



Processo nº:	E-12/003/344/2014
Autuação:	20/05/2014
Concessionária:	CEG
Assunto:	PLANO PLURIANUAL DE INVESTIMENTOS.
Sessão Regulatória:	26 de maio de 2015

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso¹ interposto em 11/02/2015 pela Concessionária CEG contra a Deliberação AGENERSA nº. 2264/2014², complementada pela Deliberação nº. 2361/2015³.

¹ 225/275.

² AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2264, DE 27 DE NOVEMBRO DE 2014

CONCESSIONÁRIA CEG - PLANO PLURIANUAL DE INVESTIMENTOS.

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 E-12/003.344/2014, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Dez do Contrato de Concessão e no Art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001 de 04/09/2007, pelo não cumprimento nos moldes e prazo estipulado no caput do art. 13 da Deliberação AGENERSA nº 1.796/2013, e, conseqüente, violação à Cláusula Quarta, § 1º, item 11, do Contrato de Concessão, conforme fundamentação constante do voto.

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,05% (cinco centésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Dez do Contrato de Concessão e no Art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001 de 04/09/2007, em virtude dos investimentos não realizados pela CEG no ano de 2013 (R\$156.944,169 – cento e cinquenta e seis milhões novecentos e quarenta e quatro mil cento e sessenta e nove reais).

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa no valor de 0,0005% (cinco décimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na



Gov^o 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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003.344/2014

Data 23/02/2014 Fís: 331

Rubrica Plq. 12.56.14.337-7

Cláusula Dez do Contrato de Concessão e no Art. 19, incisos IV e VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001 de 04/09/2007, pelo não cumprimento do prazo estipulado no Art. 13, inciso II da Deliberação AGENERSA nº. 1.796/2013, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 2.035/2014 (encaminhamento do PPA, atualizado, da CEG até 31/10/14).

Art. 4º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura dos correspondentes Autos de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007.

Art. 5º - Determinar que a Concessionária CEG, apresente a esta Agência o Plano Plurianual de Investimentos atualizado referente ao período 2015/2017, nos termos do art. 13, II, da Deliberação AGENERSA nº 1.796/2013, no prazo máximo de 30 (trinta) dias.

Art. 6º - Determinar que a CAENE e a CAPET acompanhem o cumprimento do artigo anterior.

Art. 7º - Determinar que a Concessionária CEG execute, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, os investimentos não realizados em 2013.

Art. 8º - Determinar que a CAENE e a CAPET acompanhem o cumprimento do artigo anterior.

Art. 9º - Determinar que a CAPET cumpra o disposto no Art. 13, inciso III da Deliberação AGENERSA nº 1.796/2013, conforme fundamentação constante do voto.

Art. 10º - Determinar que a SECEX dê ciência ao Poder Concedente desta Deliberação.

Art. 11º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 27 de Novembro de 2014

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA - Conselheiro – Presidente; LUIGI EDUARDO TROISI - Conselheiro; MOACYR ALMEIDA FONSECA - Conselheiro; ROOSEVELT BRASIL FONSECA - Conselheiro; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA - Conselheiro – Relator.

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2361, DE 28 DE JANEIRO DE 2015

CONCESSIONÁRIA CEG - PLANO PLURIANUAL DE INVESTIMENTOS.

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 E-12/003.344/2014, por unanimidade,

DELIBERA:



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

Na citada peça processual a Concessionária alegou, em preliminar⁴, a sua tempestividade, considerando i) que, na forma do art. 78, parágrafo único, do Regimento Interno da AGENERSA, "(...) a oposição de embargos tem efeito interruptivo do prazo para interposição de Recurso"; ii) que a Deliberação nº. 2264/2014 "(...) foi objeto de embargos, julgados por intermédio da Deliberação AGENERSA nº. 2361/2015 (...)"; iii) que esta última decisão "(...) foi publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 30/01/2015 (sexta - feira) (...)"; iv) que "(...) o prazo para interposição de Recurso teve como termo inicial 02/02/2015 (segunda - feira), primeiro dia útil subsequente"; e que o art. 79 do Regimento desta Agência prevê o prazo de 10 (dez) dias para a interposição de Recurso.

Sob o item II⁵, a Recorrente expôs a Deliberação 2264/2014 em sua íntegra e, em sequência, iniciou suas razões recursais⁶ discorrendo, no subitem "IIa - DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE", acerca da ausência de comprovação de culpa na inexecução parcial dos investimentos referentes ao ano de 2013.

Argumenta, pois, que as metas físicas e financeiras não foram alcançadas. No entanto, afirma que isso é uma conclusão objetiva e "(...) não é suficiente para fundamentar a aplicação de penalidade à Concessionária, uma vez que não restou comprovado por esta r. Agência a existência de sua culpa relativa, que é condição essencial para qualquer sancionamento, uma vez que não se cogita de responsabilidade objetiva na esfera administrativa."

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária CEG, porque tempestivos, e rejeitá-los no mérito, pela inexistência de omissões e obscuridades, mantendo na íntegra o texto da Deliberação AGENERSA nº. 2264/2014 de 27 de novembro de 2014.

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

Rio de Janeiro, 28 de Janeiro de 2015

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA - Conselheiro - Presidente; LUIGI EDUARDO TROISI - Conselheiro; MOACYR ALMEIDA FONSECA - Conselheiro; ROOSEVELT BRASIL FONSECA - Conselheiro; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA - Conselheiro - Relator.

⁴ Tópicos "I - PRELIMINARMENTE" e "1 - 1 - DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO".

⁵ "II - DA DELIBERAÇÃO RECORRIDA"

⁶ Tópico "III - DAS RAZÕES RECURSAIS".

[Assinatura]



Em prosseguimento, a Recorrente traz à baila as lições de Rafael Munhoz de Mello para demonstrar o conceito de sanção administrativa e culpabilidade, bem como tenta reforçar, com trecho da doutrina penalista de Marco Antônio R. Nahum, que a *"(...) aplicação de penalidade administrativa deve equivaler à comprovação da ocorrência de uma conduta irregular, donde a indispensabilidade da presença de elementos caracterizadores da culpabilidade."*

Aduz a CEG que *"(...) a AGENERSA realizou uma análise objetiva do cumprimento do plano de investimentos no que se refere ao ano de 2013, deliberado na revisão quinquenal que, embora tenha sido deliberada em dezembro de 2013, somente se findou, definitivamente, em 2014, comparando os investimentos determinados com os realizados, sem analisar, todavia, a culpabilidade da Concessionária no evento"*; afirma, nesse diapasão, que restou impossibilitado o alcance das metas apontadas porque *"(...) não poderia a CEG ter realizado investimentos sem a existência do respectivo plano aprovado pela AGENERSA para o 3º quinquênio"*⁸; e alega, em adição, que a CEG deveria *"(...) ter tido a intenção deliberada de descumprir as metas ou, ao menos, ter agido de forma negligente, imprudente ou imperita ao cumprir parcialmente os investimentos deliberados, o que sequer foi cogitado ao longo de toda a instrução do presente processo, simplesmente porque isso certamente não ocorreu, como restou sobejamente demonstrado."*

Assevera a recorrente que a ausência de culpabilidade está caracterizada diante da excludente "fato da administração", que, segundo a Concessionária, *"(...) se caracteriza como o ato ou omissão da Administração Pública que interfere diretamente no contrato, inviabilizando ou retardando seu cumprimento."*

⁷ Grifo como no original.

⁸ Grifos como no original.



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

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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/344/2014

Data 27 / 05 / 2014 às: 3:34

Rubrica Polky 01/0014326-5

Para corroborar sua tese, a CEG apresenta, através das doutrinas de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁹ e Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰, o conceito de "fato da administração"; expõe trecho do entendimento de Alexandre Santos de Aragão¹¹, nele destacando que o fato da administração libera o contratado de qualquer responsabilidade pelo atraso ou inexecução do ajuste; explica que *"no caso em questão, o fato da administração trazido à discussão refere-se ao atraso na decisão final do processo de revisão quinquenal de tarifas, para a definição dos investimentos que deveriam ser implementados no quinquênio 2013-2017, o que constitui evento totalmente alheio à vontade da Concessionária e, portanto, caracteriza a excludente de ilicitude acima mencionada"*; repisa que *"(...) não restou comprovada a responsabilidade da concessionária por suposto descumprimento das metas para o ano de 2013"* porque *"(...) até 28 de abril de 2014, ainda havia recursos pendentes de julgamento"*, bem como *"a Concessionária sequer tinha ciência do que deveria ter investido e nem mesmo se teria margem na tarifa para tanto"*, sendo que *"tal fato também não permitiu à Concessionária que justificasse a captação de recursos junto a instituições financeiras para realização dos investimentos propostos, sem a comprovação de que os mesmos seriam aceitos e remunerados nas tarifas, o que veio a atrasar o cronograma de investimentos da empresa."*¹²

Salienta a recorrente, em continuidade à exposição das razões sob o tópico III.a, *"(...) que, mesmo sem a certeza de que seria compensada pela realização de qualquer investimento e sem a indicação de qual seria o plano de investimento aprovado, a CEG, ainda assim, cumpriu cerca de 50% das metas que viriam a ser aprovadas"*; consigna que atuou *"(...) pautada no princípio da prudência dos investimentos, não realizando-os sem a certeza de que teria margem na tarifa para tanto, pois o ano de 2013 configurou-se como verdadeiro 'apagão' regulatório, sem que a CEG tivesse qualquer orientação de qual seria o plano de investimentos que viria a ser aprovado pelo Regulador"*;

⁹ Assim citada a obra: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial, 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 192.

¹⁰ Assim citada a obra: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 637.

¹¹ Com relação à obra Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 344/345.

¹² Grifos como no original.



