

# DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1163

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1163

DE 26 DE JULHO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA CEG RIO - REVISÃO QUINQUENAL DE TARIFAS.

O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-04/077.488/2002 (Apensos: E-04/887.053/98; E-04/077.650/2002; E-33/110.087/2005 e E-12/020.183/2011), por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Estabelecer novo prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação, para que a Concessionária CEG RIO apresente as justificativas, acompanhadas da respectiva documentação comprobatória de suas alegações, para o não atendimento das metas físicas estipuladas na Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 611, de 26/04/2005;

Art. 2º - Determinar que a CAENE e a CAPET, no prazo de 30 (trinta) dias após a apresentação da documentação acima determinada, elaborem as devidas análises e manifestações, inclusive sobre a observância, pela Concessionária, dos princípios da eficiência e da economicidade.

Art. 3º Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de julho de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza

Conselheiro -Presidente

Darcilia Aparecida da Silva Leite

Conselheira - Relatora

Luigi Eduardo Troisi

Conselheiro

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro

Processo nº. E-04/077.488/2002 (Apensos: E-04/887.053/98<sup>i</sup>; E-04/077.650/2002<sup>ii</sup>; E-33/110.087/2005<sup>iii</sup> e E-12/020.183/2011<sup>iv</sup>)

Data de Autuação 05/08/2002

Concessionária CEG RIO

Assunto Revisão Quinquenal de Tarifas

Sessão Regulatória 26/07/2012

Serviço Público Estadual

Processo nº E-04/077.488/2002Data 05/08/2002 Fls.: 4011Rúbrica: f

### Relatório

O presente processo encontra-se em fase de acompanhamento do cumprimento da Deliberação AGENERSA/CD nº. 996<sup>1</sup>, de 29/02/2012.

Por despacho às fls. 3.981, a SECEX remete o feito à CAENE, "(...) para instrução, quanto às determinações dos arts. 5º e 6º da Deliberação AGENERSA nº. 996/12".

Na data de 17/04/2012, a CEG protocoliza nesta Agência a correspondência PRESI-004/12<sup>2</sup>, na qual defende que "(...) não deixou de cumprir as determinações consignadas na **Deliberação AGENERSA n 611/2005**"; aponta que "**Malgrado não se ignore o poder-dever que incumbe a essa Agência de promover o acompanhamento do serviço concedido, no âmbito do qual se insere, por certo, a fiscalização a que ora se cogita, impõe-se sublinhar questões de elevada relevância que impedem o curso desta empreitada, a esta altura dos acontecimentos**"; nota que ll

<sup>1</sup> DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 996 DE 29 DE FEVEREIRO DE 2012. CONCESSIONÁRIA CEG RIO - REVISÃO QUINQUENAL DE TARIFAS. O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-04/077.488/2002 (Apensos: E-04/887.053/98; E-04/077.650/2002; E-33/110.087/2005 e E-12/020.183/2011), por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de advertência, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, devido aos descumprimentos referentes ao art. 5º, caput e §3º da Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 611, de 26/04/2005.

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de advertência, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, devido ao descumprimento referente ao art. 8º da Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 611, de 26/04/2005.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de advertência, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, devido ao descumprimento das determinações referentes à Cláusula Segunda, itens 2.1.2, alíneas A e C e 2.4, todos do Termo Aditivo celebrado em 04/08/2005.

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

Art. 5º - Determinar que a CEG RIO apresente, no prazo de 30 (trinta) dias, as justificativas, acompanhadas da respectiva documentação comprobatória de suas alegações, para o não atendimento das metas físicas estipuladas na Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 611, de 26/04/2005.

Art. 6º - Determinar que a CAENE e CAPET, no prazo de 30 (trinta) dias após a apresentação da documentação acima determinada, elaborem as devidas análises e manifestações, inclusive sobre a observância, pela Concessionária, dos princípios da eficiência e da economicidade.

Art. 7º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 29 de fevereiro de 2012.

José Bismarck V. de Souza - Conselheiro-Presidente; Darcília Aparecida da Silva Leite - Conselheira-Relatora; Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro; Sergio Burrowes Raposo - Conselheiro.

<sup>2</sup> Fls. 3983/3986 - encaminhada ao Presidente da AGENERSA e remetida à CAENE (em 24/04/2012), para a ciência e juntada aos autos, mediante a CI AGENERSA/SECEX n.º 237, de 18/04/2012 - fls. 3982.

