

EXCELENTÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGENERSA.

RECEBIDO
PRESIDÊNCIA

Em 11/10/2019

Horário: 12h:00m

Assinatura de Souza
ID: 551235

Assinatura / Matrícula

Processo Regulatório nº E- 12/003/100.183/2018

COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO - CEG e

CEG RIO, pessoas jurídicas, concessionárias de serviço público de distribuição de gás canalizado no Estado do Rio de Janeiro, sediadas na Avenida Presidente Vargas, n.º 1.001, 7º e 9º andares, Centro, nos autos do processo regulatório em epígrafe, vêm respeitosamente à presença desse ínclito Conselho Diretor, apresentar, tempestivamente:

RECURSO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

em face da Deliberação AGENERSA nº. 3.938/2019, segundo as razões que se seguem.

I – DA TEMPESTIVIDADE

O artigo 78 do Regimento Interno dessa AGENERSA, aprovado pela Resolução do Conselho Diretor n.º 394, de 24/09/2013, estabelece o prazo de 10 (dez) dias para interposição de Recurso.

Convém assinalar que a Deliberação AGENERSA n.º 3.938/2019 foi publicada no Órgão Oficial do Estado do Rio de Janeiro no dia 30/09/2019.

Portanto, o prazo para a interposição do presente Recurso finda em 10/10/2019, razão pela qual preenche o requisito da tempestividade, devendo o mesmo ser conhecido por esse respeitável Conselho Diretor.

UPO	INFORMATIZADO/DIGITALIZADO
AGENERSA	PROTO
Documento Gerador	Data e Rubrica
08/Agencia Protocolo	11/10/2019
AGENERSA Protocolo	
ID 6578	
Data 10/10/2019	
Horário 15:52	
Rubrica	
Fernanda da Silva Funcional 443 1027-7 Assistente - SECEX AGENERSA	

II – DO RELATO

Em 18/06/2019, o Conselho-Diretor dessa AGENERSA editou a Deliberação AGENERSA nº. 3.873/2019, regulamentando, de modo amplo, o tratamento tarifário atinente aos autoprodutores, auto-importadores e consumidores livres.

Tal deliberação foi objeto de Embargos por diversos interessados, inclusive por essas Concessionárias.

Novamente apreciado em sessão regulatória, essa AGENERSA entendeu, em resumo, ter extrapolado o objeto do presente processo, de modo que a deliberação embargada poderia *“ser classificada como decisão ultra e extra petita. Isto é, uma decisão que vai além do pedido inicial e que confere pleitos sequer formulados”*, por isso declarando-se a nulidade daquela decisão.

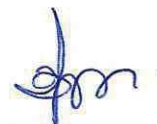
Entendendo-se, no entanto, que o processo se encontrava maduro para o proferimento de uma *“nova decisão”* naquela mesma oportunidade de julgamento de Embargos, é que foi editada a deliberação ora recorrida, nos seguintes termos

**“DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3938 de 26 DE SETEMBRO
DE 2019.**

**CONCESSIONÁRIAS CEG e CEG RIO. Of. Casa
Civil nº 1.077/2018.**

**O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE
ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE
JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e
regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo
Regulatório nº E-12/003/100183/2018, por unanimidade,**

DELIBERA:



Naturgy
Av. Presidente Vargas, 1001
7º e 9º andares - Centro - 20071-004
Rio de Janeiro - RJ - Brasil
Tel.: +55 21 3115-6565
www.naturgy.com.br

Art. 1º - Receber todos os Embargos de Declaração opostos, já que tempestivos, julgando parcialmente procedentes os apresentados pela Marlim Azul e pela Petrobras, no que diz respeito a nulidade apontada, quanto aos excessos em que incorreram a Deliberação AGENERSA nº 3.873/2019, anulando referida decisão, em respeito ao Princípio da Congruência e na garantia do Princípio do Devido Processo Legal e seus consectários;

Art. 2º - Por entender que o processo já está maduro para julgamento, não carecendo de novas diligências, especialmente perante a manifestação de todos os interessados a respeito do objeto inicialmente proposto, bem como da aderência da nova gestão do Poder Concedente ao pedido realizado pela gestão anterior, cujo ofício provocou a instauração do presente processo, decido a questão que nos foi apresentada da seguinte forma:

