



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
Processo	E-12/003/120/2017
Data	06/02/2017 Fls. 508
Rubrica	cy 502C1247

Processo n.º : E-12/003.120/2017.(Apenso: E-12/003/636/2014)
Data de autuação: 06/02/2017.
Concessionária: CEG.
Assunto: VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO TERCEIRO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE CONCESSÃO DA CONCESSIONÁRIA CEG.
Sessão Regulatória: 29/08/2017.

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD n.º 3.139/2017, de 20 de junho de 2017, cuja publicação se deu em 19 de julho de 2017.

No referido Embargos de Declaração, presente às fls. 480/484, a Concessionária sustentou, inicialmente, pelo seu cabimento e a tempestividade, uma vez que a Deliberação AGENERSA/CD n.º 3.139/2017 foi publicada em 19/07/2017 e a peça recursal protocolizado nessa AGENERSA em 24/07/2017.

No mérito, indicou suas razões para a suposta contradição e omissão desta Agência na Deliberação supracitada, conforme transcrevo em parte:

"(...)

DA EXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NA DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 3139/2017

Após a leitura e análise da deliberação em referência, bem como do voto que lhe deu azo, a Embargante observou a existência de contradição, uma vez que os ilustres Conselheiros da AGENERSA entenderam que com assinatura do 3º Termo aditivo, a meta de investimento financeiro foi alterada de R\$ 1.108,07 milhões para R\$ 977,23 milhões.

Contudo, apesar do entendimento acima exposto, a AGENERSA em momento algum confirmou o pagamento da outorga compensatória paga pela CEG como investimento realizado no quinquênio 2013/2017, no valor de R\$ 152.49 milhões. Alega a AGENERSA que não haverá reequilíbrio



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
Processo	E-12/003/120/2017
Data	06/02/2017 Fls. 509
Rubrica	cy 50201242

econômico e financeiro em favor da Concessionária, em virtude do referido pagamento, contrariando o item 2.1.4 da Cláusula Segunda do Terceiro Termo Aditivo que, frise-se, foi assinado pela AGENERSA como interveniente e anuente.

(...)

O que motiva a AGENERSA a agir dessa forma contraditória, a medida em que, por um lado, requer a devolução pela CEG do valor de R\$ 130.84 milhões na modicidade tarifária, em razão no reconhecimento da alteração da meta de investimento financeiro, contudo, por outro lado não acata o valor pago a título de outorga compensatória como investimento para esse quinquênio 2013/2017 pela CEG?

(...)

DA EXISTÊNCIA DE OMISSÃO DA DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 3139/2017

Ora, da simples leitura do art. 5º da Deliberação supracitada, depreende-se que a AGENERSA deixou de informar a data de infração que deve ser considerada para fins de cálculo da penalidade, o que é imprescindível para a fiel e perfeita execução do ato emanado.

Tal omissão poderá trazer discussões futuras acerca do correto valor da penalidade aplicada, sendo questão de segurança pública a expressa definição das datas a serem consideradas para fins do faturamento a ser aplicado para cálculo da multa.

(...)

CONCLUSÃO

Em vista de todo o exposto, requer a Embargante o acolhimento das preliminares suscitadas, com o conhecimento dos presentes embargos a fim de que sejam sanados as contradições e as omissões apontadas, afim de que seja aclarado o conteúdo da Deliberação AGENERSA n.º 3139/2017, conforme exposto ao longo da presente peça, o que se constitui medida de extremo bom senso e Justiça" (Grifos no Original)

7



Instada a se manifestar, a Procuradoria desta AGENERSA opinou, *in verbis*:

"(...)

I - Da alegação existência de "contradição" na deliberação embargada:

A embargante aponta, num primeiro momento, a existência de contradição na Deliberação AGENERSA nº 3139/2017, aduzindo:

'Contradição expressa, uma vez que considera a alteração da meta de investimento financeiro para a CEG devolver o valor referente à alteração via modicidade tarifária, contudo, não valida o investimento realizado pela Concessionária quando do pagamento da outorga compensatória, sendo que foi a mesma que possibilitou a alteração da referida meta, no mínimo contraditória tal decisão, conforme demonstradas nos arts. 1º, 3º, 7º e 8º da Deliberação em comento.'

