



**ILUSTRÍSSIMOS SENHORES CONSELHEIROS DO CONSELHO  
DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E  
SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO -  
AGENERSA**

**Processo Regulatório n.º E-12/003.124/2017.**

**COMPANHIA DISTRIBUIDORA DE GÁS DO RIO DE  
JANEIRO – CEG (“CEG”)**, já devidamente qualificada no processo em epígrafe,  
vem, por seus procuradores que esta subscrevem, com fundamento no artigo 79 do  
Regimento Interno dessa Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do  
Estado do Rio de Janeiro (“AGENERSA”), respeitosamente, à presença de V. Ex<sup>as</sup>.  
opor os presentes

### **Embargos de Declaração**

em face do contido na **Deliberação AGENERSA nº 4.198/21**, publicada no Diário  
Oficial do Estado do Rio de Janeiro (“DOERJ”), de 24 de março de 2021, com base  
nas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

### **I - DO CABIMENTO E DA TEMPESTIVIDADE**

Em 24 de março de 2021 (quarta-feira), foi publicado no DOERJ  
a Deliberação AGENERSA nº 4.198/21, dando início a fluência dos prazos  
recursais.



Contudo, em 29 de março de 2021 (segunda-feira), foi publicado no DOERJ aviso de suspensão dos efeitos da decisão constante da Deliberação nº 4.198/21 e dos prazos processuais.

Ato contínuo, foi publicado no DOERJ, de 14 de junho de 2021 (segunda-feira), novo Aviso dessa AGENERSA, que *decidiu por manter os efeitos sus- pensos, reestabelecendo os prazos processuais das decisões constantes das Deliberações CODIR/AGENERSA nos 4198/2021 e 4199/2021*. Portanto, resta evidente, pois, a tempestividade, porquanto interposto dentro do prazo regimental.

Atente-se que, de acordo com o disposto no artigo 61 do Decreto Estadual nº 38.618, de 08 de dezembro de 2005, c/c o artigo 78 do Regimento Interno dessa AGENERSA, é de 05 (cinco) dias o prazo, contados a partir da publicação no Diário Oficial, de acordo com o artigo 9º do respectivo Regimento, para interposição dos presentes Embargos.

Assim, consoante o disposto no artigo 65 e § 1º do Decreto referido, os prazos serão computados excluindo-se o dia do começo e incluindo-se o do vencimento, sendo que somente se iniciam e terminam em dias de expediente na Agência.

Diante disso, há de se reconhecer que o prazo recursal se iniciou no dia 25 de março de 2021 (quinta-feira), restando suspenso pelo período transcorrido de 29 de março de 2021 até 14 de junho de 2021, tendo sido restabelecido a partir de 14 de junho de 2021, o que torna os presentes Embargos tempestivos se protocolados até o dia 21 de junho de 2021 (segunda-feira).



## **II - SÍNTESE DOS FATOS**

Em sessão regulatória extraordinária, realizada em 10 de março de 2021, o ínclito Conselho-Diretor dessa r. AGENERSA, acompanhando voto do então d. Conselheiro Relator Silvio Carlos Santos Ferreira, editou a Deliberação AGENERSA nº 4.198/21, no Processo Regulatório nº E-12/003.124/2017, referente a 4ª Revisão Quinquenal da CEG, no âmbito da qual foram definidas as tarifas a vigorar no quinquênio de 2018-2022, bem como os investimentos a serem realizados pela Concessionária no mencionado período temporal.

Nesse diapasão, cumpre esclarecer que a Revisão Quinquenal tem por finalidade, além de provisionar os investimentos estimados, fixar a tarifa aplicada aos usuários em determinado quinquênio - que, terá por fim, dentre outros aspectos, remunerar os investimentos despendidos pela Concessionária, ressarcir os gastos associados ao serviço público concedido -, assim como verificar se os investimentos previstos no quinquênio anterior foram executados pela Concessionária e, caso não tenham sido realizados, promover o devido acerto de contas, de modo a compensar supostos valores associados à remuneração dos citados investimentos, via tarifa cobrada dos usuários.

Com efeito, por meio da Deliberação AGENERSA nº 4.198/2021, ora impugnada, essa r. Agência definiu as tarifas relativas ao quinquênio 2018-2022 e a projeção dos investimentos a serem realizados pela Concessionária embargante dentro do referido período.