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/344/2014

Data 20/06/2014 às 13:35

Rubrica [assinatura]

10.44/2014

entende, nesse sentido, que "(...) não poderia a AGENERSA exigir da CEG que realizasse investimentos que sequer tinham sido aprovados até o final do ano de 2013, supondo que seu plano de investimentos seria aprovado sem qualquer ressalva e que teria a margem pleiteada para tanto, porque tal conduta não se harmoniza com a prestação de um serviço público eficiente, adequado e que observa a modicidade tarifária e o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão"; acrescenta que nessa mesma esteira preconiza o art. 10 e parágrafo único¹³ da Resolução do Conselho Federal de Contabilidade (CFC) nº. 1.282/10, o qual dispõe, segundo a recorrente, sobre o princípio da prudência; e pode, "(...) seja porque evidente a ocorrência de excludente de punibilidade, que afasta a caracterização de qualquer conduta antijurídica atribuível à concessionária, seja porque em nenhum momento se comprovou a responsabilidade da Companhia na produção final do evento em tela, impõe-se, como medida consentânea com o princípio da culpabilidade, o integral afastamento da penalidade de multa imposta, segundo os termos do art. 2º da Deliberação recorrida¹⁴."

Sob o título "IIIb - DA IMPOSSIBILIDADE LEGAL DE SE ESTABELECEM 'REVISÕES ANUAIS'", a recorrente transcreve o art. 13 da Deliberação AGENERSA nº. 1796/2013, explicando que seus dispositivos "(...) têm o objetivo de permitir o acompanhamento pela AGENERSA dos investimentos que foram ou não realizados pela Concessionária", mas "em momento algum, a referida Deliberação ou qualquer outro dispositivo legal ou normativo mencionam que

¹³ A Concessionária assim destacou os dispositivos:

"Art. 10. O Princípio da PRUDÊNCIA determina a adoção do menor valor para os componentes do ATIVO e do maior para os do PASSIVO, sempre que se apresentem alternativas igualmente válidas para a quantificação das mutações patrimoniais que alterem o patrimônio líquido.

Parágrafo único. O Princípio da Prudência pressupõe o emprego de certo grau de precaução no exercício dos julgamentos necessários às estimativas em certas condições de incerteza, no sentido de que ativos e receitas não sejam superestimados e que passivos e despesas não sejam subestimados, atribuindo maior confiabilidade ao processo de mensuração e apresentação dos componentes patrimoniais. (Redação dada pela Resolução CFC nº. 1.282/10)."

¹⁴ Grifo no original.



*deveria a CEG realizar exatamente os investimentos propostos no plano aprovado pelo Regulador, ano a ano, até porque tal 'determinação' não faria nenhum sentido.*¹²

Explica, ainda, que "(...) 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 do plano de investimentos proposto e aprovado" e "qualquer intenção de exigir a realização de investimentos de forma anual 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."

Afirma a Concessionária que, de acordo com o texto do art. 13 citado, "(...) há menção de que a CAPET deverá produzir relatório comparativo entre os investimentos anuais previstos no fluxo de caixa e os efetivamente comprovados, com vistas a manter a equação econômico-financeira no período que antecede ao reajuste anual da tarifa limite", sendo que "essa determinação, a bem da verdade, assim como a penalização da CEG no montante de 0,05% (cinco centésimos por cento) por não cumprir a intenção de investimento proposta ano a ano do quinquênio, como fez a AGENERSA no presente processo para o ano de 2013, gera verdadeira 'revisão tarifária anual', que não encontra respaldo nem no Contrato de Concessão, nem na legislação vigente."

Em prosseguimento, assevera a recorrente que a inovação quanto à aplicação de penalidade por meio art. 2º da Deliberação AGENERSA n.º 2264/2014, no que se refere a suposto subinvestimento para o ano de 2013, "(...) 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 dos contratos de concessão."

Esclarece a Concessionária, nesse particular, que "(...) as tarifas dos contratos administrativos, gênero em que se insere a espécie concessão, de acordo com a

¹² Grifo como no original.



legislação em vigor, podem sofrer dois tipos de alteração: i) reajuste; e ii) revisão"; explica, em sequência, como se dá o reajuste e a revisão tarifária; traz, sobre o tema, as lições de Marçal Justen Filho¹⁶, aduzindo que os critérios de reajuste e revisão devem, conforme lei 8987/95 e lei estadual n.º. 2831/97, constar no edital de licitação e são cláusulas essenciais do Contrato de Concessão; acrescenta que, especificamente com relação ao gás canalizado, a Lei Estadual n.º. 2752/97 apenas previu, nos arts. 2º, 5º e 6º, duas modalidades de alteração tarifária, quais sejam, reajuste e revisão, sendo que esta última se subdivide em extraordinária e imediata e ordinária e periódica¹⁷; e afirma que, seguindo a legislação, o Contrato de Concessão firmado no ano de 1997 entre a CEG e o Estado do Rio de Janeiro trouxe, na cláusula sétima e §§ 2º, 14, 16 e 17, as hipóteses "(...) referentes ao reajuste e a ambas as formas de revisão tarifária (...)".

Ainda sob o item III.b a recorrente assevera que os investimentos também devem ser realizados "(...) em sua totalidade num período de 05 (cinco) anos e, somente após tal decurso de tempo, caso os investimentos não tenham sido realizados, tendo sido a Concessionária remunerada para tanto, poderia se cogitar pelo Regulador a aplicação de penalidade"; entende que "não se revela razoável e prescindir de qualquer respaldo legal a penalidade de multa aplicada no art. 2º da Deliberação AGENERSA n.º 2264/20 14, considerando que a CEG teria deixado de investir o montante de R\$ 156.944,169, porque tal valor será investido até o final do quinquênio"; considera que o objetivo do legislador é que "(...) eventuais distorções que se acumulam ao longo da execução do contrato, sejam revistas nas revisões periódicas", e "a Lei Estadual n.º 2.752/97 prevê que tais ajustes deverão ser realizados quinquenalmente"; e reforça que as revisões periódicas têm o objetivo de "(...) proceder com uma verdadeira reorganização da execução contratual, de modo a preservar a estrutura econômico-financeira inicialmente pactuada", podendo-se concluir "(...) que todas as questões que se refiram ao equilíbrio financeiro da Concessão deverão ser discutidas nesse momento", momento "(...) de 'passar o contrato a limpo'".

¹⁶ Obra citada: JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. Ed. Dialética, 2003, p. 263.

¹⁷ Conforme expõe a Concessionária, a revisão periódica é realizada a cada período de 05 (cinco) anos.



Acrescenta a CEG que "a análise anual da realização dos investimentos e a consecutiva penalização geram 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", bem como que "nessas revisões quinquenais são projetados os investimentos para todo o quinquênio a seguir e calculada a receita requerida para que a Concessionária cumpra os compromissos assumidos", sendo que "o plano de investimentos é previsto para que seja cumprido no período de 05 (cinco) anos" e "a forma como tais investimentos serão distribuídos no tempo é decisão estritamente empresarial, que considera a conjuntura econômica presente, bem como as questões relativas às permissões e licenças ambientais."¹⁸

A recorrente sustenta, outrossim, que a lei instituidora da AGENERSA não lhe conferiu poderes para proceder com alterações contratuais, porquanto o rol do art. 4º da Lei 4556/05 é taxativo; afirma que "não há espaço (...) para se pretender criar obrigações anuais como pretende a AGENERSA já que (...) 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"; e conclui que "(...) à AGENERSA não é dado instituir ao seu talante novas modalidades de revisão tarifária, 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."

No subitem "IIIc - DO DESCABIMENTO DAS MULTAS APLICADAS NOS ARTS. 1º E 3º", a recorrente resume que foi penalizada em 0,001% (um milésimo por cento) no art. 1º da Deliberação recorrida por não ter "(...) enviado o Plano Plurianual (PPA) de forma completa e tempestiva, no prazo ali estipulado, de 30 (trinta) dias"¹⁹, bem como que "(...) o art. 3º da Deliberação AGENERSA nº.

¹⁸ Grifos como no original.

¹⁹ Conforme art. 13 da Deliberação 1796/2013



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/344/2014

Data 21/05/2014 18:339

Rubrica [assinatura]

2.264/2014 determinou aplicação de multa à CEG no montante de 0,0005% (cinco décimos de milésimo por cento), por suposto descumprimento ao art. 13, II da Deliberação AGENERSA nº. 1796/2013, sob fundamento de que a CEG não teria enviado o PPA para os anos seguintes, até 31/10/2014."

Em sequência, a Concessionária argumenta que "(...) cumpriu as determinações desta Agência nos prazos determinados (...)"; lembra que "(...) o prazo de 30 (trinta) dias ficou suspenso em função de medida judicial, proposta pela ABRAGET, em outubro de 2013 e, posteriormente, a Deliberação nº 1.796/2013 foi objeto de embargos, que suspenderam a sua exigibilidade"; afirma que, "em relação ao julgamento dos 'moldes' como o PPA deveria ter sido enviado, não foi solicitado e nem informado por esta AGENERSA um padrão específico para atendimento do artigo 13 da Deliberação AGENERSA no 1.796/13 e, quando o foi feito (...)", atendeu as solicitações conforme quadro apresentado às fls. 257/258, registrando a sequência de respostas aos Ofícios enviados pelo relator do processo.

A recorrente destaca, também, que constantemente manteve "(...) contato com a Câmara Técnica de Energia (CAENE), respondendo às informações solicitadas, detalhando sempre no maior nível de informações possível, como fica demonstrado na evolução dos processos"; explica, nesse sentido, que "tal afirmação fica comprovada, através do parecer da CAENE, datado de 28 de outubro de 2014, tendo sido totalmente cumpridas as etapas de análise de unidades físicas do plano plurianual, diferente do indicado pela procuradoria em seu parecer"; acrescenta que "(...) foram trocadas diversas correspondências entre a CEG e a AGENERSA, antes mesmo do prazo de 31/10/2014, para que a CEG enviasse a informação e, em nenhum desses momentos, o Regulador estabeleceu exatamente o que estaria faltando ser enviado, meramente se limitando a apontar que os documentos enviados estavam 'incorretos'", e que não seria "(...) demais apontar que a CEG enviou os relatórios nos mesmos moldes em que o fez na 2ª revisão tarifária, ocasião na qual os mesmos foram aceitos por este Regulador, sem qualquer apontamento de desconformidade"; entende, citando decisões do STF e



STJ²⁰, que esse comportamento "(...) viola frontalmente o princípio da segurança jurídica, pois não garante à Concessionária a manutenção da estabilidade no relacionamento com a Administração Pública", afirmando que "(...) 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"; e conclui estar evidente que "(...) a CEG cumpriu a obrigação determinada no art. 13, caput, da Deliberação AGENERSA n.º 1.796/2013, de modo que as penalidades aplicadas nos arts. 1.º e 3.º da Deliberação AGENERSA n.º 2.264/2014 se revelam descabidas".