"(...) o assunto em tela remonta à primeira revisão de tarifas, respeitante ao quinquênio de 2003 a 2008, julgada por essa Agência mediante Deliberação editada no ano de 2005"; que "Após isso, concluiu-se em 2009 o processo da segunda revisão quinquenal, com a edição da **Deliberação AGENERSA nº. 370/09**, no bojo do processo **E-12/020.215/2007**, oportunidade em que foram evidentemente examinados os reflexos da primeira revisão"<sup>3</sup>; realça que "(...) as revisões ordinárias e periódicas do contrato propiciam uma análise de todas as circunstâncias envolvidas na sua execução, bem como uma visão ampla e irrestrita de todos os impactos a ela relativos"; analisa que "Considerando as diversas questões conjunturais e os diversos aspectos da execução contratual, é plausível afirmar que os processos regulatórios ainda pendentes de decisão deveriam necessariamente ser levados em consideração nesse momento, sendo absorvidos pela decisão final proferida ao término de uma Revisão Quinquenal"; destaca "(...) as **Deliberações AGENERSA nºs 370/2009 e 462/2009**"; pondera que "(...) após uma Revisão Quinquenal, os processos administrativos anteriores, que forneçam dados ou desloque questões para a revisão, perdem naturalmente o seu objeto, haja vista a relação de continência traçada entre eles"; que "Trata-se (...) de um consectário lógico do próprio trabalho desempenhado no curso de um processo revisional de tarifas, porquanto não faria nenhum sentido imaginar que estes outros processos pudessem posteriormente alterar elementos e informações que serviram de base para a fixação da estrutura tarifária atualizada"; que "A atividade reguladora durante o período da revisão quinquenal, ordinária e mais abrangente, certamente terá absorvido a análise daqueles processos específicos e extraordinários, cujo exame esteve contido na revisão"; afirma que "(...) qualquer processo regulatório pode chegar, ainda que indiretamente, a afetar a situação financeira da empresa concessionária ou, até mesmo, influir na forma de prestação de seu serviço, com possíveis reflexos econômicos"; que "(...) nem todos estes processos serão absorvidos pela revisão quinquenal, mas tão-somente aqueles que tratarem especificamente de questões correlatas à política tarifária"; ressalta que "(...) os processos regulatórios que não guardam uma relação direta com as tarifas a serem praticadas pelo concessionário não precisam ser obrigatoriamente analisados pela Agência reguladora à época da revisão tarifária. Até porque, caso contrário, o seu principal objetivo não seria atingido"; argumenta que "(...) na hipótese de se sustentar que a Agência reguladora deveria analisar todos os processos que poderiam influenciar direta ou indiretamente nas tarifas a serem praticadas, aqui externado a título de exemplo, a revisão tarifária dificilmente seria levada a cabo em tempo razoável, uma vez que o lapso temporal necessário para analisar e julgar todas as questões inerentes à concessão seria demasiadamente longo e, por isso, a própria revisão tarifária perderia sua função primordial de equilibrar econômica e financeiramente o contrato de concessão"; que "(...) parece claro que há, de fato, determinados processos cujo julgamento influi

<sup>3</sup> "(...), por lógico, deve um processo de revisão tarifária ter por base o quadro atual da concessão, a compreender o resultado do rearranjo tarifário promovido nos cinco anos anteriores".

*diretamente nos atos e demais procedimentos subsequentes e, portanto, seu objeto necessariamente está contido naquele dos processos de revisão ordinária"; que "Nesta hipótese, portanto, é evidente que, em tais casos, estes processos perdem seu objeto após o julgamento da revisão periódica"; considera que "(...) a segunda revisão quinquenal, que já se encontra em vias de ser superada pela terceira, absorveu in totum a revisão anterior, haja vista dispor de objeto mais amplo e para o qual foi proferida decisão mais recente"; que "(...) sendo impositivo analisar a concessão como um processo contínuo e uno, e não como um conjunto de atos e ações isolados, vê-se que os investimentos estudados e determinados pela segunda revisão partiram da base fornecida pela primeira, tanto em termos físicos como financeiros"; assinala que "(...) determinados investimentos, que não foram concluídos ao longo do segundo ciclo da concessão (2003-2008), foram expressamente incluídos pela concessionária em sua proposta para o segundo processo de revisão quinquenal"; salienta que "(...) após acurado exame do Poder Concedente, este manifestou sua expressa anuência à inclusão daqueles mesmos investimentos no montante de recursos a ser empregado ao longo do terceiro ciclo (2008-2012) (...)" ; entende que "(...) essa Agência, ao acompanhar a proposta de investimentos anuída pelo Poder Concedente, aprovou, por meio da **Deliberação AGENERSA nº. 370/09**, verdadeiro replanilhamento aqueles investimentos anteriormente previstos"; que "(...) em respeito à anuência do Poder Concedente, como também à própria decisão dessa Agência, não há mais que se ventilar a conferência destes investimentos no âmbito do segundo ciclo da concessão (2003-2008), mas sim como matéria afeta ao terceiro ciclo (2008-2012)"; que "(...) como o presente processo apenas e tão-somente se destina ao trato de assuntos ligados à primeira revisão quinquenal, e estes investimentos, conforme dito, foram deslocados para o período seguinte, é forçoso constatar que o mesmo não poderá ser aproveitado para a discussão da matéria"; argumenta que "(...) ainda que se admita a realização desta análise, no bojo do presente processo, o que se comenta em homenagem ao princípio da eventualidade, torna-se impositivo destacar que, por se tratar de Deliberação editada no ano de 2005, resta manifestado o fenômeno da **prescrição quinquenal**, a impedir, minimamente, a conferência dos investimentos previstos para os anos de janeiro de 2003 a abril de 2007" e requer "(...) o acolhimento dos argumentos apresentados nessa peça, de modo que a questão seja apreciada com a cautela e a razoabilidade que o caso requer, não se imputando, conseqüentemente, qualquer penalidade à CEG RIO S/A".*

Encontra-se às fls. 3.989, recibo de cópia do presente processo ao representante de Siqueira Castro Advogados em 17/05/2012<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Por meio do Ofício AGENERSA/SECEX nº. 329, de 16/05/2012 (fls. 3.988), a SECEX comunica a Siqueira e Castro Advogados que os autos encontram-se disponíveis naquela secretaria para vista e cópias, tendo em vista a autorização concedida mediante a CI AGENERSA/ASSESS/DL nº. 042, de 16/05/2012.(fls. 3.990).

Por despacho às fls. 3990-A, a CAENE afirma que "Após análise da Presi-004/2012 (...), em cumprimento ao Art. 5º da Deliberação 996/2012, não houve nenhum aspecto técnico que necessite avaliação desta CAENE" e encaminhado o feito à CAPET, "(...) para suas considerações".