Sobre este tema, a Procuradoria reitera, as alegações constantes da Promoção nº 04/2017 – FMMM¹, utilizando-a como parte integrante das razões do presente deste parecer jurídico:

'É oportuno aqui rememorar que o plano de investimentos da Companhia aprovado na 3ª Revisão Tarifária e assim projetados para o 4º quinquênio (2013 - 2017), prevê um montante de investimento correspondente a R\$ 1.108.000.000,00 (um bilhão, cento e oito milhões de reais), conforme os termos da Deliberação AGENERSA nº 1.796/2013. Isto significa afirmar que a CEG foi remunerada pela tarifa para realização dos aludidos investimentos.

Ocorre que a delegatária, em notas explicativas às demonstrações contábeis datado de 31/12/2016, aduz que o novo "plano de investimentos da Companhia aprovado na 3ª Revisão Tarifária, para o quinquênio 2013-2017, prevê um montante de investimento correspondente a R\$ 977.222 mil (moeda de dezembro de 2011, data da apresentação da proposta para a Revisão Tarifária ao regulador conforme contrato de concessão), já ajustado pela assinatura do 3º Termo Aditivo, tendo sido realizado até outubro/16 70,46% deste valor,

¹ Fls. 355/360.



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12.003/120/2017
Data: 06/02/2017 FLS. 511
Rubrica: 04 9020129+

sendo que a concessionária pretende cumprir a meta estabelecida até o fim do ciclo tarifário."

Ora, se estamos diante de um cenário em que a meta de investimentos alegada pela delegatária é menor c/c seu reconhecimento expresso de que pretende cumprir a meta estabelecida até o fim do ciclo tarifário, isto significa dizer que houve remuneração pela tarifa de novas metas de investimentos a menor – obrigação que pretende seja renovada para fins de cumprimento até o fim do ciclo tarifário.

Depreende-se assim que a embargante calculou a meta financeira descontando o valor pago a título de outorga compensatória². Contudo, o valor pago a título de outorga não pode ser computado para efeitos de cumprimento de metas de investimentos, o que implica reconhecer o direito legítimo e imediato dos usuários - leia-se no presente ciclo - da apropriação do quantitativo correlato e atualizado das citadas metas não realizadas pela delegatária. O valor deve ser atualizado pelo IGPM na proporção de um por um, ou seja, cada real pago na tarifa deve ser devolvido na mesma proporção aos usuários, tal como bem sustentou a CAPET às fls. 335/337.

Cumprе ressaltar que contradições existem e autorizam o manejo dos embargos quando os termos do julgado se reputam inconciliáveis/antagônicos, acarretando em dificuldades no seu cumprimento.

Como se nota, a embargante apresenta tese aduzida ao longo do processo que constitui objeto de recurso, deixando de caracterizar as hipóteses de seu cabimento: a omissão, obscuridade ou contradição da decisão embargada.

Neste ângulo de análise, afastada está a suposta alegação de contradição na deliberação embargada.

II - Da alegação existência de 'omissão' na deliberação embargada:

² Cabendo rememorar aqui, por força de previsão contratual, que o valor referente à outorga compensatória foi considerado como ativo intangível regulatório, sendo atualizado monetariamente pelo IGPM da Fundação Getúlio Vargas, inclusive para o disposto no parágrafo 6º da Cláusula Setima do Contrato de Concessão, a partir da data dos pagamentos da contraprestação.



Num segundo momento, a embargante aponta que a deliberação, ora questionada, é eivada de omissão, pois deixou de informar a data da infração que deve ser considerada para fins de cálculo da penalidade.

De acordo com a Instrução Normativa nº 001/2007, especialmente os termos do §3º, art. 14, não há dúvidas a respeito da disciplina e consideração pela AGENERSA da apuração das práticas infracionais pelas delegatárias aos respectivos instrumentos concessivos. Segundo o dispositivo em comento:

'Considera-se praticada a infração no dia do efetivo ilícito ou, quando impossível a exata apuração dessa data, o dia em que a AGENERSA obteve ciência da infração.'

Conforme se verifica no voto, às fls. 416/463, a motivação para a aplicação da penalidade pecuniária foi fundamentada na mora em razão do inadimplemento das obrigações listadas no 3º Termo Aditivo ao Instrumento Concessivo (metas físicas de investimentos nos anos de 2015 e 2016).

Portanto, a prática da infração ocorreu após o decurso do prazo previsto - fato este que é de pleno conhecimento da embargante, além de se consubstanciar em regra contratual.