É importante frisar que, a título de histórico, a própria AGENERSA editou as Deliberações nº 3.303/2017 e nº 3.663/2018 que limitavam os investimentos a serem realizados pela CEG RIO nos anos de 2018 e 2019.



Contudo, na decisão ora embargada essa r. Agência decidiu por:

(i) determinar a devolução aos consumidores, via modicidade tarifária, nas tarifas referentes ao quinquênio de 2018-2022, de forma totalmente equivocada, do valor total dos investimentos em gasodutos físicos, os quais foram substituídos pelos gasodutos virtuais e pelo pagamento de outorga compensatória, na forma do 3º Aditivo ao contrato de concessão;

(ii) desconsiderar os intangíveis decorrentes do pagamento da outorga compensatória, previstos no 3º Aditivo ao contrato de concessão, na base de ativos regulatórios da concessão, para fins de revisão tarifária, deixando de contemplá-los no cálculo das tarifas referentes ao quinquênio de 2018-2022;

(iii) determinar que a metodologia correta da Fundação Getulio Vargas (“FGV”), ratificada pela Universidade Federal Fluminense (“UFF”), não fosse aplicada de forma retroativa ao cálculo dos “subinvestimentos do ciclo de 2008-2012”, que acabaram sendo compensados na 3ª Revisão de Tarifas, em montantes superiores à remuneração recebida pela Concessionária, tendo em vista a utilização de metodologia equivocada DELOITTE;

(iv) mesmo com o grave desequilíbrio causado por sua decisão, ratificou que o reajuste anual das tarifas pelo IGP-M referente ao ano de 2021, a despeito da cláusula sétima, § 17º, do contrato de concessão, do artigo 6º da Lei do ERJ nº 2752/1997, do próprio



Enunciado 14 da PGE-RJ e do racional do inciso XXI do art. 37 da CRFB/88 (“mantidas as condições efetivas da proposta”), seja realizado de forma gradual e parcelada ao longo do ano de 2021;

(v) impor tarifas diferenciadas e exclusivas aos “novos agentes, entrantes do setor” (consumidor livre, autoimportador e produtor independente), em desrespeito ao Contrato de Concessão e sem considerar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão em curso.

Como se não bastasse, a AGENERSA aplicou, indevidamente, à Concessionária embargante, sem o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, dentro do processo que visava determinar as tarifas para o quinquênio 2018-2022:

(i) multa no percentual de 0,1% (um décimo por cento) do faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, diante do descumprimento pelas Concessionárias do prazo estipulado nos contratos de concessão para entrega da proposta de revisão tarifária;

(ii) multa no percentual de 0,1% (um décimo por cento) do faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, em decorrência de alegado descumprimento do plano de investimentos no quinquênio 2013-2017, no valor de R\$ 95 milhões (moeda dez/16), a VPL de 2018;

(iii) multa no percentual de 0,1% (um décimo por cento) do faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, em virtude da realização dos investimentos com custos superiores aos projetados; e

(iv) multa no percentual de 0,1% (um décimo por cento) do faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, em razão da suposta não utilização de procedimentos eficientes no combate à redução das perdas no ciclo tarifário de 2013-2017.

### **III – DAS INEXATIDÕES, OMISSÕES, CONTRADIÇÕES E OBSCURIDADES PRESENTES NA DELIBERAÇÃO**

#### **A) DA CONTRADIÇÃO NA APLICAÇÃO DA METODOLOGIA PARA A DEVOLUÇÃO DOS VALORES DOS INVESTIMENTOS NÃO REALIZADOS**

Primeiramente, releva registrar que a Concessionária CEG e o Poder Concedente do Estado do Rio de Janeiro, por meio do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, promoveram alteração da obrigação contratual, prevista no 1º e 2º Termo Aditivo, de forma a substituir a construção de dutos físicos em determinados Municípios<sup>1</sup> pela implantação de dutos virtuais, bem como ajustaram o pagamento de contraprestação, por parte da Companhia em favor do Estado do

---

<sup>1</sup> CEG:

*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 autorizava 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 de 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 3ª Revisão Quinquenal.*

Rio de Janeiro, a denominada de outorga compensatória<sup>2</sup>, que foi estipulada em valor equivalente aos montantes previstos na 3ª Revisão Tarifária, para os gasodutos objeto dos aditivos anteriores que não foram realizados.