Na data de 23/05/2012, a CAPET apresenta sua manifestação<sup>5</sup>, na qual aponta que "(...) analisamos o teor da correspondência da concessionária CEG-Rio PRESI-004/2012, (...) e verificamos que o pronunciamento da delegatária está adstrito a interpretações e opiniões acerca do encerramento dos ditames relativos ao primeiro ciclo revisional, consubstanciados na Deliberação 370/2009, por sua vez reforçada pela Deliberação 462/2009, as quais, no entender do missivista, esgotam as determinações do primeiro quinquídio" e afirma que "No que concerne às atribuições desta CAPET, não foram colecionados novos elementos de caráter econômico-financeiro que fundamentem uma revisão dos pronunciamentos desta Câmara Técnica, notadamente a Nota Técnica CAPET 095/2011, (...) em o despacho de 17/01/12, (...), cujas conclusões restam mantidas".

Instada a se manifestar<sup>6</sup>, a Procuradoria apresenta Parecer<sup>7</sup>, pelo qual reitera "(...) a manifestação de fls. 3893, visto que a questão discutida nos autos envolve não somente os investimentos previstos no contrato de concessão e respectivas revisões quinquenais, mas também as metas físicas que não foram atendidas, conforme artigo 5º da Deliberação AGENERSA nº. 996/2012"; entende que "Quanto à prescrição alegada na manifestação da concessionária, esta não pode ser acolhida, visto que, em momento algum, o processo ficou paralisado por período suficiente para ensejar a prescrição intercorrente (artigo 74, § 1º da Lei 5427/2009)"; ilumina o disposto no § 2º do mesmo dispositivo legal<sup>8</sup> e que "(...) como a matéria vem sendo objeto de apuração pela AGENERSA com o intuito de verificar o atendimento das determinações pertinentes a revisão quinquenal, não se pode constatar a existência de prescrição, por inexistir inércia do ente público".

Encontra-se às fls. 4.000, recibo de cópia do presente processo ao representante de Siqueira Castro Advogados em 15/06/2012<sup>9</sup>, fornecida pela SECEX, que remete o feito remetido ao meu Gabinete em 19/06/2012<sup>10</sup>. *u*

<sup>5</sup> Fls. 3991.

<sup>6</sup> Em razão do despacho de fls. 3991v.

<sup>7</sup> De lavra do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento - fls. 3992.

<sup>8</sup> "§ 2º Interrompe-se a prescrição:

I, pela notificação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;

II, por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;

III, pela decisão condenatória recorrível" (grifos como no original).

<sup>9</sup> Na data de 13/06/2012, a CEG RIO, por meio do escritório ia Siqueira e Castro Advogados protocoliza nesta Agência petição (fls. 3.995/3.998 - comunicada através da CI AGENERSA/ASSESSORIA/SECEX nº. 094, de 13/06/2012 - fls. 3.994, e enviada ao meu Gabinete mediante a CI nº. 40/2012 PROCURADORIA DA AGENERSA - fls. 3.993) através da qual solicita cópia integral do presente feito, pleito que é autorizado (fls. 3.994), sendo os autos remetidos à SECEX (fls. 3.998v) para as citadas providências. Por meio do Ofício AGENERSA/SECEX nº. 398, de 15/06/2012 (cópia às fls. 3.999, acostado aos autos através do Termo de Juntada de Documentos de fls. 4.001) a SECEX comunica ao

Mediante o Ofício AGENERSA/ASSESS/DL nº. 064, de 25/06/2012<sup>11</sup>, a assessoria de meu Gabinete encaminha à CEG RIO cópia integral do presente feito, comunica a conclusão de sua instrução e assina o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de razões finais.

Consta, às fls. 4.003, certificação informando a respeito da renumeração de folhas autuadas em duplicidade.

Na data de 06/07/2012, a CEG RIO, por meio do escritório Siqueira Castro Advogados, protocoliza nesta Agência petição<sup>12</sup>, na qual, inicialmente, aponta a tempestividade da apresentação das razões finais<sup>13</sup>; indica a "ausência de apreciação dos argumentos trazidos pela Concessionária em sede de justificativas", sob o argumento de que "(...) a análise do processo evidencia que não foi dispensada às suas considerações a devida atenção por parte dessa Agência, na medida em que não se teve, até o presente momento, qualquer espécie de análise, seja técnica ou jurídica"; cita as manifestações da CAENE, da CAPET e da Procuradoria; afirma que "(...) deixaram os ilustrados órgãos de assessoramento de enfrentar o fato de que diversos investimentos previstos na primeira revisão quinquenal de tarifas da CEG RIO foram realocados no quinquênio seguinte, de acordo com o que ficou decidido na segunda revisão"; que "Nesse sentido, o que foi afirmado pela Concessionária é que tais investimentos foram absorvidos pela segunda revisão quinquenal, e, portanto, transferidos, por decisão dessa Agência, e anuência do Poder Concedente, para o quinquênio seguinte, razão pela qual incabível o monitoramento destes investimentos neste processo"; não compreende "(...) qual o alcance que a d. Procuradoria pretendeu dar à sua afirmação no sentido de que 'a questão discutida nos autos envolve não somente os investimentos previstos no contrato de concessão e respectivas revisões quinquenais, mas também as metas físicas que não foram atendidas'; indaga "Se os investimentos foram transferidos para o quinquênio seguinte, é evidente que também o foram as metas físicas. Uma coisa é consequência da outra. Como cumprir metas físicas sem investimento?"; afirma que "Esperava-se que esta realidade fosse apurada neste estágio de instrução processual, por meio do confronto dos investimentos pretensamente não realizados no segundo quinquênio da concessão com aqueles reconhecidos e realocados para o quinquênio seguinte, mas, como visto, isto não ocorreu até o momento"; pondera que "Se assim fosse feito, em prol da adequada instrução processual, restaria inconteste

escritório de advocacia Siqueira e Castro Advogados que os autos encontram-se disponíveis naquela secretaria para vista e cópias.