Consequentemente, não há que ser reaberto julgamento por alegação de suposta omissão que é objeto de regulamentação própria. Considerando que decisão omissa é aquela em que falta alguma proposição importante ao corpo da decisão, como o enfrentamento de todos os argumentos colacionados no feito e deduzidos pelos interessados, o que não se coaduna com a presente alegação, eis que há ato normativo próprio disciplinando os critérios de aplicação de penalidade pecuniária.

Com base no exposto, afastada está a suposta omissão alegada.

III – Conclusão:

Diante do exposto, esta Procuradoria opina pelo conhecimento dos embargos declaratórios porque tempestivos e no mérito pela negativa de provimento, ante a ausência de contradições e omissões na deliberação embargada. "(grifos no original)"



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
PROCESSO:	E-12/003/120/2017
DATA:	06/02/2017 Fls. 513
RUBRICA:	04.50201247

Através do Ofício AGENERSA/CODIR/JB n.º 215/2017, a Concessionária foi instada a apresentar razões finais, o que fez através da carta DIJUR-E0788/2017 aduzindo:

A Concessionária CEG vem, respeitosamente, reiterar os termos dos Embargos de Declaração opostos e juntados às fls. 480 a 484 dos autos, por discordar do parecer da Procuradoria dessa i. Agência Reguladora, uma vez que existe contradição e omissão na Deliberação n.º 3.139/2017, objeto dos embargos.

"(...)

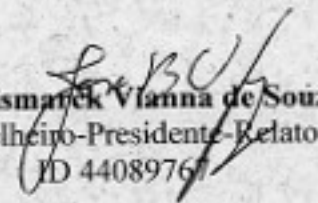
Resta contraditória a atuação da AGENERSA, na medida em que, por um lado, requer a devolução pela CEG do valor de R\$ 130.84 milhões, via modicidade tarifária, em razão do reconhecimento da alteração da meta de investimento financeiro, contudo, por outro lado, não acata o valor pago pela CEG, a título do pagamento da outorga compensatória, como investimento para o quinquênio 2013/2017.

Ademais, a Procuradoria alega não haver omissão na deliberação, uma vez que esta resta caracterizada quando falta alguma proposição importante ao corpo da decisão, ora, a data da infração para fins de cálculo da penalidade configura elemento sem qualquer relevância à decisão? Então, pode a Concessionária concluir que a penalidade não tem qualquer importância à decisão, pois sem esse dado, supostamente prescindível, a CEG não consegue realizar o cálculo da multa imposta.

Ainda sobre esse ponto, tal omissão poderá trazer discussões futuras acerca do correto valor da penalidade aplicada, sendo questão de segurança jurídica a expressa definição das datas a serem consideradas para fins do faturamento a ser aplicado para cálculo da multa.

(...)"

É o relatório.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator
ID 44089767



SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12/003/120/2017
Data: 06/02/2017 Fls. 5/4
Rubrica: <i>[assinatura]</i>

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Processo n.º : E-12/003.120/2017.(Apenso: E-12/003/636/2014).
Data de autuação: 06/02/2017.
Concessionária: CEG.
Assunto: VERIFICAÇÃO DO CUMPRIMENTO DO TERCEIRO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE CONCESSÃO DA CONCESSIONÁRIA CEG.
Sessão Regulatória: 29/08/2017.

VOTO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD n.º 3.139, de 20 de junho de 2017.

Preliminarmente, registro a **tempestividade** do presente Recurso, eis que o mesmo foi interposto dentro do prazo estatuído no Regimento Interno desta AGENERSA, conforme bem apontado pela Procuradoria desta AGENERSA em seu parecer jurídico.

No mérito, a Concessionária ao apresentar Embargos de Declaração em oposição a Deliberação AGENERSA/CD n.º 3139/2017, emanada por este Conselho Diretor em 20/06/2017, expressou entendimento de que **o ato deliberado é cívado de contradição e omissão**.

Entretanto, no que se refere as razões do presente Recurso, constata-se que a Deliberação embargada não padece da suposta contradição e omissão, como suscitou a Concessionária e, para melhor elucidação do conteúdo abordado pelo embargante e das fundamentações relevantes, farei a análise pontual dos questionamentos.