I – Entender que a Deliberação AGENERSA nº 3.244/2017, por uma questão de isonomia, se aplica aos novos consumidores livres da categoria termelétrica, que sejam providos de gás por ramal específico e exclusivo, aprovando a redução para 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento) nas margens das concessionárias CEG e CEG RIO;

II – Entender que é aplicável aos novos consumidores livres da categoria termelétrica o expurgo da margem de distribuição das concessionárias CEG e CEG RIO no percentual de 1,9% (um inteiro e nove décimos por cento), em se tratando de parcela relativa aos encargos de comercialização da molécula do gás natural, quando



referidos consumidores não adquirem gás diretamente das concessionárias, independente da supridora;

III – Esses entendimentos deverão ser adotados, a partir da publicação desta deliberação;

Art. 3º - Entender prejudicados os demais Embargos de Declaração opostos, em razão da alteração que foi procedida na decisão original, motivada pela declaração de nulidade da Deliberação AGENERSA nº 3.873/2019, por se tratar de decisão que extrapola os limites do objeto do presente processo;

Art. 4º - A presente deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.”

Como bem se demonstrará a seguir, todavia, a decisão em comento possui gravíssimos vícios, inclusive de legalidade, razão pela qual merece ser declarada nula.

Como uma primeira providência, porém, **faz-se necessário seja concedido efeito suspensivo quanto aos efeitos do art. 2º, da deliberação em espeque, na forma do disposto no art. 79, §2º e segundo as razões, fáticas e jurídicas, a seguir apresentadas.**

III – DA SUPRESSÃO DE ETAPA PROCESSUAL. DO PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. DAS DÚVIDAS QUANTO AOS COMANDOS NORMATIVOS E DO CONSEQUENTE PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO

Conforme se verifica da deliberação recorrida, a declaração de nulidade da Deliberação AGENERSA nº. 3.873/2019, com conseguinte prolação de nova decisão na mesma oportunidade de julgamento, foi justificada no entendimento de que “o processo já está maduro para julgamento, não carecendo de novas diligências,



especialmente perante a manifestação de todos os interessados a respeito do objeto inicialmente proposto", e fundamentado no princípio do devido processo legal.

Com a devida vênia a esse ínclito Conselho-Diretor, contudo, a declaração de nulidade de uma deliberação, com proferimento de nova decisão na mesma oportunidade, **em sede de Embargos**, viola, flagrantemente, o devido processo legal, especialmente o direito de contraditório e de ampla defesa.

Conforme já abordado, o entendimento dessa Agência tem como pressuposto a compreensão de que a Deliberação AGENERSA nº. 3.873/2019 se caracterizaria como *ultra-petita* e *extra-petita*, uma vez que seus termos "*vão além do pedido inicial e que confere pleitos sequer formulados*". Evolui-se nesse entendimento para considerar que, em casos como este, deve-se "*preservar a parte que se coaduna com o objeto do processo*".

Acontece que, apesar de ambas as deliberações fazerem menção a expurgo de encargos de comercialização e à concessão de desconto tarifário em razão de abastecimento por ramal dedicado, fato é que existem especificidades que as tornam absolutamente distintas.

A própria restrição quanto aos beneficiados é um dado a ser esclarecido. Afinal, como deve ser interpretado o termo "*novos agentes livres da categoria termelétrica*"? Dito de outro modo, uma termelétrica cativa que se torna livre é um "*novo agente termelétrico*" ou "*novo agente termelétrico*" é aquele que atualmente não é atendido pela rede de distribuição da concessionária?

Outra dúvida: uma vez que a exceção foi feita apenas para os consumidores livres termelétricos, deve-se considerar que para todos demais "*novos agentes*" subsiste a restrição imposta na Deliberação AGENERSA nº. 3.243/2017, relacionada com a aquisição de gás de mesma supridora?