Frisa-se que o pagamento da outorga compensatória restituiu ao Estado do Rio de Janeiro os exatos valores dos investimentos substituídos em função da celebração do 3º Termo Aditivo.

Ademais, o Poder Concedente e a Concessionária pactuaram na cláusula 2.1.4 do 3º Termo Aditivo que os investimentos em gasodutos físicos que não foram executados, foram substituídos pelo investimento em dutos virtuais e pelo pagamento da outorga compensatória. Logo não caberia compensação (reequilíbrio) no cálculo das tarifas objeto da 4ª Revisão Tarifária.

Contudo, ao editar a Deliberação AGENERSA n° 4.198/21, essa Agência desconsiderou o disposto na cláusula mencionada, infringindo a autonomia da vontade e o princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*), previstos nos artigos 110, 112, 113 e 422<sup>3</sup> do Código Civil, que

---

<sup>2</sup> CEG:

“CLÁUSULA SEGUNDA:

*Da Contraprestação*

*2.1. Como contraprestação à alteração promovida pela Cláusula Primeira deste Termo Aditivo, assume a Concessionária a obrigação de pagar ao ESTADO a quantia de R\$152.490.000,00 (cento e cinquenta e dois milhões e quatrocentos e noventa reais), a título de outorga compensatória, em 03 (três) parcelas. O pagamento da primeira parcela será no valor de R\$50.830.000,00 (cinquenta milhões e oitocentos e trinta mil reais), devido 30 (trinta) dias após a data de assinatura desse Aditivo e a segunda e terceira parcela de R\$50.830.000,00 (cinquenta milhões e oitocentos e trinta mil reais), cada uma aos 12 e 24 (doze e vinte e quatro) meses após a data estabelecida para o pagamento da primeira parcela.”*

<sup>3</sup> Art. 110. **A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.**

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à **intenção** nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a **boa-fé e os usos do lugar de sua celebração**.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os **princípios de probidade e boa-fé**.



decorrem dos artigos 54<sup>4</sup> e 66<sup>5</sup> da Lei nº 8.666/93, configurando grave extrapolação dos limites da competência regulatória que lhe foi legalmente atribuída.

Conforme será demonstrando oportunamente por meio do competente recurso, o entendimento da Concessionária é de que não há nenhum valor a ser devolvido ao consumidor via modicidade tarifária, pois a remuneração dos investimentos em gasodutos físicos (substituídos em função da celebração do 3º Termo Aditivo, numa espécie de novação obrigacional) foi compensada pelo pagamento das parcelas da outorga compensatória, que ocorreu dentro do quinquênio 2013-2017, no qual estavam previstos os referidos investimentos, o que, inequivocamente, compensou a remuneração recebida pela Concessionária, via tarifa, no mesmo ciclo (2013-2017).

Entretanto, o fato é que, conforme se verifica da análise dos artigos 21 e 28, da Deliberação embargada, abaixo transcritos, essa r. AGENERSA entendeu que, como os investimentos previstos no 1º e 2º Termo Aditivo (alterados mediante a celebração do 3º Termo Aditivo, o qual substituiu dutos físicos por dutos virtuais, acrescido do pagamento de outorga compensatória por parte da Concessionária em favor do Poder Concedente) não foram executados, mas integraram o plano de investimento da Concessionária, aprovado na 3ª Revisão Quinquenal (2013-2017), a Companhia deverá “devolver” aos usuários, utilizando como metodologia a constante do art. 8º da Deliberação AGENERSA nº 3.139/2017<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

<sup>5</sup> Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

<sup>6</sup> Art. 8º - Determinar a devolução pela Concessionária CEG de R\$ 130.84 milhões, atualizados desde dez/2011 pelo IGP-M (índice geral de Preços), em favor do consumidor, via modicidade tarifária, influido



*“Art. 21 Diante do exposto, em observância aos pareceres emendados pelo Grupo de Trabalho e pela procuradoria da AGENERSA e com base nas considerações supra mencionadas, sugiro ao Conselho-Diretor acatar as determinações contidas na Deliberação AGENERSA nº 3.139/2017, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 3.206 e 3.287 de 2017 e 3.314/2018, de forma a considerar a devolução, pela Concessionária CEG, do montante financeiro de R\$ 182,84 (data-base dez/2016), em favor do consumidor, via modicidade tarifária, reduzindo as tarifas do ciclo revisional 2018 -2022. (Grifou-se)*