<sup>10</sup> Por meio do despacho de fls. 4.001, *in fine*.

<sup>11</sup> Fls. 4002 - recebido na mesma data.

<sup>12</sup> 4004/4010.

<sup>13</sup> Salienta que "(...) o Ofício ASSESS/DL nº. 064/2012 foi recebido em 26/06/12, sendo certo que foi estabelecido o prazo de 10 (dez) dias para apresentação das razões finais" (grifos como no original).

que não mais se deve cogitar da fiscalização destes mesmos investimentos como matéria afeta ao presente processo, mas sim como assunto ínsito ao **E-12/020.215/2007**"; frisa que "(...) este procedimento de realocação de investimentos foi realizado de forma absolutamente legal, com a submissão desta proposta pela concessionária a essa r. Agência, a qual mereceu, sublinhe-se, a anuência expressa do Poder Concedente"; entende que "(...) essa Agência, ao acompanhar a proposta de investimentos anuída pelo Poder Concedente, aprovou por meio da **Deliberação AGENERSA nº. 370/09** o remanejamento daqueles investimentos anteriormente previstos para o quinquênio seguinte"; salienta que "(...) em 2009, aprovou-se o processo da segunda revisão quinquenal, oportunidade em que foram evidentemente examinados os reflexos da primeira revisão", eis que "(...) por lógico, deve um processo de revisão tarifária ter por base o quadro atual da concessão, a compreender o resultado do rearranjo tarifário promovido nos cinco anos anteriores"; aponta que "(...) considerando as diversas questões conjunturais e os diversos aspectos da execução contratual, é correto afirmar que os processos regulatórios ainda pendentes de decisão deveriam necessariamente ser levados em consideração nesse momento, sendo absorvidos pela decisão final proferida ao término de uma Revisão Quinquenal"; afirma que "Qualquer outro entendimento, que vislumbre brechas para a manutenção ad eternum de discussões no âmbito de revisões quinquenais superadas e absorvidas pelo mesmo processo realizado 5 anos depois, estará fadado a contrariar o princípio da segurança jurídica, o que a ordem constitucional pátria não admite"; conclui que "(...) sendo obrigatório considerar a concessão como um processo contínuo e uno, e não como um conjunto de atos e ações isoladas, (...) os investimentos estudados e determinados pela segunda revisão quinquenal partiram da base fornecida pela primeira, tanto em termos físicos como financeiros, o que atrai para o processo E-12/020.215/2007, por via de consequência lógica, a discussão que aqui se pretende estabelecer"; aponta a ocorrência de prescrição, citando a manifestação da Procuradoria e argumentando que "A mera tramitação do presente processo, contudo, não pode ser considerado 'ato inequívoco que importe apuração do fato', para fins de interrupção do prazo prescricional, porquanto este processo não foi autuado para a fiscalização dos investimentos aprovados no âmbito da primeira revisão quinquenal, mas sim para a realização da própria revisão"; que "Caso o entendimento manifestado pela douta Procuradoria pudesse prosperar, chegar-se-ia à absurda conclusão de que nenhuma decisão tomada no âmbito deste processo poderia prescrever, ante a mera existência do próprio processo"; entende que "No presente caso, como não houve a abertura de novo processo para a fiscalização da matéria, é necessário que o cômputo do prazo prescricional seja iniciado a partir do momento do estabelecimento do dever de realização dos investimentos, o que se deu em **31/05/2005**, com a edição da **Deliberação ASEP 626/2005**, que julgou recursos manejados em face da **Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 611, de 26/04/2005**"; defende que "Como dies ad quem, deve-se identificar o momento exato em que a suposta irregularidade foi apontada, por ato inequívoco,

Serviço Público Estadual

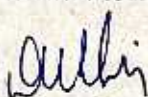
Processo nº E-04/077.488/2002

Data 05/08/2002 Fls.: 4016

Rúbrica:

ainda que para fins de apuração"; considera que "De forma razoável, poder-se-ia invocar que a concessionária somente foi inequivocamente inquirida acerca do não cumprimento das metas de investimentos com a edição da **Deliberação AGENERSA nº. 996, em 29/02/2012**, o que deixaria evidente a prescrição"; propõe "(...) para que não parem dúvidas a este respeito, (...) a realização de minucioso exame do processo, para a identificação do momento exato em que a conferência dos investimentos foi iniciada por esta Agência, o que nem de longe pode ser considerado ato inequívoco, como exige a lei, mas é a interpretação mais extremada que se pode vislumbrar com vista à caracterização da interrupção do prazo prescricional - **ainda que tecnicamente equivocada e, portanto, insustentável**"; constata que "(...) em **17/10/2011** a CAENE faz pela primeira vez alguma alusão a este assunto, ao transcrever os Anexos 1A e 1B da **Deliberação ASEP/RJ/CD nº. 611**, nos quais são previstos os dados físicos a serem cumpridos nos anos de 2005, 2006 e 2007, e confrontá-los com os dados da execução realizada pela CEG RIO"; assevera que "(...) ainda que se pudesse ignorar a exigência legal de que o ato interruptivo da prescrição deva ser inequívoco, o primeiro despacho que guarda alguma pertinência com a apuração do cumprimento dos investimentos data de **17/10/2011**, o que também deixaria isenta de dúvida a ocorrência de prescrição de qualquer pretensão punitiva dessa Agência relativamente a esta matéria, a impedir, minimamente, a conferência dos investimentos previstos para os anos de 2005, 2006 e 2007"; e requer "(...) o acolhimento dos argumentos apresentados em sede de justificativa, para reconhecer o processo regulatório **E-12/020.215/2007** como sede própria para o exame do cumprimento dos investimentos em questão, bem assim ocorrência de prescrição relativamente à pretensão punitiva dessa Agência que envolva os investimentos respeitantes aos anos de 2005, 2006 e 2007".