Outra distinção entre tais deliberações e que suscita dúvida refere-se à eficácia do inciso I, do art. 2º da Deliberação AGENERSA nº. 3.938/19, a seguir rememorada:

“I – Entender que a Deliberação AGENERSA nº 3.244/2017, por uma questão de isonomia, se aplica aos novos consumidores livres da categoria termelétrica, que sejam providos de gás por ramal específico e exclusivo, aprovando a redução para 22,5% (vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento) nas margens das concessionárias CEG e CEG RIO;”

É que, como é de conhecimento dessa Agência Reguladora, a Deliberação AGENERSA nº. 3.244/2017, expressamente mencionada no dispositivo recorrido, foi revogada por meio do art. 12, da Deliberação AGENERSA nº. 3.862/2019, editada nos autos do processo regulatório nº. E-22/007.300/2019.

É bem verdade que a Deliberação AGENERSA nº. 3.862/2019 está, atualmente, sem produzir efeito, uma vez que sua eficácia se encontra suspensa por força de oposição de Embargos. Mas, fato é, que essa AGENERSA já agendou o julgamento do caso, para o dia 10/10/2019, quando a mesma voltará a produzir efeitos, operando-se, com isso, a revogação da Deliberação AGENERSA nº. 3.244/2017.

Veja-se que, apesar de subsistirem dúvidas quanto aos novos comandos normativos, não há a possibilidade de as Recorrentes se valerem dos Embargos, enquanto medida processualmente adequada para aclarar a decisão.

Isso porque, a declaração de nulidade da Deliberação AGENERSA nº. 3.873/2019, seguida da prolação de nova decisão, foi a título de acolhimento dos Embargos da Marlim e da PETROBRAS, indicando, com isso, se tratar de uma decisão “em sede de” Embargos.



É possível afirmar, de plano, o total equívoco incorrido por essa douda Agência Reguladora, uma vez que, ao se declarar a nulidade de uma decisão é como se a mesma deixasse de existir no mundo jurídico. Assim sendo, a conseguinte prolação de nova decisão em sede de Embargos caracteriza a anômala situação de existir uma decisão a respeito de um Embargos, sem, contudo, que exista a decisão embargada.

Afinal, a Deliberação AGENERSA nº. 3.938/2019 é uma decisão de Embargos em face de qual deliberação, considerando que a Deliberação AGENERSA nº. 3.873/2019 deixou de existir?

Afora tão evidente ilegalidade processual, consubstanciada na supressão de uma etapa processual, suficiente, por si só, para demandar a declaração de nulidade (também) da deliberação recorrida, tal situação anômala acarreta claro prejuízo ao contraditório e à ampla defesa das Concessionárias.

Isso porque, como se sabe, segundo o Regimento Interno dessa AGENERSA não há previsão de oposição de Embargos em face de deliberação que apreciou Embargos (Embargos dos Embargos).

Veja-se, portanto, o enorme prejuízo causado às Concessionárias, que se veem diante de uma decisão nova, a respeito da qual subsistem dúvidas quanto a sua abrangência e sua aplicação prática, mas que, tendo sido prolatada em sede de Embargos, não há como se requerer dessa Agência os necessários esclarecimentos e/ou ajustes.

Diante desse insuperável entrave, bastante para evidenciar que a produção de efeitos da deliberação recorrida importará em indubitável prejuízo às Concessionárias, uma vez que **sem os esclarecimentos suscitados não há como cumprir com o disposto no art. 2º, da Deliberação AGENERSA nº. 3.938/2019, mostra-se necessário que seja imediatamente concedido efeito suspensivo ao**



dispositivo, tal como previsto no art. 79, §2º, do Regimento Interno dessa AGENERSA, até que a questão seja efetivamente esclarecida e decidida.

Pelo o todo o aqui exposto, roga-se, primeiramente, pela concessão prévia de efeito suspensivo no que tange ao art. 2º, da Deliberação AGENERSA nº. 3.938/2019, e, no mérito, seja declarada a nulidade do dispositivo, em face dos vícios apontados.

IV – DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO JUIZ NATURAL

A Deliberação AGENERSA nº. 3.938/2019 possui, para além dos vícios demonstrados no tópico anterior, outra irregularidade de cunho processual, a qual, de mesmo modo, deve ensejar a declaração de nulidade da decisão por parte dessa Agência Reguladora.

A presente razão de recurso se liga aos **princípios do devido processo legal e do juiz natural**, este último previsto no inciso XXXVII, do art. 5º da Constituição Federal, o qual volta-se, especialmente, à garantia da imparcialidade do julgamento, impedindo que se instaure uma espécie de jurisdição de exceção, observando-se, em consequência, as respectivas regras de competência.