Sob o tópico "IIId - DO DESCABIMENTO DA OBRIGAÇÃO ESTIPULADA NO ART. 7.º", a CEG informa que esse dispositivo estabeleceu que a Concessionária, no prazo de 180 (cento e oitenta dias), "(...) executasse os investimentos não realizados em 2013."

Alega, no entanto, que "como é de conhecimento da AGENERSA, a Concessionária firmou juntamente com o Poder Concedente o 3.º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, assinado em 01/12/2014", o qual, segundo a recorrente, "(...) permitiu à CEG o atendimento aos Municípios de Mangaratiba e Maricá, por meio de GNC e/ou GNL na forma prevista na terceira revisão tarifária (...)", conforme transcreveu.²¹

²⁰ A recorrente cita e expõe trecho dos seguintes julgados: MC no MS 28. 158/DF, decisão monocrática, rel. Min Celso de Mello, j. 08.09. 2009, DJe 16.09.2009; e MS 16. 141/DF, 1.ª Seção, rel. Min Castro Meira, j. 25.05.2011, DJe, 02.06.2011.

²¹ A Concessionária assim transcreveu, *ipsis literis*:

"1.1. Mediante a celebração do presente TERMO, ficam alteradas as obrigações assumidas pela CONCESSIONÁRIA, no item 2.1 do Termo Aditivo celebrado em 04 de agosto de 2005, que não autoriza a distribuição de gás canalizado por meio de gás natural comprimido (GNC) e/ou gás natural liquefeito (GNL), e que deverão ser adimplidas mediante a implantação de novas redes de distribuição de gás canalizado através de gasodutos virtuais, assim considerada a ligação de dois gasodutos físicos por meio de um sistema de distribuição e gás natural comprimido (GNC) e/ou gás natural liquefeito (GNL), sem necessidade de um duto intermediário entre ambos, com capacidade para atender a demanda dos municípios de Mangaratiba e Maricá, na forma prevista na 3.ª Revisão Quinquenal.



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/344/2014

Data 25/05/2014 às 11h

Rubrica Puj. D. 4414287-9

Aduz a Concessionária, em prosseguimento, que *"em que pese a assinatura do referido aditivo somente ter ocorrido em Dezembro de 2014, por fatores externos, como, por exemplo, as eleições, a AGENERSA tem ciência de que as negociações entre a CEG e o Governo do Estado do Rio de Janeiro já vinham ocorrendo desde Junho daquele ano", e "verifica-se, dessa forma, que o próprio Poder Concedente afirma que as metas devem ser cumpridas dentro do quinquênio em curso, fornecendo à CEG o prazo até 31/12/2017 para concluir os investimentos a que se comprometeu na 3ª Revisão Quinquenal."*

No mesmo subitem "III.d" a recorrente repisa que *"(...) conforme esboçado em tópico anterior, a AGENERSA não detém competência normativa para promover alterações contratuais (...)", sendo "(...) descabida (...) a obrigação de que a CEG execute em 180 (cento e oitenta) dias, todas as metas estipuladas para o ano de 2013 (...)"; explica, nesse passo, que "(...) conforme já exposto, a execução não ocorreu por fato da administração, tendo em vista que até 28/04/2014 ainda havia recursos pendentes de julgamento contra a deliberação AGENERSA n.º 1796/2013", bem assim que "(...) repisando argumento exposto em tópico anterior, a revisão é quinquenal, (...) logo, a CEG tem até o final do quinquênio para gestionar e realizar os investimentos"; e acrescenta que *"outro ponto que ratifica a inexequibilidade da obrigação estipulada no art. 7º da Deliberação AGENERSA n.º 2264/2014 é que é impossível garantir que, neste prazo, seria possível obter todos os licenciamentos necessários junto aos órgãos competentes, bem como que seria possível realizar a compra e entrega do material necessário, por exemplo."**

No tópico "III.e - DA OBRIGAÇÃO ESTIPULADA NO ART. 5º", a recorrente inicia discorrendo que determinou-se à CEG a apresentação, no prazo de 30

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



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/344/2014

Data 20/05/2015: 342

Rubrica [assinatura] no. 1004287

(trinta) dias, do "(...) PPA atualizado referente ao período 2013/2017, nos termos do art. 13, II da Deliberação AGENERSA n.º 1.796/2013."

Alega a CEG, a esse respeito, "(...) que a referida obrigação já foi devidamente cumprida em 26/11/14, por meio da DIRPIR059/14 e em 21/01/2015, por meio da correspondência DIRPIR-008/15."

Expõe a recorrente que a primeira correspondência "(...) foi enviada com anexo com detalhe financeiro realizado e previsto até o final do período tarifário em questão, compensando os valores não executados até o momento nos demais anos no período, contudo, no referido arquivo não foi considerado o 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, que somente foi assinado em dezembro de 2014.". Antes de ratificar "(...) que a realocação dos investimentos para o triênio restante do quinquênio se deu somente a título colaborativo, pois, conforme amplamente exposto ao longo da peça recursal, a Concessionária poderá e irá realizar estes investimentos até o final do quinquênio", a Concessionária afirmou, ainda, que a segunda DIRPIR continha os seguintes anexos:

•Anexo I - Investimentos físicos e financeiros realizados nos anos de 2013 e 2014;

•Anexo II - Investimentos específicos de Redes AP e MP realizados em 2013 e 2014, bem como a nova projeção para o período entre 2015 a 2017, já considerando o 3º Aditivo contratual, assinado em Dezembro de 2014;

•Anexo III - Projetos básicos atualizados."

Sob o título "IV - DO VÍCIO DE MOTIVAÇÃO - ART. 2º DA DELIBERAÇÃO", a Concessionária explica que, conforme subitem III.a do Recurso, esta Autarquia "(...) não poderia exigir da Concessionária o cumprimento anual das metas de investimento, como fez para o ano de 2013, aplicando, inclusive, penalidade por suposto descumprimento", porque impor a realização de investimentos de forma

R.C



anual criaria nova forma de revisão tarifária, o que não se coaduna, principalmente, com o Contrato de Concessão da CEG.

Nesse sentido, expõe que "(...) a motivação da penalidade de multa de 0,05% (cinco centésimos por cento) aplicada no art. 2º da Deliberação AGENERSA nº. 2264/2014, foi equivocadamente embasada no art. 19, IV da Instrução Normativa AGENERSA nº. 001, de 04/09/2007, e encontra-se viciada (...)"; reproduz o art. 19, IV, da referida Instrução²², para afirmar que não há qualquer dispositivo que determine à CEG o cumprimento do plano anualmente, "(...) ao invés de quinquenalmente"; argumenta que o art. 19, IV, da IN 001/2007 não seria aplicável, sendo possível, no máximo, "(...) com base no princípio da eventualidade, o enquadramento no art. 15, I, da Instrução Normativa em enfoque, que somente suporta penalidade de ADVERTÊNCIA (...)";²³ traz o conceito de motivação dado pela doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁴ e cita, transcrevendo-o à sua maneira, o art. 48, § 1º da Lei 5427/2009, para demonstrar a necessidade de motivação do ato administrativo; e entende que "(...) a penalidade do art. 3º da atacada deliberação deverá ser anulada para, no máximo, ser convertida em advertência."

²² "Art. 19. Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do GRUPO IV sempre que, sem justo motivo: (...)

IV, deixarem de cumprir e/ou deixarem de fazer cumprir as normas legais e regulamentares dos serviços, inclusive as normas da AGENERSA, respondendo perante o Estado, a AGENERSA, os consumidores e terceiros pelas eventuais consequências danosas da exploração dos serviços."

²³ "Art. 15. Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de ADVERTÊNCIA sempre que:

I, sem justo motivo, deixarem de encaminhar à AGENERSA dados estatísticos sobre a produção, comercialização e consumo de gás, o balanço trimestral, bem como as demonstrações financeiras de cada exercício e demais informações e documentos relativos a cada exercício social e quaisquer documentos e informações pertinentes requisitados pela AGENERSA;"

²⁴ Em "MELLO, Celso Antonio Bandeira de, Curso de direito administrativo, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 366-367.



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/344/2014

Data 20/02/2015 Fts: 344

Rubrica Rdq.

19-4419171-7

Sob o tópico V²⁵ a CEG fundamenta, em síntese e na eventualidade de manutenção da Deliberação nº. 2264/2014, que as penalidades aplicadas nos arts. 1º, 2º e 3º da decisão guerrecada "*(...) são totalmente descabidas (...)*"²⁶; que "*(...) a imposição das penalidades de multa é medida que não está pautada na busca de um benefício em prol do interesse público*"; e, além de discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, sugerindo falta de razoabilidade e desproporcionalidade na Deliberação recorrida, requer o provimento do presente Recurso, "*(...) anulando-se as multas impostas na Deliberação AGENERSA nº. 2264/2014.*"

Em seu pedido recursal, a recorrente repisa o requerimento de provimento da peça relatada, "*(...) anulando-se as multas impostas nos artigos 1º, 2º e 3º, bem assim como as obrigações impostas nos arts. 5º e 7º da Deliberação AGENERSA nº. 2264/2014, ou, alternativamente, convertendo-as em advertência, na forma requerida ao longo deste Recurso (...)*".

Por meio da Resolução do Conselho - Diretor nº. 481, de 24 de fevereiro de 2015²⁷, o Recurso contra a Deliberação nº. 2264/2014 é sorteado para a minha relatoria e, recebidos os presentes autos neste Gabinete em 27/02/2015, remeti o feito à CAENE/CAPET em 03/03/2015, para análise e parecer quanto ao Recurso de fls. 225/275.