*“Art. 28 Sugiro ainda, ao Conselho Diretor que a devolução, aos usuários, dos investimentos não realizados em função da alteração promovida pelo 3º Termo Aditivo, se dê pela metodologia exarada no artigo 8º da Deliberação AGENERSA nº 3.139/2017.” (Grifou-se)*

Ocorre que na referida Deliberação nº 3.139/2017 foi empregada a metodologia Deloitte que partiu do pressuposto errôneo de que a Concessionária havia recebido o valor integral do investimento que deveria realizar, descontando, equivocadamente, o valor total dos investimentos não realizados, e não apenas a remuneração correspondente a esses investimentos (remuneração do capital investido, acrescida da depreciação, conforme estipulado nos parágrafos de 6º ao 9º da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão).

Contudo, é importante esclarecer que tal metodologia foi superada, diante do entendimento superveniente emanado pela consultoria da Universidade Federal Fluminense (“UFF”) (contratada pela AGENERSA), juntamente com o próprio Grupo de Trabalho da Agência, corroborando que a

---

negativamente no cálculo da variação da margem, por ter a CEG recebido na tarifa valores a maior no ciclo 2013/2017 a título de investimento para construção dos gasodutos físicos de alta pressão nos municípios de Mangaratiba e Maricá, meta esta posteriormente alterada para menor, pela assinatura do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG.



correta metodologia de compensação de subinvestimentos é a da FGV, acrescida de capitalização, como pode ser comprovado pela simples leitura do texto do artigo 27 da Deliberação AGENERSA n° 4.198/21, abaixo transcrita:

*“Art. 27 - Outrossim, diante do exposto e com base nos argumentos anteriormente debatidos, sugiro ao Conselho Diretor **aprovar a metodologia de cálculo do saldo dos investimentos não realizados proposta pela FGV Projetos, acrescida da capitalização do valor até o presente ciclo revisional, conforme entendimento da UFF e do Grupo de Trabalho da AGENERSA.**” (Grifou-se)*

Nota-se, portanto, que, embora reconheça no art. 27 que a metodologia correta é a da FGV, a Agência, embora reconheça no art. 27 que a metodologia correta é a da FGV, determinou no art. 28 a devolução dos investimentos utilizando como base a metodologia Deloitte. Ou seja, foram utilizadas duas metodologias distintas para um mesmo quinquênio, dentre as quais a própria Agência considera uma equivocada – Deloitte (já descartada) – e uma correta – FGV –, o que denota uma evidente contradição.

Entretanto, a metodologia equivocada Deloitte foi utilizada em razão de Deliberação anterior de n° 3.139/2017, que deve ser revogada pela AGENERSA por autotutela, tendo em vista o entendimento posterior já sacramentado pela própria Agência na Deliberação ora embargada de que a metodologia correta a ser utilizada para o plano de negócio 2013-2017 e todos os investimentos ali inseridos, deve ser a da FGV, a qual reconhece de forma acertada que a Concessionária não recebeu o valor integral dos investimentos via tarifa e sim a remuneração correspondente a esses investimentos.



Todavia, embora tenha ficado sedimentado na Deliberação embargada que a metodologia correta é a da FGV, essa r. Agência considerou que os investimentos não realizados deveriam ser deduzidos da receita utilizada no cálculo da tarifa do quinquênio de 2018-2022 em sua totalidade, o que se revela um entendimento absurdo e **contraditório**, na medida em que implica na **devolução pela Concessionária do valor total do custo dos investimentos, superior à remuneração que efetivamente foi recebida por ela por meio das tarifas praticadas no quinquênio 2013-2017.**

**Ressalta-se que a Concessionária não recebeu via tarifa os valores integrais dos investimentos correspondentes aos gasodutos que foram objeto do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão.** Tal fato já foi inclusive superado pelo próprio Grupo de Trabalho da AGENERSA e pelo Conselho Diretor da Agência na Deliberação ora embargada quando do reconhecimento e chancela da metodologia FGV para subexecutar os demais investimentos do plano de negócio do quinquênio 2013-2017, frise-se, o mesmo plano de negócio em que estavam inseridos os gasodutos objeto do Terceiro Termo Aditivo.