DA ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO NA DELIBERAÇÃO AGENERSA/CD N.º 3.139/2017

Segundo manifestação da Concessionária, a suposta contradição se dá no momento em que a AGENERSA *"considera a alteração da meta de investimento financeiro para a CEG devolver o valor referente à alteração via modicidade tarifária, contudo, não valida o investimento realizado pela Concessionária quando do pagamento da outorga compensatória, sendo que foi a mesma que possibilitou a alteração da referida meta, no mínimo contraditória tal decisão, conforme demonstradas nos arts. 1º, 3º, 7º e 8º da Deliberação em comento."*



SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12/003/120/2017
Data 06/02/2017 Fls. 515
Rubrica <i>cy. Souza</i>

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

Nesse aspecto, a Procuradoria desta AGENERSA ponderou que a Concessionária CEG foi remunerada quando da 3ª Revisão Ordinária de Tarifas para realização dos investimentos referente ao quinquênio 2013/2017.

Nesse sentido, esclareceu - a Procuradoria - que diante de um cenário de metas de investimentos reduzidas por celebração de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, bem como existindo reconhecimento expresso, pela delegatária, de que pretende cumprir tais metas até o final do ciclo tarifário, restou constatado que "houve remuneração pela tarifa de novas metas de investimento...".

Em outras palavra, significa dizer que ocorreu remuneração a maior dos investimentos cujo pagamento da outorga compensatória não reequilibrou, conforme dizeres da Procuradoria desta AGENERSA, in verbis:

"Depreende-se assim que a embargante calculou a meta financeira descontando o valor pago a título de outorga compensatória. Contudo, o valor pago a título de outorga não pode ser computado para efeitos de cumprimento de metas de investimentos, o que implica reconhecer o direito legítimo e imediato dos usuários - leia-se no presente ciclo - da apropriação do quantitativo correlato e atualizado das citadas metas não realizadas pela delegatária. O valor deve ser atualizado pelo IGPM na proporção de um por um, ou seja, cada real pago na tarifa deve ser devolvido na mesma proporção aos usuários, tal como bem sustentou a CAPET às fls. 335/337." (Grifei)

Assim, não há de se falar em contradição na presente decisão. Como bem ressaltado pela Procuradoria e expressado no voto que deu ensejo a deliberação embargada, não pode a Embargante alterar as metas de investimentos (que são remuneradas pela tarifa paga pelo usuário) com o pagamento de outorga compensatória utilizando a própria remuneração do investimentos anteriormente pactuados.

A partir do momento em que ocorreu a alteração do plano de investimento da Concessionária, a diferença remuneratória que se obtém por força da diminuição dos investimentos deverá retornar para o consumidor através da diminuição da tarifa, vez que os investimentos remunerados anteriormente passam a ser impraticáveis por força de alteração contratual.

Imprescindível apontar que não há contradição desta AGENERSA em não permitir que a Concessionária seja remunerada para realização de investimentos e, no decorrer do ciclo tarifário,



SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
Processo:	E-12/003/120/2017
Data:	06/02/2017 fls. 516
Rubrica:	ay. Souza

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

utilize tal remuneração para alterar as suas obrigações mediante pagamento de outorga compensatória.

DA ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NA DELIBERAÇÃO AGENERSA/CD N.º 3.139/2017

A Concessionária CEG apontou ainda, em sede de Embargos de Declaração, a existência de omissão, posto que não há a formalização da data do ato condenado para fins de aplicação de penalidade quando da lavratura do auto de infração.

Nesse sentido, a Concessionária alegou que *"da simples leitura do art. 5º da Deliberação supracitada, depreende-se que a AGENERSA deixou de informar a data de infração que deve ser considerada para fins de cálculo da penalidade, o que é imprescindível para a fiel e perfeita execução do ato emanado."* e que *"Tal omissão poderá trazer discussões futuras acerca do correto valor da penalidade aplicada, sendo questão de segurança pública a expressa definição das datas a serem consideradas para fins do faturamento a ser aplicado para cálculo da multa."*

A Procuradoria, quando tratou do tema em seu parecer, manifestou-se conforme segue:

"De acordo com a Instrução Normativa nº 001/2007, especialmente os termos do §3º, art. 14, não há dúvidas a respeito da disciplina e consideração pela AGENERSA da apuração das práticas infracionais pelas delegatárias aos respectivos instrumentos concessivos. Segundo o dispositivo em comento:

'Considera-se praticada a infração no dia do efetivo ilícito ou, quando impossível a exata apuração dessa data, o dia em que a AGENERSA obteve ciência da infração.'