Através do parecer Técnico AGENERSA/CAPET nº. 055/2015²⁸, a Câmara de Política Econômica e Tarifária faz breve síntese dos fatos e, na análise do Recurso, constata, inicialmente, que os itens I e II não constituem objeto de sua verificação.

No que tange ao tópico, III, especificamente quanto às alegações de que "*...não poderia a CEG ter realizado investimentos sem a existência do respectivo plano aprovado pela AGENERSA para o 3º Quinquênio*" e que "*...não permitiu*

²⁵ Assim expõe a Concessionária: "V - DA IRRAZOABILIDADE/DES PROPORCIONALIDADE DA PENALIDADE APLICADA"

²⁶ Grifo no original.

²⁷ Cópia à fl. 276.

²⁸ Fls. 280/283.



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

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003/344/2014
Data 26/05/2014, fls.: 345
Rubrica *Alq.* 10. UNIZUEI-0

*Concessionária que justificasse a captação de recursos junto a instituições financeiras para realização dos investimentos propostos, sem a comprovação de que os mesmos seriam aceitos e remunerados nas tarifas...*²⁹, a CAPET assim se pronuncia:

"4.1.1. Cabe a ressalva de que, apesar do relativo atraso na conclusão do certame revisional, este foi realizado em prazo menor do que os anteriores, e em nenhum momento do mesmo houve qualquer contestação à proposta de investimentos apresentada pela Concessionária, o que indica claramente a intenção deste Ente Regulador de não impor óbices a qualquer execução das intervenções, fato, frise-se, idêntico ao ocorrido nos certames revisionais anteriores, o que invalida a tese de não haver segurança jurídica para a realização dos investimentos propostos."

Sobre *"(...) a impossibilidade legal de se estabelecer revisões anuais (...)"*, conforme afirma a CAPET, e especificamente quanto às alegações da Concessionária de que i) *'... (não) deveria a CEG realizar exatamente os investimentos propostos no plano aprovado pelo Regulador ano a ano...'*; ii) *'... a Concessionária tem a tarifa aprovada pela AGENERSA, que considera a manutenção da equação econômico-financeira de todo o quinquênio...'*; iii) *'Qualquer intenção de exigir a realização de investimentos de forma anual criaria, na prática, uma nova forma de revisão tarifária...'*; iv) e que à CAPET só cabe *'... produzir relatório comparativo entre os investimentos anuais previstos no fluxo de caixa e os efetivamente comprovados, com vistas a manter a equação econômico-financeira no período que antecede ao reajuste anual da tarifa limite.*³⁰, a CAPET se manifesta como segue:

"4.2.1. Equívoca-se a CEG. A partir do momento em que se assume uma obrigação, exposta em uma determinação amparada pelo Contrato de Concessão, e consolidada em um fluxo de caixa igualmente determinado, cria-se - sim! - a obrigação de realização. Em não o fazendo, a

²⁹ Grifos da CAPET.

³⁰ Grifo da CAPET.



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/344/2014

Data 29/05/2014 nº: 346

Rubrica RUF

que quiser, o que não é o caso. Lembremo-nos que a regulação é necessária para se estabelecer uma condição de equilíbrio na aplicação de monopólios naturais, exatamente como ocorre no serviço de distribuição de gás canalizado no estado do Rio de Janeiro, cujas 02 (duas) áreas geográficas distintas possuem exclusividade de atuação para os vencedores das licitações originais;"

Quanto à alegação da recorrente, conforme expôs a CAPET, de "(...) que a obrigação de apresentar Plano Plurianual para o período de 2015 a 2017 já fora cumprida, por ter sido encaminhada junto às correspondências DIRPIR-059/14 e 008/15 (...)", pronuncia-se a Câmara Técnica:

"4.3.1. Lembramos que esta CAPET considerou insuficientes os documentos apresentados e que formulou questionamentos, encampados pelos Relatores dos Processos Revisoriais, requerendo detalhamentos. Estes detalhamentos foram tratados com técnicos da CEG, em reunião havida nas dependências desta Câmara Técnica, mas ainda não constituíram resposta formal;"

Por fim, a CAPET entende, antes de remeter o feito à CAENE, "(...) que os esclarecimentos acima são suficientes para aclarar os tópicos de natureza econômico-financeira levantados" e "em que pese alguns outros argumentos bordejarem as áreas de nossa esfera de atribuições, julgamos que os fatos por nós elencados são suficientes, por ora."

No parecer de fl. 284 a CAENE afirma que, após a apresentação do Recurso, não foram apresentados dados físicos a serem analisados; ratifica o item 4.3.1 do exarado pela CAPET; e que "(...) não é verdadeira a afirmativa da Concessionária de que apresentou o Plano Plurianual, através das correspondências DIRPIR 059/14 e 008/15."



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/344/2014

Data 25/05/2014 fls: 347

Rubrica Pdq. 10 11/03/2014

Depois de encaminhados os autos à Procuradoria da AGENERSA em 06/04/2015, minha assessoria recebe a DIRPIR 008/2015³¹ em 07/04/2015 e a encaminha ao jurídico, que acosta o documento às fls. 287/295. Depois disso, a Procuradoria elabora seu parecer, o qual está presente às fls. 297/310.

De início, o jurídico faz breve síntese das razões do Recurso e, sobre a tempestividade, certifica a apresentação da peça recursal dentro do prazo regimental.

Relata, em prosseguimento, que a recorrente sustenta, em alegações recursais, *"(...) a ausência de atendimento ao Princípio da culpabilidade, impossibilidade legal de estabelecimento de revisões anuais e descabimento das multas aplicadas nos arts. 1º e 3º da Deliberação AGENERSA nº. 2.264/2014, [e] ausência de vício de motivação."*

Sob o título "análise do cumprimento da Deliberação AGENERSA nº 1796/2013"³², o jurídico discorre que *"na análise da aplicação da penalidade administrativa é imprescindível a apreciação da culpabilidade, em que pese a divergência sobre o tema"*; aduz que *"a análise da culpabilidade é oriunda do Direito Penal"*, que adota *"(...) a teoria normativa pura (...)"*, definindo *"(...) a culpabilidade como reprovação pessoal que se faz contra o autor pela realização de um fato contrário ao direito, embora pudesse agir de outro meio"*; e afirma que num primeiro momento *"(...) a teoria adotada pela Recorrente é ultrapassada e, sequer, utilizada na esfera penal, sendo certo que pela simples leitura do recurso, o que se busca é uma reanálise da conduta típica, conseqüentemente da existência de dolo ou culpa"*.

Em continuidade, a Procuradoria entende que neste feito *"(...) não há que se falar em responsabilidade objetiva"*; acrescenta que no voto proferido às *"(...) fls. 140/158, é possível visualizar que a análise da culpa/dolo da concessionária ocorreu no momento da averiguação da prática da conduta típica, qual seja, descumprimento do Contrato de concessão e da Deliberação AGENERSA nº. 1796/2013"*; informa que o

³¹ Correspondência de 28/01/2015.
Fls. 291/295.

³² Grifos da Procuradoria.



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/344/2014, 2011

Data 20/11/2014, 15h: 348

Rubrica [assinatura] 10 11/2014

art. 13 dispõe sobre a determinação de apresentação do plano plurianual referente ao período 2013 - 2017, no prazo de 30 (trinta) dias; considera que *"caberia à Recorrente, no prazo estipulado (30 dias), apresentar a documentação necessária"*, a qual *"no entanto, conforme asseverou o ilustre Conselheiro Silvio Carlos Santos, em seu voto, o prazo não foi cumprido (...) "*²³; relata, citando parecer da CAPET de fls. 111/113, que *"(...) consta nos pareceres das Câmaras Técnicas a impossibilidade de realização da análise ante a falta da documentação necessária"*; e assevera ser *"(...) nítida a presença da culpa no caso em tela, haja vista a omissão da Recorrente em não apresentar a documentação inerente aos investimentos autorizados, caracterizando a sua negligência."*

Quanto à alegação da excludente "fato da administração", a Procuradoria entende que ela não deve prosperar, *"(...) uma vez que não há provas, nos autos, do desequilíbrio - econômico financeiro do contrato de concessão, celebrado pela Recorrente, em virtude de ação ou omissão do Poder Concedente"*; lembra que *"(...) este processo surge em decorrência da 3ª revisão quinquenal, cujo objetivo é reavaliar o contrato de concessão para a garantia do equilíbrio econômico - financeiro, contemplando todos os investimentos a serem realizados no período de 5 anos (2013-2017) para viabilizar a prestação adequada do serviço público"*²⁴; afirma que *"para a prestação adequada do serviço público, investimentos são imprescindíveis, garantindo a atualização do serviço concedido, e conseqüentemente, o cumprimento contratual"*; assegura ter percebido *"(...) que a tarifa revista foi calculada com base nesses investimentos, buscando custeá-los, garantindo o equilíbrio econômico - financeiro"*; e, para corroborar o afirmado, traz, consoante expõe, o parecer n.º. 14744, afirmando que ele foi retirado do sítio eletrônico da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul²⁵.

²³ A Procuradoria cita trecho do voto proferido pelo i. Relator, Cons. Silvio Santos, pelo qual é exposto o descumprimento do prazo previsto no caput do art. 13.

²⁴ Grifo da Procuradoria.