É o Relatório



**Darcília Leite**

**Conselheira-Relatora**

<sup>i</sup> Assunto: Avaliação da Inclusão da despesa de gestão de gás natural no balanço da Rio Gás.

<sup>ii</sup> Assunto: Atividades correlatas.

<sup>iii</sup> Assunto: Investimento na rede de distribuição (Delib. 611/05)

<sup>iv</sup> Assunto: Apurar a existência de responsabilidade da Concessionária CEG RIO - descumprimento parcial, do Plano de Investimentos aprovado na 1ª Revisão Quinquenal.

Serviço Público Estadual

Processo nº E-04/077.488/2002

Data 05/08/2002 Fm: 6017

Rúbrica: +

Processo nº. E-04/077.488/2002 (Apensos: E-04/887.053/98<sup>i</sup>; E-04/077.650/2002<sup>ii</sup>; E-33/110.087/2005<sup>iii</sup> e E-12/020.183/2011<sup>iv</sup>).

Data de Autuação 05/08/2002.

Concessionária CEG RIO.

Assunto Revisão Quinquenal de Tarifas.

Sessão Regulatória 26/07/2012.

**Serviço Público Estadual**

Processo nº E-04/077.488/2002

Data 05/08/2002 Fls.: 4018

Rúbrica: [assinatura]

### Voto

O presente processo encontra-se em fase de análise de cumprimento do artigo 5º da Deliberação AGENERSA/CD nº. 996<sup>1</sup>, de 29/02/2012 que, por entender conveniente, transcrevo abaixo:

"Art. 5º - Determinar que a CEG RIO apresente, no prazo de 30 (trinta) dias, as justificativas, acompanhadas da respectiva documentação comprobatória de suas alegações, para o não atendimento das metas físicas estipuladas na Deliberação ASEP-RJ/CD n. 611, de 26/04/2005".

O citado comando legal foi editado em razão da constatação de descumprimento das metas físicas, mas de realização da previsão financeira de investimentos do quinquênio 2003-2007, identificado pelo Grupo de el

<sup>1</sup> DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 996 DE 29 DE FEVEREIRO DE 2012. CONCESSIONÁRIA CEG RIO - REVISÃO QUINQUENAL DE TARIFAS. O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-04/077.488/2002 (Apensos: E-04/887.053/98; E-04/077.650/2002; E-33/110.087/2005 e E-12/020.183/2011), por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de advertência, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, devido aos descumprimentos referentes ao art. 5º, caput e §3º da Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 611, de 26/04/2005.

Art. 2º - Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de advertência, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, devido ao descumprimento referente ao art. 8º da Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 611, de 26/04/2005.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária CEG RIO a penalidade de advertência, com base na Cláusula Décima do Contrato de Concessão e no art. 19, inciso IV da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001, de 04/09/2007, devido ao descumprimento das determinações referentes à Cláusula Segunda, itens 2.1.2, alíneas A e C e 2.4, todos do Termo Aditivo celebrado em 04/08/2005.

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

Art. 5º - Determinar que a CEG RIO apresente, no prazo de 30 (trinta) dias, as justificativas, acompanhadas da respectiva documentação comprobatória de suas alegações, para o não atendimento das metas físicas estipuladas na Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 611, de 26/04/2005.

Art. 6º - Determinar que a CAENE e CAPET, no prazo de 30 (trinta) dias após a apresentação da documentação acima determinada, elaborem as devidas análises e manifestações, inclusive sobre a observância, pela Concessionária, dos princípios da eficiência e da economicidade.

Art. 7º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 29 de fevereiro de 2012.

José Bismarck V. de Souza - Conselheiro-Presidente; Darcília Aparecida da Silva Leite - Conselheira-Relatora; Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro.

Trabalho da AGENERSA, no bojo do processo regulatório nº. E-12/020.215/2007<sup>2</sup>, e por mim ratificado tanto no Voto proferido naqueles autos, como no Voto apresentado no presente processo, quando da avaliação do cumprimento da Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 611/2005.

**Serviço Público Estadual**

Processo nº. E-04/077.488/2002

Data 05/08/2002 Fls.: 4019

Naquela ocasião, assim me manifestei:

**Rúbrica:** 

"Da análise detida dos autos, e diante da constatação de descumprimento das metas físicas, mas de realização da previsão financeira de investimentos, entendo pertinente, antes da aplicação de eventual penalidade, que a CEG RIO justifique o não atendimento das referidas metas, apresentando a correspondente documentação que embase as suas alegações, de forma a, se for o caso, afastar eventual responsabilidade decorrente do seu descumprimento.

Isso porque, a Concessionária foi remunerada para a realização de todos os investimentos previstos para aquele quinquênio, sendo necessário verificar, inclusive, a observância aos princípios da economicidade e da eficiência, aos quais está diretamente adstrita".