Nesse sentido, é cogente que sejam observadas e cumpridas as regras regimentais dessa Agência Reguladora, valendo destacar, com relação ao que ora se alega, o contido no art. 49, *caput*:

Art. 49 - Ao Conselheiro-Relator caberá a condução do processo regulatório e a determinação das diligências que reputar necessárias.

Isso porque, conforme expressamente consta da Deliberação recorrida, o comando previsto no art. 2º, inciso I, quando menciona “*entender que a Deliberação*



AGENERSA nº 3.244/2017, por uma questão de isonomia, se aplica aos novos consumidores livres da categoria termelétrica”, deixa claro se tratar de uma alteração de entendimento a respeito de uma deliberação já existente¹.

Acontece que a deliberação mencionada foi editada em outro processo regulatório, a saber, o de nº. E-12/003.410/2016, cujo Relator é o ilustre Conselheiro Tiago Mohamed, sorteado na forma regimentalmente prevista.

Do mesmo modo, o inciso II, do mesmo art. 2º, dispõe sobre o expurgo da “parcela relativa aos encargos de comercialização da molécula do gás natural”, o que, por sua vez, foi objeto de análise no bojo da Deliberação AGENERSA nº. 3.243/2017², editada nos autos do processo regulatório E-12/003.408/2016, também de Relatoria do ilustre Conselheiro Tiago Mohamed.

Verifica-se, disso, uma dupla ilegalidade incorrida pela Deliberação AGENERSA nº. 3.938/2019: (i) primeiro, por alterar comandos normativos editados em processos distintos; (ii) segundo, porque as alterações foram realizadas por outro Conselheiro que não aquele(s) escolhido(s) de acordo com as regras regimentais. Com relação a esse segundo ponto, importante ressaltar que não se trata, de modo algum, de pôr em suspeita a atuação do ilustre Conselheiro José Carlos dos Santos Araújo, merecedor do máximo respeito por parte das Recorrentes. Cuida-se, apenas, de pugnar pelo cumprimento das regras previstas no Regimento Interno.

A toda evidência, não se pode admitir que um Conselheiro altere conclusões alcançadas em processos distintos, *maxime* quando da relatoria de outro Conselheiro, sem que isso resulte em flagrante ilegalidade.

Assim sendo, também por violação aos princípios do devido processo legal e do juiz natural, o art. 2º, da Deliberação AGENERSA nº. 3.938/2019, deve ser declarado nulo.



¹ A referida deliberação apreciou Recurso à Deliberação AGENERSA nº. 3.164/2017.

² Integrando a Deliberação AGENERSA nº. 3.163/2017.



V – DA NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO AO CONTRATO DE CONCESSÃO. DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O art. 2º, da Deliberação AGENERSA nº. 3.938/2019, merece ser declarado nulo, também, por força do princípio da segurança jurídica.

Para o argumento que ora se inicia, vale reiterar, conforme já mencionado em oportunidade anterior desta peça, que ambos os descontos tarifários versados nos incisos I e II, do art. 2º, da Deliberação AGENERSA nº. 3.938/2019, já foram objetos de análises específicas por parte dessa Agência Reguladora: **(i)** o expurgo atinente aos encargos de comercialização, no bojo da Deliberação AGENERSA nº. 3.243/2017, editada no processo regulatório nº. E-12/003.408/2016; **(ii)** e o desconto em razão de abastecimento por ramal específico e exclusivo, no bojo da Deliberação AGENERSA nº. 3.244/2017, editada no âmbito do processo regulatório nº. E-12/003.410/2016.

Em ambos os processos as Concessionárias alegaram a necessidade de formalização de termos aditivos aos contratos de concessão, sob o argumento de que a fixação dos descontos (por exclusão de encargos de comercialização e por se tratar de abastecimento por ramal dedicado) importaria em alteração das respectivas cláusulas sétimas, §§18, dos contratos de concessão.

