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas para o município de Mangaratiba. Assim, através dessa repactuação contratual, permitiu-se, mediante o pagamento de uma outorga, a substituição do fornecimento de gás por gasodutos virtuais, quais sejam, GNC ou GNL, com **a execução dessa meta até 31/12/17** - o que não ocorreu e ensejou a aplicação de penalidade à recorrente. Para tanto, vale a transcrição do disposto na Cláusula 1.2 do Terceiro Termo Aditivo:

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

"1.2. 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 de gasodutos virtuais, de modo a disponibilizar a infraestrutura para atendimento aos clientes previstos na 3ª Revisão Quinquenal, até 31 de dezembro de 2017." (grifo nosso)

Além disso, em atenção ao princípio da publicidade, nos termos do inciso XXXIII do art. 5º da CRFB/88, as informações acima relatadas, no tocante às metas estipuladas no Terceiro Termo Aditivo, são de livre acesso no sítio eletrônico desta AGENERSA, razão pela qual não há razão de existir quaisquer dúvidas por parte da recorrente sobre a prestação de informações que deveria ter sido fornecida no âmbito do presente feito.

Desta forma, considero prejudicado o presente arrazoadado, eis que inexiste vício no motivo do ato capaz de gerar nulidade da deliberação ou qualquer alteração na mesma, razão pela qual não se sustenta as alegações trazidas pela recorrente sobre a decisão ora atacada ser fundada em falsa premissa.

II) *BIS IN IDEN*

Neste tópico, aduz a recorrente a existência de duplicidade na penalização no presente, ressaltando a existência de processos regulatórios que acompanham a realização física e financeira dos investimentos a cada ano, sob a alegação de que *"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"*.

Em que pese à irresignação da recorrente, seu argumento de duplicidade na penalização não deve prosperar.

Isso porque, da análise dos processos que trataram dos planos plurianuais e julgaram a execução física e financeira para o quinquênio 2013-2017, foram devidamente excluídos os Municípios abarcadas pelo 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, dentre eles, o Município de Mangaratiba, objeto do presente processo. Para tanto, trarei um trecho do parâmetro adotado quando do julgamento dos processos referentes ao cumprimento de metas, especificamente no que se refere às metas físicas, *verbis*:

"i) metas físicas - excluir a necessidade de construção de dutos físicos para fornecimento de gás aos municípios de Maricá e Mangaratiba, que serão substituídos pela efetiva construção das estações de GNC e/ou GNL."

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

III) CONVERSÃO DA MULTA EM ADVERTÊNCIA OU REDUÇÃO SUBSTANCIAL DA MULTA

Aqui, a recorrente alega que *"em homenagem ao princípio da eventualidade, caso seja entendido que a Concessionária teria infringido norma legal - o que se admite apenas por hipótese -, cumpre destacar que a aplicação de multa não é razoável ou proporcional"* sob o argumento de 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."*

Ora, da análise dos autos, resta claro que, na aplicação de multa prevista no art. 1º da Deliberação AGENERSA nº 3.612/2018, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3.705/2019, foram observados, ou melhor, aplicados, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, obedecendo, assim, a adequação e proporcionalidade entre o motivo e a finalidade.

Neste sentido, a multa foi aplicada levando-se em conta critérios como: a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica da penalizada, guardando a devida proporção com a gravidade da infração nos termos da Cláusula Dez, § 2º do Contrato de Concessão.

Diante do exposto, inexistindo, portanto, quaisquer vícios na deliberação ora recorrida, considero, igualmente, prejudicado o presente arrazoadado.

DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, considerando as informações contidas nos autos do presente processo regulatório, proponho ao Conselho Diretor:

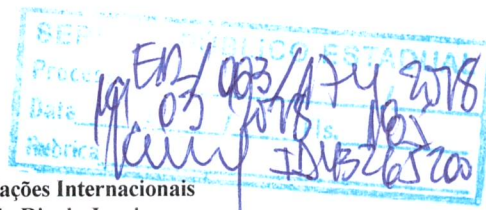
Art. 1º. Conhecer o recurso interposto pela Concessionárias CEG em face da Deliberação AGENERSA nº 3.612/2018, integrada pela Deliberação AGENERSA nº 3.705/2019, eis que tempestivo, e, no mérito, negar-lhe provimento ante a ausência de quaisquer vícios na deliberação ora recorrida.

É o voto.


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro – Relator



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 3804

, DE 30 DE ABRIL DE 2019.

**CONCESSIONÁRIA CEG – IMPLANTAÇÃO DO
SISTEMA DE ABASTECIMENTO POR GNC NO
MUNICÍPIO DE MANGARATIBA.**

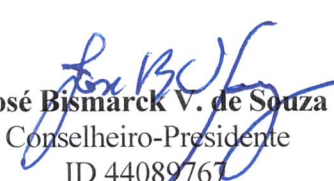
**O CONSELHO - DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO
BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA**, no uso de suas atribuições legais e
regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-12/003/174/2018, por unanimidade,

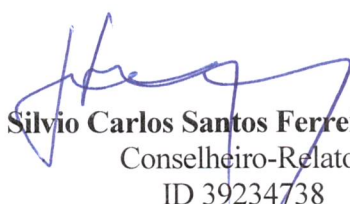
DELIBERA:

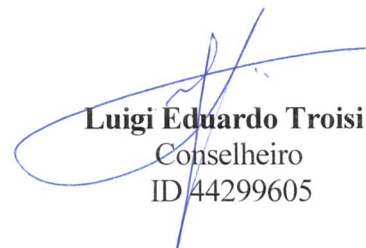
Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 3.612/2018, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 3.705/2019, eis que tempestivo, e no mérito, negar-lhe provimento ante a ausência de quaisquer vícios na deliberação ora recorrida.

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

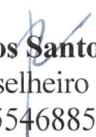
Rio de Janeiro, 30 de abril de 2019.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente
ID 44089767


Sílvio 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