Assim, da leitura do trecho acima disposto, é possível verificar que o que se pretendeu com a edição do indigitado artigo 5º da Deliberação AGENERSA/CD nº. 996/2012, era apenas e tão somente que a Concessionária justificasse o não cumprimento das metas físicas, identificado nos estudos que precederam a 2ª Revisão Quinquenal.

Em atenção à citada determinação, a CEG RIO protocoliza nesta Agência, em 17/04/2012, a correspondência PRESI-004/2012<sup>3</sup>, pela qual, em síntese, alega que o mencionado dispositivo busca, em verdade, a "(...) conferência dos investimentos previstos para o ano de janeiro de 2003 a abril de 2007"; providência que defende não ser mais possível, tendo em vista que "(...) determinados investimentos, que não foram concluídos ao longo do segundo ciclo da concessão (2003-2008), foram expressamente incluídos pela concessionária em sua proposta para o segundo processo de revisão quinquenal"; cuja proposta foi acompanhada tanto pelo Poder Concedente, quanto pela AGENERSA, razão pela qual entende que "(...) não há mais que se ventilar a conferência destes

<sup>2</sup> Que trata da 2ª Revisão Quinquenal da CEG RIO.

<sup>3</sup> Fls. 3983/3986.

investimentos no âmbito do segundo ciclo da concessão (2003-2008), mas sim como matéria afeta ao terceiro ciclo (2008-2012)"; apontando, ainda, a ocorrência de prescrição, "(...) por se tratar de Deliberação editada no ano de 2005 (...)".

Em razões finais, a Concessionária repisa tais argumentos, defendendo, ainda, a ausência de apreciação das alegações apresentadas na correspondência PRESI-004/2012 pelos órgãos técnicos da AGENERSA.

Analisando as argumentações esposadas pela CEG RIO, identifico que a Concessionária parte de uma premissa equivocada para contestar o disposto no artigo 5º da Deliberação AGENERSA/CD nº. 996/2012.

Da análise do citado comando normativo, é possível identificar que esta Agência não busca, com a sua edição, avaliar quais investimentos físicos e financeiros foram realizados pela CEG RIO no 2º quinquênio.

Isso porque tal providência já foi efetivamente identificada nos presentes autos - conforme pareceres da CAENE e CAPET, respectivamente às fls. 3.858/3.865 e 3.869/3.879 - e, também nos estudos da 2ª Revisão Quinquenal, ocasião em que a FEC/UFF analisou as metas físicas de expansão para o quinquênio 2003-2007, comparando as obras realizadas com aquelas relacionadas nos Anexos 1 A e 1 B da Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 611/2005.

Demais disso, no Voto proferido em 29/02/2012 no presente feito, citei o pronunciamento da CAENE às fls. 3.858/3.865, o qual aponta o descumprimento das metas definidas nos citados Anexos 1 A e 1 B da Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 611/2005, e que novamente reproduzo:

"Foram realizadas em 2005, 478 m de Novas Redes AP a mais que previsto, 4.281 m de rede Novas de MBP a mais que o previsto e 1.076 ramais a mais que o previsto. Em 2006 foram realizados 58 m de Novas Redes AP a mais que previsto, 15.906 m de rede Novas de MBP a menos que o previsto e 819 ramais a menos que o previsto. Em 2007 foram realizados 40.878 m de rede Novas de MBP a menos que o

*u*

Rúbrica: †  
previsto e 2683 ramais a menos que o previsto no  
Anexo 1 A.

Foram realizadas em 2005, 28.500 m de Novas Redes  
AP a menos que previsto, 9.565 m de rede Novas de  
MBP a menos que o previsto e 38 ramais a menos  
que o previsto. Em 2006 foram realizados 519 m de  
Novas Redes AP a menos que previsto, 6.025 m de  
rede Novas de MBP a menos que o previsto e 389  
ramais a menos que o previsto. Em 2007 foram  
realizados 19.969 m de rede Novas de AP a menos  
que o previsto, 5.833 m de rede Novas de MBP a  
menos que o previsto e 341 ramais a menos que o  
previsto no Anexo 1 B.

Especificamente quanto ao Município de Angra dos  
Reis, temos além dos dados acima informados foram  
realizadas em 2007, 26.000 m de Novas Redes AP a  
menos que previsto, 4.000 m de rede Novas de MBP a  
menos que o previsto e 3 ramais a menos que o  
previsto no Anexo 1B."

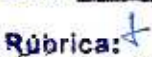
(todos os grifos como no original).

Assim, cai por terra a alegação da Concessionária, de que a Agência busca, com o citado comando normativo, o "(...) monitoramento destes investimentos neste processo".

Despiciendo esclarecer, então, que o que se pretende neste momento, repito, é apenas e tão somente que a Concessionária justifique, ou seja, explique e comprove as razões pelas quais não realizou, em sua integralidade, as metas físicas previstas para o 2º quinquênio.

Da análise das correspondências apresentadas pela CEG RIO, bem como das manifestações elaboradas pelos órgãos técnicos desta Agência, resta evidente que a Concessionária não apresentou as justificativas solicitadas, limitando-se a defender a impertinência da avaliação dos investimentos físicos e financeiros no presente momento e apontando a

u

**Rúbrica:**   
existência de prescrição, em razão da data de edição da Deliberação ASEP-  
RJ/CD n.º. 611/2005.

Especificamente sobre as manifestações técnicas da CAENE e CAPET, bem como do Parecer da Procuradoria da AGENERSA, insurge-se a Concessionária, afirmando que os citados órgãos técnicos não dispensaram a devida atenção às considerações expostas pela CEG RIO, razão pela qual defende que "(...) não se teve, até o presente momento, qualquer espécie de análise, seja técnica ou jurídica".