A AGENERSA, naquelas oportunidades, asseverou que a necessidade de formalização de termo aditivo não prosperava, uma vez que, na verdade, as hipóteses tratadas em um e em outro processo eram distintas daquela descrita no referido §18, da cláusula sétima. Um dos argumentos suscitados por essa Agência Reguladora foi no sentido de que **(i)** o consumidor livre que faria jus a tais “descontos” seria aquele que não adquirisse gás da mesma supridora das Concessionárias, o que se diferenciava da literalidade do §18, da cláusula sétima, uma vez que este faz referência ao consumidor livre que adquire gás “da mesma supridora” das Concessionárias.

A esse respeito, veja-se o que constou do voto que analisou o Recurso interposto em face da Deliberação AGENERSA nº. 3.243/2017, *verbis*:



“É certo que o consumidor livre é agente previsto nos Contratos de Concessão das Delegatárias, o que poderia ensejar a adoção da tese recursal sobre a necessidade de aditivo contratual para a fixação, a esse agente, do percentual de 1,9% (um vírgula nove por cento).

Ocorre que, como dito, a hipótese dos autos não se refere àquela estabelecida na cláusula sétima, §18º, dos Contratos de Concessão de CEG e CEG RIO. Diz respeito ao consumidor livre que adquirir gás diretamente de outros fornecedores que não os das recorrentes.”

Ora, interpretando o entendimento dessa própria Agência Reguladora é possível afirmar que eventual fixação de desconto tarifário para consumidor livre que adquira gás do mesmo supridor das Concessionárias demanda a formalização de termo aditivo.

Acontece que, na forma do inciso II, do art. 2º, da Deliberação recorrida, o consumidor livre termelétrico fará jus ao percentual de desconto de 1,9%, atinente ao expurgo dos encargos de comercialização, *“independente da supridora”*, o que, por óbvio, contempla a hipótese em que esse agente adquirir gás da mesma supridora das Concessionárias. Frise-se que a Deliberação recorrida não faz qualquer menção à necessidade de formalização de termo aditivo.

Quer se chamar atenção para a impossibilidade de manutenção do referido dispositivo, notadamente porque conflitante com a regra prevista nos respectivos contratos de concessão. **Frise-se que a própria Agência Reguladora já entendeu nesse sentido.**

Com efeito, a anulação do inciso II, do art. 2º, da Deliberação AGENERSA nº. 3.938/2019, uma vez que conflitante com os termos ajustados nos contratos de concessão, se consubstancia, em última análise, na observância ao princípio da



segurança jurídica, o qual *“visa a preservar a estabilidade nas relações, situações e vínculos jurídicos. Dentre suas consequências estão: proibição, em geral, de retroatividade dos atos administrativos; impedimento de aplicação de nova interpretação a situações pretéritas; proibição de anulação de atos administrativos de que decorrem efeitos favoráveis aos destinatários, após longo tempo; respeito aos direitos adquiridos; preservação de efeitos de atos e medidas praticados por servidores de fato.”*³

A toda evidência, a estrita observância do disposto na indigitada cláusula sétima, §18, consiste num direito adquirido das Concessionárias, uma vez que decorrentes de um ato jurídico perfeito, a saber, o(s) contrato(s) de concessão.

Forte nessa linha de argumentação, demonstra-se, uma vez mais, a necessidade de declaração de nulidade do art. 2º, da Deliberação AGENERSA nº. 3.938/2019.

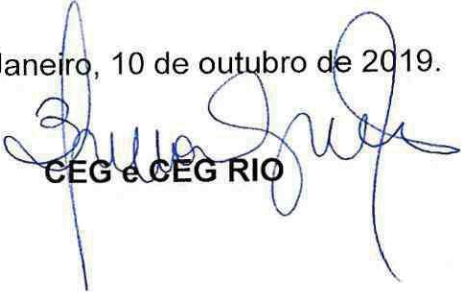
VI – DA CONCLUSÃO

Em vista de todo o exposto, requerem os Recorrentes, primeiramente, seja concedido efeito suspensivo, de modo a suspender os efeitos do art. 2º, da Deliberação recorrida. No mérito, forte nas razões de direito apresentadas, requer-se seja declarada a nulidade do art. 2º, da Deliberação AGENERSA nº. 3.938/2019.

Termos em que,

P. Deferimento.

Rio de Janeiro, 10 de outubro de 2019.


CEG e CEG RIO

³ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 19ª ed. rev. e atual. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. P. 217.