²⁵ O Jurídico cita o seguinte link: <http://www2.pge.rs.gov.br/pareceres/pa14744.pdf>, e transcreve o parecer nestes termos:

"Efetivamente, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo 'significa a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente'



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/344/2014

Data 20/05/2014 fls: 399

Rubrica Ruy - 10.000000000000000

Alega a Procuradoria que *"a partir do momento em que houve a previsão e autorização dos investimentos da revisão quinquenal, cabe a Recorrente concretizá-los, dentro do prazo estipulado sob pena de enriquecimento sem causa e descumprimento do contrato de Concessão"*, não havendo *"(...) o que se falar em revisão anual tarifária como a Recorrente leva a crer em seu recurso"*; explica, citando o art. 2º da lei 4556/05, que se trata *"(...) de fiscalização por parte desta agência reguladora, sendo certo que possui atribuição para tanto conforme se verifica (...)"* do dispositivo citado; lembra que a CAENE, no parecer de fls. 119/123, *"(...) entendeu pela não realização dos investimentos físicos na sua integralidade (...)"*; salienta *"(...) que estes investimentos são destinados para a melhoria do serviço público prestado pela Recorrente, garantindo que a mesma preste o serviço adequado aos seus usuários"*; ressalta que *"a cláusula quarta do contrato de Concessão obriga a Recorrente a prestação do serviço adequado, incluindo a sua expansão, em outras palavras, incremento da atividade de distribuição de gás"*; entende que *"(...) cabe a Recorrente concretizar todos os investimentos autorizados nos períodos previstos"*, sendo que *"a sua não realização acarreta no descumprimento contratual"*; ratifica o parecer jurídico de fls. 129/132³⁶; e opina *"(...) pela manutenção da Deliberação AGENERSA nº. 2.264/2014, haja vista a inexistência de qualquer vício."*

Sob o tópico **"Motivação do ato administrativo questionado"**³⁷, o jurídico afirma que a alegação de que o art. 19 da IN 001/2007 penaliza pelo descumprimento de dispositivo legal, regulamentar ou normativo, mas *"(...) não existe qualquer norma que determine o cumprimento do plano anualmente"*, não deve prosperar; explica, nesse passo, que, *"(...) como dito anteriormente, a revisão quinquenal, ao reavaliar o valor da tarifa, considerou a realização dos investimentos no período informado pela Recorrente"*; registra que *"a partir do momento em que foram aprovados os investimentos e encerrado o processo de revisão, a Recorrente tem a obrigação de cumprir os termos previstos na Deliberação AGENERSA nº 1796/2013 por*

constituindo uma revisão contratual, e objetivando, dentre outros motivos, que o particular possa cumprir a execução do ajuste negocial até o seu término (princípio da continuidade do contrato administrativo)"

³⁶ Parecer exarado quando do julgamento originário.

³⁷ Grifos da Procuradoria.



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/344/2014

Data 21/05/2015 às 18:35

Rubrica RNF

15 444727-9

determinação do item 11 do parágrafo 1º da Cláusula quarta do contrato de concessão"; assevera, em suma, que "é nítido que no caso em tela a decisão penalizando a Recorrente ao pagamento de multa foi devidamente motivada, aplicando-se, inclusive, a teoria dos motivos determinantes"; ressalta que, ao analisar a Deliberação AGENERSA nº 2264/2014 "(...) percebe-se que estão presentes todos os motivos de gerarem a aplicação da penalidade de multa, qual seja, inércia quanto a realização dos investimentos nos períodos determinados pela própria Recorrente", não havendo "(...) qualquer vício no motivo do ato que venha gerar a nulidade da Deliberação"; e conclui sugerindo "(...) aplicação de penalidade à Concessionária (...) em razão da intempestividade (...) e do descumprimento da Deliberação AGENERSA nº 2264/2014."

Em manifestação final³⁸, a Recorrente praticamente repisa as razões recursais, ratificando e pugnando "(...) pelo conhecimento e provimento do Recurso Administrativo Interposto pela Concessionária anulando-se as multas impostas nos artigos 1º, 2º e 3º, bem assim como as obrigações impostas nos arts. 5º e 7º da Deliberação AGENERSA nº. 2264/2014". Alternativamente, requer a CEG a conversão das multas em advertência, "(...) na forma requerida ao longo do Recurso, eis que ausentes os fundamentos que justificaram sua imposição, por ser medida de extremo bom senso e justiça."

É o Relatório.

Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro - Relator

³⁸ DIJUR - E - 635/15, protocolada em 12 de maio de 2015.



Processo nº:	E-12/003/344/2014
Atuação:	20/05/2014
Concessionária:	CEG
Assunto:	PLANO PLURIANUAL DE INVESTIMENTOS.
Sessão Regulatória:	26 de maio de 2015

VOTO

1) DO RECURSO APRESENTADO

Trata-se de analisar o Recurso¹ interposto pela Concessionária CEG contra a Deliberação AGENERSA nº. 2264/2014², complementada pela Deliberação nº. 2361/2015³.

¹ Fls. 225/275.

² AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2264, DE 27 DE NOVEMBRO DE 2014

CONCESSIONÁRIA CEG - PLANO PLURIANUAL DE INVESTIMENTOS.

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 E-12/003.344/2014, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,001% (um milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Dez do Contrato de Concessão e no Art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001 de 04/09/2007, pelo não cumprimento nos moldes e prazo estipulado no equo do art. 13 da Deliberação AGENERSA nº 1.796/2013, e, conseqüente, violação à Cláusula Quarta, § 1º, item 11, do Contrato de Concessão, conforme fundamentação constante do voto.

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,05% (cinco centésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Dez do Contrato de Concessão e no Art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001 de 04/09/2007,



em virtude dos investimentos não realizados pela CFG no ano de 2013 (R\$156.944,169 - cento e cinquenta e seis milhões novecentos e quarenta e quatro mil cento e sessenta e nove reais).

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CFG a penalidade de multa no valor de 0,0005% (cinco décimos de milésimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula 12ª do Contrato de Concessão e no Art. 19, incisos IV e VI da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001 de 04/09/2007, pelo não cumprimento do prazo estipulado no Art. 13, inciso II da Deliberação AGENERSA nº. 1.796/2013, integrada pela Deliberação AGENERSA nº. 2.035/2014 (encaminhamento do PPA, atualizado, da CEG até 31/10/14).

Art. 4º - Determinar à SECEX, juntamente com a CAPET e a CAENE, a lavratura dos correspondentes Autos de Infração, conforme Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 001/2007.

Art. 5º - Determinar que a Concessionária CEG, apresente a esta Agência o Plano Plurianual de Investimentos atualizado referente ao período 2015-2017, nos termos do art. 13, II, da Deliberação AGENERSA nº 1.796/2013, no prazo máximo de 30 (trinta) dias.

Art. 6º - Determinar que a CAENE e a CAPET acompanhem o cumprimento do artigo anterior.

Art. 7º - Determinar que a Concessionária CFG execute, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, os investimentos não realizados em 2013.

Art. 8º - Determinar que a CAENE e a CAPET acompanhem o cumprimento do artigo anterior.

Art. 9º - Determinar que a CAPET cumpra o disposto no Art. 13, inciso III da Deliberação AGENERSA nº 1.796/2013, conforme fundamentação constante do voto.

Art. 10º - Determinar que a SECEX dê ciência ao Poder Concedente desta Deliberação.

Art. 11º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 27 de Novembro de 2014

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA - Conselheiro - Presidente; LUIGI EDUARDO TROISI - Conselheiro; MOACYR ALMEIDA FONSECA - Conselheiro; ROOSEVELT BRASIL FONSECA - Conselheiro; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA - Conselheiro - Relator.

AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2361 DE 28 DE JANEIRO DE 2015

CONCESSIONÁRIA CEG - PLANO PLURIANUAL DE INVESTIMENTOS.

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 E-12/003.344/2014, por unanimidade,

RBC



Através da petição processual interposta, vislumbra-se que a recorrente requer, por seus fundamentos, o conhecimento do Recurso, a anulação das multas impostas nos arts. 1º, 2º e 3º da Deliberação 2264/2014 ou sua conversão em advertência, bem assim o afastamento das obrigações impostas nos arts. 5º e 7º da citada decisão colegiada.

II) DA PRELIMINAR DE TEMPESTIVIDADE

Preliminarmente, registro a tempestividade da peça recursal, o que impor-se-á o seu conhecimento.

Contra a Deliberação nº. 2264/2014 foram opostos Embargos de Declaração, peça que interrompe, conforme o art. 78, parágrafo único, do Regimento Interno da AGENERSA, a apresentação de Recurso pela parte interessada.

Publicada a decisão que julgou os Embargos no DOERJ de 30/01/2015 (sexta - feira)⁴, a contagem do prazo⁵ de 10 (dez) dias para a interposição da presente irresignação iniciou-se em 02/02/2015 (segunda - feira). Tendo em vista que o término do período se deu no dia 12 de fevereiro do mesmo ano, revela-se tempestiva a peça recursal apresentada, porquanto protocolada em 11/02/2015.

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos pela Concessionária CEG, porque tempestivos, e rejeitá-los no mérito, pela inexistência de omissões e obscuridades, mantendo na íntegra o texto da Deliberação AGENERSA nº. 2264/2014 de 27 de novembro de 2014.

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

Rio de Janeiro, 28 de Janeiro de 2015

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA - Conselheiro - Presidente; **LUIGI EDUARDO TROISI** - Conselheiro; **MOACYR ALMEIDA FONSECA** - Conselheiro; **ROOSEVELT BRASIL FONSECA** - Conselheiro; **SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA** - Conselheiro - Relator.

⁴ Dando ensejo à Deliberação AGENERSA Nº 2361/2015.

⁵ Consoante art. 85 e incisos do Regimento Interno da AGENERSA.

[assinatura]



No mesmo sentido, é importante citar, foi a opinião da Procuradoria da AGENERSA, que registrou "(...) a tempestividade do presente recurso, uma vez que interposto dentro do prazo regimental."

III) DO MÉRITO

III.1) INEXISTÊNCIA DA EXCLUDENTE "FATO DA ADMINISTRAÇÃO"

Sob o tópico "do princípio da culpabilidade" a recorrente requer o afastamento da multa imposta pelo art. 2º da Deliberação guerrcada, decisão que aplicou a penalidade de multa à CEG no importe de 0,05% (cinco centésimos por cento) em razão da Concessionária ter deixado de executar, no ano de 2013, valores de investimentos que totalizaram R\$ 156.944.169 (cento e cinquenta e seis milhões, novecentos e quarenta e quatro mil e cento e sessenta e nove reais).