Analisando a argumentação acima apresentada, identifico que não assiste razão à Concessionária.

Em suas manifestações, a Delegatária tece vários argumentos, mas não apresenta as justificativas solicitadas por meio da Deliberação AGENERSA n.º. 996/2012.

Assim, a inobservância ao disposto no artigo 5º da propalada Deliberação AGENERSA/CD n.º. 996/2012 foi apontada pelos órgãos técnicos, instados a se manifestarem especificamente sobre o cumprimento do citado dispositivo.

Ou seja, CAENE, CAPET e Procuradoria tinham que, no âmbito de suas competências, analisar se a Concessionária apresentou as justificativas determinadas, e o teor das citadas justificativas.

Deixando a CEG RIO de apresentá-las, tal falta deve ser identificada pelos citados órgãos técnicos, o que foi devidamente realizado, tendo a Procuradoria – *órgão jurídico da AGENERSA* -, se manifestado, também, sobre questão afeta à sua área de atuação, rebatendo a alegação de prescrição.

Portanto, sendo a matéria apresentada pela Concessionária diversa daquela especificamente determinada no dispositivo ora apreciado e se tratando de argumento sobre o qual os órgãos técnicos desta Autarquia já se manifestaram anteriormente, não se impõe aos mesmos o dever de análise. 

Rúbrica: t

E é exatamente essa a hipótese dos autos. As alegações apresentadas pela CEG RIO passam à margem do comando contido no artigo 5º da Deliberação AGENERSA/CD n.º. 996/2012 e versam sobre matéria já devidamente apreciada por esta Agência Reguladora.

Isso porque esta Agência tem plena ciência da realocação de investimentos físicos não realizados no quinquênio 2003-2007 para o quinquênio subsequente, tanto é que homologou a revisão tarifária conforme consta no processo regulatório n.º. E-12/020.215/2007 e cuja análise será feita oportunamente.

Assim, nada há mais que se falar nesse sentido, especialmente porque, conforme repisado anteriormente, o comando disposto no artigo 5º da Deliberação AGENERSA/CD n.º. 996/2012 não tem essa finalidade.

Diante da insistência da Delegatária nesse sentido, observo que transparece nas suas alegações, em verdade, o seu inconformismo quanto à determinação contida no citado dispositivo, sendo certo que, ao longo do presente Voto, já analisei que a mesma deixou de apresentar qualquer justificativa para o não cumprimento das metas físicas.

E a citada ausência de justificativas já é suficiente para explicar os pareceres dos órgãos técnicos que, diferentemente da Concessionária, se detiveram à análise do citado comando normativo.

Isso porque, repito, as questões apontadas pela Concessionária não trouxeram novas luzes aos autos, inviabilizando a avaliação decorrente da determinação disposta no indigitado artigo 5º.

Da análise do feito, pode-se inferir que a Concessionária, não obstante a clareza do dispositivo ora em análise, parece não compreendê-lo, vale dizer, a Agência fez uma determinação bastante simples, mas a Concessionária a entende de forma completamente diversa, atribuindo-lhe uma complexidade inexistente. u

Contudo, diante de novos esclarecimentos sobre o que se pretende com o citado comando normativo, e tendo em vista os deveres contratuais da Concessionária, considero que deva ser assinado novo prazo de 30 (trinta) dias para que a CEG RIO apresente suas justificativas, o que se propõe em atenção à presunção da boa-fé, sendo certo, entretanto, que, caso a Concessionária opte por não apresentar as solicitadas justificativas para a não realização das obras físicas nos prazos apontados, sujeitar-se-á às penalidades cabíveis, decorrentes do inexplicado descumprimento de comando legal e normativo desta Agência Reguladora, qual seja, as metas dispostas nos Anexos I A e I B da Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 611/2005.

No que se refere à alegação de prescrição, também não assiste razão à Concessionária.

Isso porque, o único argumento apresentado pela CEG RIO para justificar tal alegação, consiste no fato da Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 611 ter sido editada no ano de 2005.

Ora, é cediço que a prescrição decorre da inércia da Administração Pública para eventual pretensão punitiva ou para rever seus atos, conforme expressamente disposto na Lei Estadual nº. 5.427/2009, que estabelece as normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Em ambos os casos, tal prazo é de 05 (cinco) anos.

Nesse sentido, são as palavras de José dos Santos Carvalho Filho<sup>4</sup>:

*"Prescrição administrativa, (...) é a situação jurídica pela qual o administrado ou a própria Administração perdem o direito de formular pedidos ou firmar manifestações em virtude de não o terem feito no prazo adequado."*

Assim, incidiria o fenômeno da prescrição na vertente hipótese, caso esta Agência Reguladora, durante o prazo de 05 (cinco) anos, não

*le*

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Ed. Lumen Juris, 19ª Edição, 2008, Rio de Janeiro, p. 859.

houvesse dado andamento ao processo, mantendo-o paralisado sem qualquer justificativa.

Não é essa a hipótese dos autos, como a seguir se verifica.

A Deliberação ASEP-RJ/CD n.º. 611/2005 foi editada em 26/04/2005, sendo objeto de Recursos julgados em 31/05/2005, momento em que foi editada a Deliberação ASEP-RJ/CD n.º. 626/2005.