Nesse sentido, reputa-se imperioso destacar que a Concessionária entende que a cláusula 2.1.4, do 3º Termo Aditivo, prevê, expressamente, em sua parte final, que os investimentos definidos no objeto do 3º Termo Aditivo não deverão ser objeto de reequilíbrio econômico-financeiro, já que o pagamento da outorga foi realizado, integralmente, dentro do período de 2013-2017, mesmo período previsto para a realização de tais investimentos, tendo sido efetuada, dessa forma, a compensação descrita na mencionada cláusula, sem que seja necessária qualquer devolução ao consumidor.



Contudo, mesmo que essa Agência permaneça em considerar que deve haver a devolução aos consumidores, a forma como foi determinada nos artigos 21 e 28 da Deliberação AGENERSA n° 4.198/21 é incorreta e eivada de contradições, pois determina a utilização da metodologia Deloitte, reconhecidamente equivocada, que gera valor muito superior à correta metodologia de compensação (metodologia FGV), já que determina a devolução pela Concessionária do valor total do custo dos investimentos, superior à remuneração que efetivamente foi recebida por ela por meio das tarifas praticadas no quinquênio 2013-2017.

Sendo assim, considerando que a própria UFF reconheceu que a metodologia correta é a emanada pela FGV, o valor decorrente desse entendimento resulta em R\$ 30 milhões (moeda Dez/16), portanto, absurdamente inferior ao valor calculado pela metodologia equivocada Deloitte, a qual aponta como valor a compensar a quantia de R\$ 182,84 milhões (moeda Dez/16), conforme constante do art. 21 da Deliberação embargada, em que pese o entendimento dessa Concessionária de que não há valor a restituir.

Portanto, embora essa AGENERSA pretenda compelir a Concessionária a devolver, de uma só vez, dentro do mesmo ciclo tarifário (2018/2022), o valor total dos investimentos estimados na 3ª Revisão Tarifária para a construção dos gasodutos físicos (os quais, frisa-se, foram substituídos pelo investimento em dutos virtuais e pelo pagamento da outorga compensatória ao Poder Concedente), a metodologia equivocada Deloitte não tem como prosperar pela seguinte razão: **de modo a equilibrar o valor das tarifas, os investimentos projetados são pagos pelos usuários, via tarifa, considerando a depreciação de 30 (trinta) anos, sendo consequência lógica que as tarifas pagas pelos usuários no ciclo de 2013/2017 remuneraram apenas uma pequena parcela**

**(correspondente a 5 anos de remuneração) desses investimentos em gasodutos físicos**, que correspondem, na realidade, à remuneração do capital investido, acrescida da depreciação, conforme estipulado nos parágrafos de 6º a 9º da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão.

A propósito, a eventual devolução integral de supostos investimentos não executados, unicamente dentro do ciclo tarifário em curso, representa verdadeira anomalia legislativa e regulatória, pois representaria um *payback* para os investimentos, se realizados, inferior a 5 anos, o que é totalmente incompatível com a remuneração estipulada nos parágrafos de 6º a 9º da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão.

Ademais, é importante ficar demonstrado para essa Agência o impacto financeiro (em milhões) para a Concessionária, conforme apresentado na tabela abaixo, de forma a evidenciar a grandiosidade dos prejuízos decorrentes de uma interpretação equivocada e que está consubstanciada na Deliberação AGENERSA nº 4.198/21. Para tanto, foram criados 3 cenários, a saber:

- Cenário 1: Conforme Deliberação AGENERSA nº 4.198/21, considera a subexecução dos investimentos nos gasodutos do 3º Termo Aditivo (TA) aplicando a metodologia equivocada Deloitte;
- Cenário 2: Conforme entendimento da Concessionária, não considera subsinvestimento dos dutos; e

- Cenário 3: Conforme Deliberação AGENERSA n° 4.198/21, considera a subexecução dos investimentos nos gasodutos do 3º Termo Aditivo (TA) porém aplicando a correta metodologia FGV.