Alega a recorrente que o atraso da AGENERSA na decisão final do processo E-12/020.522/2012⁶ impediu a execução total dos investimentos referentes ao ano de 2013, porquanto até 28/04/2014 aqueles autos ainda encontravam-se pendentes de decisão recursal.

Nesse passo, entende a Concessionária, em suma, que está amparada pela excludente de culpa "fato da administração"⁷, configurando-se o ano de 2013, consoante afirmou, em verdadeiro apagão regulatório, já que, por tal fato, a Concessionária não tinha "(...) a certeza de que seria compensada pela realização de qualquer investimento (...)" ou "(...) indicação de qual seria o plano de investimento aprovado(...)", bem como não detinha conhecimento se teria margem na tarifa para tanto.

⁶ Feito que tratou da 3ª Revisão Quinquenal da Concessionária CEG e ensejou o desdobramento deste.

⁷ Observe-se, inclusive ressaltando o que foi relatado, que a Concessionária entende que não tem culpa pela inexecução dos investimentos unicamente em razão da excludente "fato da administração".



Nada obstante, não merece prosperar o levantado pela recorrente, não havendo que se falar em "fio da administração" a excluir a culpa da Concessionária na inexecução total dos investimentos definidos para o ano de 2013 e a afastar a penalidade do citado art. 2º.

Primeiro porque a demora na finalização da decisão sobre a 3ª Revisão Quinquenal da Delegatária, através da qual restou sacramentada a definição dos investimentos e fixação das tarifas para o quinquênio 2013-2017, não ocorreu por ato ou omissão desta AGENERSA que pudesse retardar ou inviabilizar o cumprimento do contrato.

Ao contrário, vê-se, dos autos do processo E-12/020.522/2012, que foi a Concessionária quem deu causa ao referido atraso, porquanto apenas enviou o Relatório Geral da 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas (período 2013 - 2017) em 19/02/2013, oportunidade em que o entregou de forma retificada e definitiva. Isso, após duas entregas da proposta e redesenho tarifários em 31/08/2012 e 28/09/2012, datas, atente-se, que já haviam ultrapassado o prazo de 06 (seis) meses previsto na Cláusula Sétima, § 3º, do Contrato de Concessão⁴. Nesse sentido, vale dizer que a Concessionária requereu, à época, a postergação do prazo de entrega das propostas e contou, como cedição, com a anuência do Poder Concedente e desta Autarquia. No entanto, isso não pode atribuir à AGENERSA qualquer demora na conclusão dos trabalhos referentes à 3ª Revisão Quinquenal.

⁴ "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.

(...)

§3º - Para fins da revisão quinquenal, a CONCESSIONÁRIA apresentará à ASEP-RJ, no penúltimo semestre de cada quinquênio, uma proposta de revisão do valor limite das tarifas e da estrutura tarifária que figura no ANEXO I, para vigorar para o quinquênio subsequente, instruída com as informações que venham a ser exigidas pela referida agência."



Isso porque, se observarmos que o pleito da recorrente ainda se submeteria às análises da consultoria Deloitte e Grupo de Trabalho instituído nesta Autarquia, e levando-se em conta todos os trâmites processuais necessários para uma adequada decisão regulatória, a Deliberação 1796/2013 veio em tempo mais que razoável, não se admitindo a tese de demora da Administração - AGENERSA - quando esta, atuando de forma célere e eficiente, proferiu sua decisão final em outubro de 2013.

Sobre a alegada demora, aliás, a CAPET certificou que o certame revisional referente ao período 2013-2017 "(...) foi realizado em prazo menor do que os anteriores."

Ademais, se a atividade regulatória se presta, nos dizeres de Marçal Justen Filho, a "realização dos direitos fundamentais"⁸, não é razoável que os argumentos de interesse econômico se sobreponham aos direitos dos usuários a um serviço público essencial de gás que, para a sua prestação adequada, impescinde dos investimentos que foram definidos mas não executados. Até porque verifica-se que a recorrente auferiu ganho financeiro, no ano de 2013, através das tarifas cobradas dos consumidores, mormente se considerarmos que elas foram implantadas a partir de 01/01/2014 e, também, reduzidas. Vejam o que pertinentemente entendeu a CAPET, cuja Nota Técnica integra, *in totum*, este voto:

"(...) A partir do momento em que se assume uma obrigação, exposta em uma determinação amparada pelo Contrato de Concessão, e consolidada em um fluxo de caixa igualmente determinado, cria-se - sim! - a obrigação de realização. Em não o fazendo, a Concessionária incorre em ganho financeiro, pois o acordo revisional estabeleceu um patamar tarifário bastante para suportar as intervenções da forma como pactuado. Lembremo-nos que, dentre as particularidades estabelecidas na Deliberação 1796/2013, estava um quadro tarifário, a vigorar a partir de 01/01/2014,

⁸ III.HO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 9ª Edição - São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, pág. 677.



que embutia uma partícula redutora de caráter compensatório, pois a decisão do Colegiado Conselho Diretor da AGENERSA acolheu preliminar de reposicionamento da margem para menos. Isto significa que a Delegatária praticou, ao longo de 2013, tarifa maior do que a que foi aprovada em momento posterior. Portanto, a equação resultante da III Revisão Quinquenal previa partícula elementar de realização dos investimentos ali pactuados, por estarem todos os montantes devidamente pesados e dimensionados;

(...) Cabe ressaltar que o peso relativo dos investimentos na equação econômica-financeira do equilíbrio contratual é grande. Caso não houvesse, da parte da CEG, a necessidade de realização dos investimentos, estes seriam sumariamente eliminados da composição numérica, e o reposicionamento para menos seria maior do que o efetivamente registrado."

Do exposto, concluo pela inexistência da excludente "fato da administração", rechaçando-se os argumentos levantados pela Concessionária no subitem III.a e o pedido de anulação da penalidade aplicada no art. 2º da Deliberação 2264/2014.

III.2) DA POSSIBILIDADE DE EXIGIR DA CONCESSIONÁRIA A REALIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS DE FORMA ANUAL E PENALIZAR PELA SUA NÃO EXECUÇÃO

Sob o subitem III.b a recorrente sugere a impossibilidade da AGENERSA exigir da Concessionária a realização de investimentos por ano e penalizá-la pela não execução anual dos investimentos definidos na 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas.

Com efeito, a recorrente entende, em apertada síntese, que impor a concretização das metas de forma anual acarretará, na prática, revisão tarifária que não encontra respaldo legal ou contratual, porquanto no texto do art. 13 da Deliberação 1796/2013 "(...) há menção de que a CAPET deverá produzir relatório comparativo entre os



investimentos anuais previstos no fluxo de caixa e os efetivamente comprovados, com vistas a manter a equação econômico-financeira no período que antecede ao reajuste anual da tarifa limite." (meu grifo).

Observe-se, quanto ao art. 13 da decisão supracitada, específica e principalmente no que se refere ao inciso IV - dispositivo exposto pela recorrente -, que ele já foi objeto de Recurso e não merece, aqui, nova análise. No entanto, em atenção à interpretação que a Concessionária dá à redação do citado artigo, é importante frisar que, consoante se depreende do parecer da CAPET às fls. 280/283, esta apenas realiza, em observância ao mandamento do art. 13, IV, da Deliberação 1796/2013¹⁰, o equilíbrio entre o proposto e o efetivamente realizado com o fim de apontar a inconsistência dos investimentos. A respeito, segue abaixo trecho do mencionado pronunciamento da Câmara de Política Econômica e Tarifária, do qual se extrai a conclusão:

"(...) o relatório comparativo produzido pela CAPET sobre os investimentos pactuados não tem o condão de interferir na aplicação do índice de reajuste tarifário ordinário."

Assim, e afastando-se o fundamento da Concessionária de que ela poderia efetuar, por vontade própria, os investimentos definidos no período de 05 anos porque é o final do quinquênio o momento de se fazer o equilíbrio econômico - financeiro do

¹⁰ Art. 13 - Determinar que a Concessionária CPG apresente em até 30 (trinta) dias, plano plurianual de investimentos referente aos anos de 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017 (computável com as metas físicas de expansão da rede de distribuição de gás natural aprovadas nesta Revisão Quinquenal, indicando os respectivos projetos físicos; os cronogramas físico-financeiros, com argumentos pactuados nos custos unitários estipulados pela Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro, EMOP-RJ, observando os parâmetros a seguir:

(...)

IV - A Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária apresentará relatório ao Conselho Diretor da AGENERA, cotejando os investimentos anuais previstos no Fluxo de Caixa Descontado com os efetivamente comprovados, visando a manter a equação econômico-financeira no período que antecede ao reajuste anual da tarifa limite.

RL



Contrato de Concessão, entendo que é possível e necessária a exigência dos investimentos definidos, ano a ano, e a consequente imposição de penalidade pela sua inexecução anual. Mesmo porque a não execução revela descumprimento de decisão oriunda da 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas, que, ao fixar os investimentos ano a ano, estabeleceu, no voto condutor desse *decisum*, a abertura de processos anuais para o acompanhamento, fiscalização e exigência de realização do que se obrigou a recorrente, tudo a fim de atender de forma adequada aos usuários do serviço público essencial de gás.

Frise-se que não realizados os investimentos como definidos e não apresentada, nos presentes autos, embasada justificativa sobre a não execução anual para conhecimento da AGENERSA ou do Poder Concedente, a recorrente frustra determinada Política Pública de Investimentos no Estado do Rio de Janeiro e, em consequência, "embarga" o alcance à universalização dos serviços, já que não se obterá a prestação pública para o local intentado.

Além disso, a recorrente poderá incorrer em enriquecimento indevido quando se sabe que a Concessionária é remunerada, sem ter realizado o investimento a que se propôs para 2013, pelas tarifas cobradas nesse ano.