Após a edição da citada Deliberação, a Concessionária passou a apresentar as respectivas documentações comprobatórias do atendimento aos comandos dispostos na Deliberação ASEP-RJ/CD n.º. 611/2005, conforme se pode verificar da simples leitura dos autos.

A contínua apresentação da citada documentação já bastaria para configurar a hipótese prevista no artigo 74, § 2º, II, da Lei Estadual n.º. 5.427/2009<sup>5</sup>, face à necessidade desta Autarquia analisar, de forma global e integral, o cumprimento dos comandos dispostos na Deliberação ASEP-RJ/CD n.º. 611/2005 que, diferentemente do que alega a Concessionária<sup>6</sup>, deve ser feito no bojo do presente processo, e não em outro aberto com essa finalidade, até em razão do Princípio da Economia Processual.

Não bastasse tal argumento, que por si só faz desmoronar a alegação da CEG RIO, deve-se ressaltar que, nesse ínterim, especificamente em 31/03/2009, assinalei em meu Voto - editado no processo regulatório n.º. E-12/020.215/2007<sup>7</sup> - o "(...) aparente descumprimento parcial, por parte da Concessionária, do Plano de Investimentos aprovado na primeira Revisão Quinquenal (...)".

Desta forma, ainda que não se entendesse a regular instrução processual como fato incontestavelmente interruptivo da prescrição - o que se le

<sup>5</sup> "Art. 74. Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Estadual, direta e indireta, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 2º Interrompe-se a prescrição:

II. por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato".

<sup>6</sup> Que defende que "A mera tramitação do presente processo, contudo, não pode ser considerado 'ato inequívoco, que importe apuração do fato', para fins de interrupção do prazo prescricional, porquanto este processo não foi autuado para a fiscalização dos investimentos aprovados no âmbito da primeira revisão quinquenal, mas sim para a realização da própria revisão".

<sup>7</sup> Que tratou da 2ª Revisão Quinquenal da CEG RIO.

**Rúbrica:** +  
ventila apenas em respeito às alegações da Concessionária -, o dies ad quem<sup>8</sup> para a apuração do prazo prescricional seria "(...) o momento exato em que a suposta irregularidade foi apontada (...)", que se deu em 31/03/2009 - data da prolação do Voto acima citado -, ocasião em que a Concessionária foi inequivocamente cientificada não só a respeito dos citados descumprimentos das metas físicas, mas também da necessidade de apuração de sua responsabilidade decorrente dos mesmos.

Assim, seja pelo regular andamento processual, seja pela data em que a irregularidade foi apontada, não há que se falar em prescrição, devendo a citada argumentação ser rechaçada, por ausência de amparo legal.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Estabelecer novo prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação, para que a Concessionária CEG RIO apresente as justificativas, acompanhadas da respectiva documentação comprobatória de suas alegações, para o não atendimento das metas físicas estipuladas na Deliberação ASEP-RJ/CD n.º. 611, de 26/04/2005;

- Determinar que a CAENE e a CAPET, no prazo de 30 (trinta) dias após a apresentação da documentação acima determinada, elaborem as devidas análises e manifestações, inclusive sobre a observância, pela Concessionária, dos princípios da eficiência e da economicidade.

É o Voto.



**Darcília Leite**

Conselheira-Relatora

<sup>1</sup> Assunto: Avaliação da Inclusão da despesa de gestão de gás natural no balanço da Rio Gás.

<sup>2</sup> Assunto: Atividades correlatas.

<sup>3</sup> Assunto: Investimento na rede de distribuição (Delib. 611/05)

<sup>4</sup> Assunto: Apurar a existência de responsabilidade da Concessionária CEG RIO - descumprimento parcial, do Plano de Investimentos aprovado na 1ª Revisão Quinquenal.

<sup>8</sup> Conforme defendido pela própria Concessionária, às fls. 4008, *in fine*.

**CONCESSIONÁRIA CEG RIO - REVISÃO  
QUINQUENAL DE TARIFAS.**

**O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA**, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. E-04/077.488/2002 (Apenso: E-04/887.053/98; E-04/077.650/2002; E-33/110.087/2005 e E-12/020.183/2011), por unanimidade,

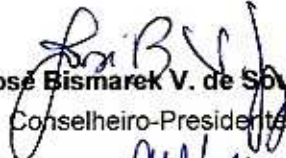
**DELIBERA:**

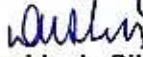
Art. 1º - Estabelecer novo prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação, para que a Concessionária CEG RIO apresente as justificativas, acompanhadas da respectiva documentação comprobatória de suas alegações, para o não atendimento das metas físicas estipuladas na Deliberação ASEP-RJ/CD nº. 611, de 26/04/2005;

Art. 2º - Determinar que a CAENE e a CAPET, no prazo de 30 (trinta) dias após a apresentação da documentação acima determinada, elaborem as devidas análises e manifestações, inclusive sobre a observância, pela Concessionária, dos princípios da eficiência e da economicidade.

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

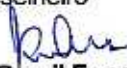
Rio de Janeiro, 26 de julho de 2012.

  
**José Bismarek V. de Souza**  
Conselheiro-Presidente

  
**Darcilia Aparecida da Silva Leite**  
Conselheira-Relatora

  
**Luigi Eduardo Troisi**  
Conselheiro

  
**Moacyr Almeida Fonseca**  
Conselheiro

  
**Roosevelt Brasil Fonseca**  
Conselheiro

Serviço Público Estadual

Processo nº. E-04/077.488/2002

Data 05/08/2002 Fls.: 4027

Rúbrica: x