Conforme se verifica no voto, às fls. 416/463, a motivação para a aplicação da penalidade pecuniária foi fundamentada na mora em razão do inadimplemento das obrigações listadas no 3º Termo Aditivo ao Instrumento Concessivo (metas físicas de investimentos nos anos de 2015 e 2016).

Portanto, a prática da infração ocorreu após o decurso do prazo previsto - fato este que é de pleno conhecimento da embargante, além de se consubstanciar em regra contratual.

Consequentemente, não há que ser reaberto julgamento por alegação de suposta omissão que é objeto de regulamentação própria. Considerando que



SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12/003/120/2017
Data: 06/02/2017 Fls. 517
Rubrica: [assinatura]

SECRETARIA DE ESTADO DA CASA CIVIL
AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
GABINETE DO CONSELHEIRO JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA

decisão omissa é aquela em que falta alguma proposição importante ao corpo da decisão, como o enfrentamento de todos os argumentos colacionados no feito e deduzidos pelos interessados, o que não se coaduna com a presente alegação, eis que há ato normativo próprio disciplinando os critérios de aplicação de penalidade pecuniária."

Em alinhamento com o entendimento jurídico, resta evidenciado que não ocorreu omissão deste Conselho Diretor, posto que toda matéria em mesa foi amplamente debatida e deliberada.

Ademais, como bem apontado pela Procuradoria desta AGENERSA, o próprio voto condutor da decisão colegiada apontou o momento do inadimplemento das obrigações da Concessionária.

Nesse esteio, importante trazer à baila que o referido questionamento suscitado pela Embargante foi amplamente tratado e claramente exposto no julgamento do presente processo, não existindo qualquer mácula que justifique a oposição do presente recurso.

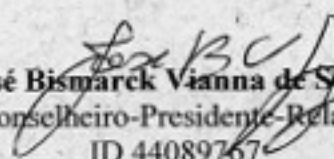
CONCLUSÃO

Consectário lógico, configura-se notório que a Embargante tenta - principalmente com a alegação de contradição - reforma de mérito do julgamento ocorrido, não sendo o manejo dos Embargos de Declaração a via adequada para tal.

Portanto, não há de se falar em contradição ou omissão na Deliberação Embargada e, restando consignada a clara tentativa da embargante em tentar rediscutir o mérito tratada no bojo da Deliberação AGENERSA/CD n.º 3.139/2017, entendo que a rejeição dos Embargos é a medida que melhor se impõe e, por isso, sugiro ao Conselho Diretor:

- Conhecer os Embargos interpostos pela Concessionária CEG em face da Deliberação AGENERSA/CD n.º 3.139/2017, de 20/06/2017, tendo em vista o preenchimento dos requisitos extrínsecos do recurso, para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a Deliberação ora embargada.

É como voto.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator
ID 44089767



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12 / 003 / 120 / 2017
Data: 06/02/2017
Rubrica: 015001047

DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 3206

DE 29 DE AGOSTO DE 2017.

**CONCESSIONÁRIA CEG – VERIFICAÇÃO DO
CUMPRIMENTO DO TERCEIRO TERMO
ADITIVO AO CONTRATO DE CONCESSÃO DA
CONCESSIONÁRIA CEG.**

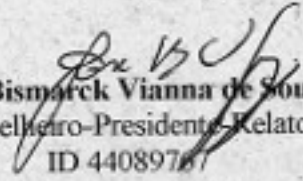
**O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E
SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA**, no
uso de suas atribuições legais e regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo
Regulatório n.º E-12/003.120/2017 (apenso: E-12/003/636/2014), por unanimidade,

DELIBERA:

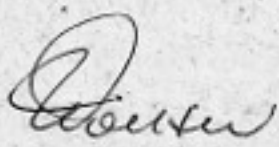
Art. 1º - Conhecer os Embargos interpostos pela Concessionária CEG em face da
Deliberação AGENERSA/CD n.º 3.139/2017, de 20/06/2017, tendo em vista o
preenchimento dos requisitos extrínsecos do recurso, para, no mérito, negar-lhe
provimento, mantendo-se na íntegra a Deliberação ora embargada.

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

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2017.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator
ID 44089767


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro
ID 44299605


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro
ID 43568076


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro
ID 39234738


Tiago Mohamed
Conselheiro
ID 50899617