Antes de concluir por afastar o argumento exibido sob o item III.b, qual seja, "da impossibilidade legal de se estabelecer Revisões Anuais", lembre-se que a recorrente argumenta no sentido de que a forma como os "investimentos serão distribuídos no tempo é decisão estritamente empresarial, que considera a conjuntura econômica presente, bem como as questões relativas às permissões e licenças ambientais."¹¹

Ora, repetindo o que foi dito, a decisão de distribuição dos investimentos no tempo emanou de comando deliberativo, após a apresentação das propostas pela Concessionária e definição das políticas públicas pelo Poder Concedente, não podendo

¹¹ Grifos como no original.

[assinatura]



ficar ao alvedrio da Concessionária a execução dos investimentos referentes a serviço público de titularidade do Estado e a ela confiado.

Outrossim, e já registrando que a Concessionária alega mas não prova que a não realização de investimentos está vinculada às questões relativas às permissões e licenças ambientais, a obtenção de tais licenciamentos é providência que a Delegatária já deve estar ciente quando do envio da proposta tarifária, sob pena, inclusive, de tomar sem efeito aquilo a que se comprometeu.

Dessa forma, concluo pela possibilidade de exigir da Concessionária a realização de investimentos de forma anual, viabilizando-se a penalização da recorrente pela sua inexecução, por força da Cláusula Quarta, § 1º, II, do Contrato de Concessão, e art 19, IV da IN 001/2007.

III.3) DO CABIMENTO DAS MULTAS APLICADAS NOS ARTS. 1º E 3º DA DELIBERAÇÃO 2264/2014.

No tópico III.c, a recorrente entende que são descabidas as multas aplicadas pelos arts. 1º e 3º da Deliberação 2264/2014.

Requer, inicialmente, a anulação da multa imposta no art. 1º da decisão supracitada, dispositivo que aplicou a penalidade pecuniária de 0,001% (um milésimo por cento) à Concessionária CEG em razão do não atendimento do *caput* do art. 13 da Deliberação 1796/2013¹², ou seja, por não entregar, em 30 (trinta) dias e nos moldes estabelecidos nesse dispositivo, o Plano Plurianual referente ao período 2013 - 2017.

¹² Art. 13 - Determinar que a Concessionária CEG apresente em até 30 (trinta) dias, plano plurianual de investimentos referente aos anos de 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017 compatível com as metas físicas de expansão da rede de distribuição de gás natural aprovadas nesta Revisão Quinquenal, indicando os respectivos projetos básicos, os cronogramas físico-financeiros, com orçamentos pautados nos custos unitários estipulados pela Empresa de Obras Públicas do Estado do Rio de Janeiro, EMOP-RJ, observando os parâmetros a seguir:

AL



Além disso, a recorrente também pede seja anulada a penalidade pecuniária imposta pelo art. 3º da Deliberação recorrida, que sancionou a Concessionária em 0,0005% (cinco décimos de milésimo por cento) em razão do **descumprimento do prazo previsto no art. 13, II, da Deliberação AGENERSA nº. 1796/2013**, ou seja, em razão da recorrente não ter entregue o PPA até 31/10/2014.

No que tange ao prazo fixado no *caput* do dispositivo, entendo, sim, que ele restou ultrapassado, mormente se considerarmos a data em que a recorrente obteve a notícia acerca da inauguração dos presentes autos.

Em que pese à exibição dos argumentos da recorrente relacionados à suspensão do prazo para a apresentação da documentação de que trata o *caput* do art. 13, observe-se que o relator originário do processo, i. Conselheiro Silvio Santos, considerou, sendo este um critério, que pela data da publicação da decisão final do processo referente à 3ª Revisão Quinquenal, qual seja, 05/05/2014, o prazo previsto no citado dispositivo já restaria sobejado, porquanto a partir dessa data se daria a contagem do período de 30 (trinta) dias.

Com efeito, a Delegatária apresentou documentação nos autos - embora tida como insuficiente - somente em 10/07/2014 e apenas quando instada pelo relator do processo a exibir o Plano Plurianual exigido pelo art. 13 da Deliberação 1796/2013¹³, fato que evidencia o descumprimento do prazo estabelecido no *caput* do citado artigo.

Soma-se a tal consideração que a Concessionária CEG obteve ciência do presente feito - cuja abertura se deu para a verificação do cumprimento do art. 13 da Deliberação

I - Todos investimentos terão suas metas quantificadas em relação aos usuários a serem atendidos; extensão da rede a ser implantada, que deverá ser especificada se de baixa, média ou alta pressão; volume de gás a ser fornecido, identificando os respectivos distritos e municípios que serão atendidos;

II - A Concessionária CEG enviará, anualmente, até 31 de outubro, o plano plurianual de investimentos atualizados para os anos faltantes do quinquênio deliberado; (redação dada pelo art. 1º da Deliberação 2035/2014);

¹³ Em 07/07/2013.



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003-344/2014

Data 20/05/2014 fls: 362

Rubrica 110 id 4414789.9

AGFNERSA nº. 1796/2013 - em 26/05/2014¹⁴. Disso se infere que 30 (trinta) dias depois a Delegatária deveria ter entregue a documentação prevista no *caput* do mencionado dispositivo e, não o fazendo, revela - se extrapolado o período citado. Sobre o assunto, registre - se que já me manifestei de forma semelhante e originariamente nos autos nº. E-12/003/345/2014, processo referente ao Plano Plurianual da Concessionária CFG Rio. Em atenção ao parecer jurídico no sentido de descumprimento do Contrato de Concessão, nos termos da cláusula quarta, § 1º, item II, fundamentei naquele feito da seguinte forma, antes de concluir pelo não atendimento do período previsto no *caput* do discutido art. 13:

"Transcorrido o prazo de 30 (trinta) dias, a CFG Rio já deveria ter apresentado o PPA, mormente porque obteve ciência dos presentes autos em 26/05/2014 (...)."

Acresça-se, também, que, apesar do exposto, não se pode considerar atendido o prazo se, como será debatido, foi entendida como incompleta a documentação, tanto no primeiro momento em que foi exibida, como durante toda a instrução processual.

Nesse passo, frise-se que a recorrente exhibe argumentos de que apresentou o PPA nos moldes do que exige o art. 13 da Deliberação 1796/2013.

Ocorre que, da análise do processo, verifica-se que, não obstante concedidas várias oportunidades à Concessionária para nele se manifestar, exigindo - lhe a apresentação do PPA nos moldes do aprovado no processo da 3ª Revisão Quinquenal, a Delegatária não o fez. Tal questão, inclusive, foi corretamente analisada pelo relator do processo. Encampando os pronunciamentos técnicos, o i. Conselheiro Sílvio Santos registrou, no voto, que a Concessionária foi instada por 07 (sete) vezes a se manifestar nos autos, **nos moldes do aprovado na 3ª Revisão Quinquenal**, mas, *"(...) ainda assim, não o fez, de forma integral."* (meu grifo)

¹⁴ Fl. 14.



Assim, não há que se argumentar que a Concessionária enviou o Plano nos mesmos termos da 2ª Revisão Quinquenal ou que o comportamento de multar, em razão da vedação a comportamento contraditório da Administração, viola a segurança jurídica. No mesmo sentido, também não há que se falar em inexistência de informação quanto a padrão específico para o atendimento do art. 13, inclusive porque, por meio dos Ofícios em que oportunizaram-se as manifestações, foi exigido o modo pelo qual a CEG deveria ter protocolado o PPA.

Quanto à penalizar a recorrente por descumprimento do prazo estabelecido no art. 13, II, da Deliberação 1796/2013, entendo deva ser mantida a pena pecuniária inserta no art. 3º da Deliberação recorrida.

É que o atendimento do prazo para a entrega do PPA atualizado, qual seja, 31/10/2014, está intrinsecamente ligado à correta apresentação do referido Plano. A entrega do PPA diferente dos moldes propostos, sem detalhamento de investimentos, leva à conclusão acerca do não cumprimento do prazo previsto no combatido dispositivo, uma vez que é despida de efetividade a observância à data estipulada no art. 13, II, se a entrega se dá de forma incompleta e diferente dos moldes do que foi aprovado na 3ª Revisão Quinquenal.

Do exposto, concluo pelo cabimento das multas aplicadas através dos arts. 1º e 3º da Deliberação 2264/2014, afastando-se os argumentos elencados sob o subitem III. e.

III.4) DO CABIMENTO DA OBRIGAÇÃO ESTIPULADA NO ART. 7º DA DELIBERAÇÃO 2264/2014

Através do subitem III.d a recorrente sustenta ser descabida a determinação de execução de todas as metas estipuladas para o ano de 2013 no período de 180 (cento e oitenta) dias.



Isso porque alega que detém o prazo até o final do quinquênio para efetua-los, que a execução não ocorreu em razão do "fato da administração", e que nesse tempo seria impossível obter os licenciamentos necessários junto aos Órgãos competentes.

Tais repetitivos argumentos, porque já avaliados em tópico anteriores, não serão objeto de nova análise.

No entanto, atente-se que a recorrente apresenta, sob o mesmo subitem III.d, outro argumento.

Para retirar a determinação de execução dos investimentos no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a Delegatária informa a assinatura de Termo Aditivo em 01/12/2014, alegando que, nesse mesmo instrumento, o próprio Poder Concedente afirma que as metas devem ser cumpridas quinquenalmente, a saber: até 31/10/2017. Conforme se depreende das alegações recursais, vê-se, ainda, que a Concessionária sugere um impacto desse documento na realocação dos investimentos previstos para 2013.

Nada obstante o alegado, a determinação da execução deve ser mantida.

A informação de que o Poder Concedente entende que os investimentos devem ser cumpridos dentro do quinquênio e, portanto, até 31/12/2017, é interpretação que emana unicamente da Concessionária e, considerando o disposto nas fundamentações anteriores, deve ser rechaçado.

Ademais, o 3º Termo Aditivo, celebrado na citada data, apenas atinge os Municípios de Mangaratiba e Maricá, locais, diga-se, em relação aos quais já não houve qualquer implementação de investimentos no ano de 2013¹⁵. Nesse passo, e sendo certo que até o presente momento não se tem notícia nos autos de que tal documento interfere

¹⁵ É o que se verifica do parecer da CARNE às fls. 119/123.



na realocação das metas previstas para os demais Municípios, deve ser mantida a obrigação de que trata o art. 7º da decisão recorrida.