<b>Impacto da compensação dos investimentos não realizados nos gasodutos do 3º TA</b>	
<i>(Valores expressos milhões de reais, em moeda Dez/16 e depois de impostos)</i>	
<b>Cenário 1: Subexecução dos investimentos nos gasodutos do 3º TA com a metodologia equivocada Deloitte</b>	
	<b>CEG</b>
"m" COM subexecução Deloitte	-13,5%
Valor da Compensação por subexecução dos investimentos nos gasodutos do 3º TA (metodologia Deloitte)	183
Margem Total 2018-2022: Reposicionada COM subexecução Deloitte (MR\$, moeda Dez/16, d.d.i)	2.752
<b>Cenário 2: Não há qualquer subexecução dos investimentos nos gasodutos do 3º TA</b>	
	<b>CEG</b>
"m" SEM subexecutar investimentos nos gasodutos do 3º TA	-6,0%
Valor da compensação por subexecução dos investimentos nos gasodutos do 3º TA	0
Margem Total 2018-2022: Reposicionada SEM subexecutar 3º TA (MR\$, moeda Dez/16, d.d.i)	2.990
<b>Cenário 3: Considera a subexecução dos investimentos nos gasodutos do 3º TA com a metodologia correta FGV</b>	
	<b>CEG</b>
"m" COM subexecução FGV	-7,2%
Valor da Compensação por subexecução dos investimentos nos gasodutos do 3º TA (metodologia FGV)	30
Margem Total 2018-2022: Reposicionada COM subexecução FGV (MR\$, moeda Dez/16, d.d.i)	2.952
Impacto: Diferença Cenários (1) - (2) (MR\$, moeda Dez/16, d.d.i)	-238
Impacto: Diferença Cenários (1) - (2) (MR\$, moeda 2021, d.d.i)	-333
Impacto: Diferença Cenários (3) - (2) (MR\$, moeda Dez/16, d.d.i)	-39
Impacto: Diferença Cenários (3) - (2) (MR\$, moeda 2021, d.d.i)	-54

Como pode ser observado por meio da tabela acima:

- A compensação pelos investimentos não realizados nos gasodutos do 3º Termo Aditivo, conforme está sendo aplicada pela AGENERSA (considerando a metodologia equivocada Deloitte) frente à não aplicação de qualquer compensação, conforme entendimento da Concessionária acima exposto, provoca um impacto estimado de redução de margens da Concessionária da ordem de R\$ 238 milhões (moeda Dez/16), correspondente a diferença entre as margens indicadas na hipótese (1) e (2) acima. **Tal diferença expressa em moeda de 2021 seria cerca de R\$ 333 milhões;** e

- A compensação pelos investimentos não realizados nos gasodutos do 3º Termo Aditivo, considerando a correta metodologia FGV frente à não aplicação de qualquer compensação, provoca um impacto estimado de redução de margens da Concessionária da ordem de R\$ 39 milhões (moeda Dez/16), correspondente à diferença entre as margens indicadas na hipótese (3) e (2) acima. **Tal diferença expressa em moeda de 2021 seria cerca de R\$ 54 milhões.**

Portanto, da análise dos cenários acima expostos, nota-se a premente necessidade de se corrigir as contradições expostas, conferindo os regulares efeitos infringentes, de modo a evitar grande impacto que a decisão dessa Agência em garantir a devolução indevida de receita, em prol da modicidade tarifária, irá ocasionar, afetando, inclusive, a capacidade da Concessionária em realizar o Plano de Investimentos proposto, comprometendo severamente a saúde financeira da empresa e da própria Concessão.

Por tal razão, é imperioso que essa r. AGENERSA reanalise a Deliberação embargada, corrigindo, principalmente, a contradição apontada, aplicando os imperiosos efeitos infringentes.

## **B) DA OMISSÃO QUANTO AO TRATAMENTO A SER CONFERIDO À OUTORGA COMPENSATÓRIA COMO COMPONENTE NA BASE DE ATIVOS**

Conforme já amplamente debatido, o Terceiro Termo Aditivo, que se encontra vigente desde 09.12.2014, possibilitou a substituição de investimentos em gasodutos físicos, nos municípios ali especificados, por meio de gasodutos



virtuais, com a implantação de projetos estruturantes locais; bem como determinou o pagamento de outorga compensatória.

Referido aditivo foi objeto de análise técnica e jurídica pela Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços do Estado do Rio de Janeiro (SEDEIS), pela Secretaria de Estado da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro e, inclusive, por essa própria Agência, nos autos do processo administrativo nº E-12/001.1299/2014, tendo, inclusive, essa AGENERSA reconhecido, na Deliberação AGENERSA nº 3.167/2017, proferida no processo regulatório nº E-12/003/231/2017, que o valor da outorga compensatória, de fato, compõe o ativo intangível.