Vejam, pois, que, pelo que consta dos autos, o referido instrumento contratual não desobriga a Concessionária à execução dos investimentos no prazo de 180 (cento e oitenta) dias. Se uma suposta redefinição das metas relacionadas para o ano de 2013 impossibilitar, por influência do citado Termo Aditivo, a realização no aludido prazo, tal deve ser justificado pela Concessionária, podendo essa condição ser avaliada e ponderada, se for o caso e conforme se verá no rebute aos argumentos do item seguinte, pelo Relator originário do processo.

Dito isso, rechaço os argumentos expostos no subitem III.d e concluo pelo cabimento e manutenção da obrigação estipulada no art. 7º da Deliberação recorrida.

III.5) DA MANUTENÇÃO DA OBRIGAÇÃO ESTIPULADA NO ART. 5º DA DELIBERAÇÃO 2264/2014

O art. 5º da Deliberação 2264/2014 determinou à CFG a apresentação, em 30 (trinta) dias, do PPA atualizado para o período 2015 - 2017.

No entanto, a Concessionária recorrente refuta a obrigação sob o fundamento de que já cumpriu o determinado através das DIRPIR 059/14 e DIRPIR 008/15, correspondências protocoladas, respectivamente, em 26/11/2014 e 21/01/2015.

A despeito do alegado, entendo por manter o combatido dispositivo, vez que, na análise do cumprimento do art. 13, II, da Deliberação 1796/2013 o relator ainda não havia obtido ciência dos documentos acima citados, sendo esta a razão pela qual propôs - e foi acompanhado pela unanimidade do Conselho - Diretor - a determinação conforme estabelecida no recorrido art. 5º.



Registre-se que no mesmo sentido entendeu a CAPET através do parecer de fls. 280/283. Aliás, dele pode-se extrair que até o presente momento a Concessionária não apresentou o PPA nos termos do art. 13, II, da Deliberação 1796/2013. Confira-se o que atestou a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária:

"4.3.1. Lembramos que esta CAPET considerou insuficientes os documentos apresentados e que formulou questionamentos, encampados pelos Relatores dos Processos Revisórios, requerendo detalhamentos. Estes detalhamentos foram tratados com técnicas da CEG, em reunião havida nas dependências desta Câmara Técnica, mas ainda não constituíram resposta formal."

Do exposto, afasto o argumento apresentado sob o subitem III.e, ressaltando que a análise do protocolado caberá, em ocasião própria, ao relator originário do processo.

III.6) DA INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE MOTIVAÇÃO NO ART. 2º DA DELIBERAÇÃO 2264/2014

No tópico IV a recorrente sustenta que há vício de motivação no art. 2º da Deliberação 2264/2014, motivo pelo qual pede a anulação da multa nele inserta ou a sua conversão em advertência. Fundamenta que não há qualquer dispositivo que determine o cumprimento do Plano anualmente e, por isso, entende que a penalidade pecuniária foi

12



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003.344/2014

Data 20/05/2014 nº: 367

Rubrica *filiz* 10444789.9

equivocadamente embasada no art. 19, IV, da IN 001/2007¹⁶, sendo possível, no máximo, seu enquadramento no art. 15, I, da mesma Instrução¹⁷.

Ocorre que, consoante já dito no tópico III.2 do presente voto, a penalização pela inexecução total das metas referentes a 2013 emanou de comando deliberativo que, se descumprido, atrai a imposição de sanção por descumprimento da cláusula quarta, § 1º, item 11, do Contrato de Concessão, na forma da Cláusula Dez do Instrumento Concessivo e art. 19, IV, da IN 001/2007.

Lembre-se que o voto condutor da decisão referente ao processo da 3ª Revisão Quinquenal da Concessionária CEG¹⁸ expôs que deveriam ser abertos **processos anuais** para acompanhamento do efetivo início e conclusão dos investimentos, o que originou a inauguração deste feito.

Nesse passo, a determinação de abertura **anual** nos termos do acima disposto, com o fim de verificar o cumprimento do art. 13 da Deliberação 1796/2013, só pode levar à conclusão de que, não cumpridas as metas, no ano, a Concessionária deve ser imposta sanção na mesma forma do que consagrou o art. 2º da Deliberação 2264/2014, aqui recorrido. Se assim não fosse, estar - se - ia permitindo, nos termos do que já se

¹⁶ Art. 19. Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de ADVERTÊNCIA ou MULTA do GRUPO IV sempre que, sem justo motivo:
(...)

IV. deixarem de cumprir e/ou deixarem de fazer cumprir as normas legais e regulamentares dos serviços, inclusive as normas da AGENERSA, respondendo perante o Estado, a AGENERSA, os consumidores e terceiros pelas eventuais consequências danosas da exploração dos serviços.”.

¹⁷ Art. 15. Sem prejuízo do disposto em lei e nos Contratos de Concessão, as Concessionárias estarão sujeitas à penalidade de ADVERTÊNCIA sempre que:

I. sem justo motivo, deixarem de encaminhar à AGENERSA dados estatísticos sobre a produção, comercialização e consumo de gás, o balanço trimestral, bem como as demonstrações financeiras de cada exercício e demais informações e documentos relativos a cada exercício social e quaisquer documentos e informações pertinentes requisitados pela AGENERSA;”.

¹⁸ Pl. 2055 do processo E-12/020.522/2012 e fl. 09 dos presentes autos.



fundamentou em tópicos anteriores deste voto, o ganho financeiro a maior da Concessionária e, entre outros, a frustração à universalização dos serviços.

Assim, entendo por afastar o fundamento apresentado sob o item IV, para manter o citado artigo 2º e sua redação original, porquanto inexistente o vício de motivação alegado. Da mesma forma, frise-se, pareceu entender a Procuradoria da AGENERSA, verbis:

"(...) como dito anteriormente, a revisão quinquenal, ao reavaliar o valor da tarifa, considerou a realização dos investimentos no período informado pela Recorrente.

A partir do momento em que foram aprovados os investimentos e encerrado o processo de revisão, a Recorrente tem a obrigação de cumprir os termos previstos na Deliberação AGENERSA nº 1796/2013 por determinação do item 11 do parágrafo 1º da Cláusula quarta do contrato de concessão."

III.7) DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DAS PENALIDADES APLICADAS PELOS ARTS. 1º, 2º E 3º DA DELIBERAÇÃO 2264/2014

Sob o argumento de que são desproporcionais e não razoáveis as penalidades pecuniárias aplicadas pelos arts. 1º, 2º e 3º da Deliberação recorrida, a recorrente requer a sua anulação ou conversão em advertência.

Entretanto, entendo que as sanções impostas nos citados dispositivos obedeceram aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Quanto aos arts. 1º e 3º observa-se que o i. relator corretamente considerou, levando-se em conta o descumprimento de decisão regulatória, a necessidade de apresentação do PPA nos termos do art. 13 da Deliberação nº. 1796/2013 e a



imprescindibilidade da fiscalização para a adequada prestação dos serviços, a gravidade da infração e a condição econômica da penalizada. Afiguram-se, pois, razoáveis e proporcionais as multas aplicadas, porquanto necessárias, adequadas e exigíveis às hipóteses concretas.

No que tange à pena infligida pelo art. 2º, pode-se observar que ela atende aos princípios supramencionados, inclusive porque provém de critério já adotado por esta Autarquia e que leva em conta a proporção dos investimentos não executados. A propósito, vejam o que fundamentei nos autos nº. E-12/020.215/2007¹⁹, quando relator do Recurso nele interposto, valendo dizer que o voto proferido ensejou Deliberação unânime:

"(...) entendo que mais adequada e proporcional ao caso sub examine é a aplicação da sanção com base no percentual de 35,96% (trinta e cinco inteiros e noventa e seis por cento), relativo à parte dos investimentos prevista para o quinquênio 2008 - 2012 e que não foi realizada, mormente porque, não obstante tenha cumprido o equivalente a 64,04% (sessenta e quatro inteiros e quatro centésimos por cento) das metas estabelecidas, a CEG RIO auferiu, através das tarifas cobradas dos usuários, pelos investimentos não executados, previstos para o quinquênio 2008 - 2012."

Diante do exposto, entendo inapropriada a anulação ou conversão das penas de multa em advertência, motivo pelo qual afasto o argumento sustentado sob o item V.

IV) CONCLUSÃO

Por todo o exposto, entendo por não acatar os pedidos formulados em grau de Recurso e proponho ao Conselho - Diretor:

¹⁹ Que tratou da 2ª Revisão Quinquenal da Concessionária CEG Rio.



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

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CFG, porque tempestivo, e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se íntegra a Deliberação AGENERSA nº. 2264/2014.

Assim voto.

Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro - Relator



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003 344/2014

Data 20/05/2014 Fls: 371

Rubrica: R04. 104444789.9

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2547

DE 26 de Maio de 2015

PLANO PLURIANUAL DE
INVESTIMENTOS
CONCESSIONÁRIA CEG.

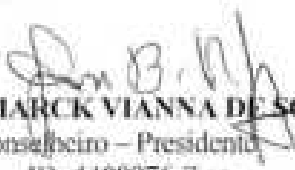
O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório E-12/003/344/2014, por unanimidade,

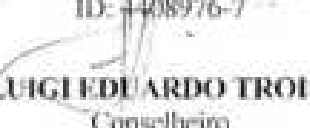
DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária CEG, porque tempestivo, e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se íntegra a Deliberação AGENERSA nº 2264/2014.


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


Rio de Janeiro, 26 de Maio de 2015.


JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA
Conselheiro – Presidente
ID: 4408976-7


LUIGI EDUARDO TROISI
Conselheiro
ID: 4429960-5


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
Conselheiro
ID: 3923473-8


MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro
ID: 4356807-6


ROOSEVELT BRASIL FONSECA
Conselheiro – Relator
ID: 4408294-0