Assim, em que pesem tais premissas, essa Agência editou a Deliberação AGENERSA nº 4.198/21, decidindo que ocorreu desequilíbrio ocasionado pela própria Concessionária em seu desfavor em função do pagamento da outorga compensatória, ao adquirir direito que não possuía, qual seja, o de efetuar o fornecimento de gás via GNC aos Municípios indicados no 3º Termo Aditivo, em substituição à construção de dutos físicos, e que tal fato não pode prejudicar os consumidores, com a majoração de tarifa no quinquênio 2018-2022.

Registra-se que o pagamento da outorga compensatória não foi causado pela Concessionária, ora embargante, mas foi uma alternativa acordada entre as partes, Concessionária e Poder Concedente, na qual a própria AGENERSA participou como anuente interveniente, e cujo objetivo foi permitir o atendimento, em caráter definitivo, dos municípios em questão por gasodutos virtuais de GNC/GNL, substituindo a obrigação de conectar esses municípios à rede de distribuição por gasodutos de alta pressão.



Baseando em tal entendimento, essa Agência não considerou na Deliberação ora embargada o que foi ajustado entre a Concessionária e o Estado do Rio de Janeiro nas Cláusulas 2.1.2<sup>7</sup> e 2.1.3<sup>8</sup>, do 3º Termo Aditivo, nas quais foram fixadas o tratamento regulatório a ser conferido à outorga compensatória, com (i) o estabelecimento de sua qualificação como um ativo intangível; (ii) inserindo-a na base de ativos regulatórios; e (iii) determinando a sua remuneração por tarifa.

Ocorre que essa r. Agência afirma no art. 22<sup>9</sup> da Deliberação AGENERSA nº 4.198/21, que não considera os intangíveis decorrentes do pagamento da outorga compensatória na base de ativos para fins tarifários, utilizando como argumento que não houve sobre preço ou ágio quando do pagamento do valor da outorga, tendo em vista que *“quando da celebração do 3º Termo Aditivo não houve alienação de ações, nem diferença entre o valor mínimo fixado pelo Estado e o preço de arrematação, não sendo cabível a remuneração dos valores pagos a título de outorga compensatória”*.

Entretanto, o Contrato de Concessão, em seu §7º da Cláusula Sétima, não faz qualquer menção à sobre preço ou ágio, mas sim *“à diferença entre*

---

<sup>7</sup> “2.1.2. O valor pago a título de contraprestação será considerado como **ativo intangível regulatório** e dessa forma, será considerado na **base de cálculo da remuneração dos ativos** da CONCESSIONÁRIA para efeitos de **fixação e revisão das tarifas**, na forma prevista na **Cláusula Sétima do Contrato de Concessão**, sendo atualizado monetariamente pelo IGP-M da Fundação Getúlio Vargas, inclusive para o disposto no parágrafo **6º da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão**, a partir da data dos pagamentos da contraprestação.”

<sup>8</sup> “2.1.3. A amortização do ativo intangível **se dará, igualmente aos demais ativos intangíveis**, linearmente em 20 (vinte) anos e terá início a partir de 01 de janeiro de 2018, sendo atualizada monetariamente pelo IGP-M da Fundação Getúlio Vargas, **inclusive para o disposto no parágrafo 6º da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão**, a partir da data dos pagamentos da contraprestação, levados em consideração os valores já amortizados em função do estabelecido na revisão tarifária referente ao período de 2013 a 2017, com vistas a evitar a contabilização em duplicidade de valores destinados à amortização.”

<sup>9</sup> Art. 22 - Com base no exposto e considerado as sugestões dos órgãos técnico e jurídico desta Agência, sugiro ao Conselho-Diretor não considerar os intangíveis decorrentes do pagamento da outorga compensatória na base de ativos da concessão, para efeitos de recomposição tarifária no processo da 4ª Revisão Quinquenal, uma vez que no entendimento desta Reguladora não houve sobre preço ou ágio quando do pagamento do valor da outorga.



*o valor mínimo fixado para o total de ações de emissão da CONCESSIONÁRIA na data em que o controle dela esteja sendo alienado pelo ESTADO” e “o valor de tais ações com base no patrimônio líquido contábil da CONCESSIONÁRIA em 31 de dezembro de 1996”.*

Cabe aqui esclarecer que o ágio pago na privatização corresponde à diferença entre o valor efetivamente pago pela Concessão e o valor mínimo estabelecido no Edital de privatização, uma vez que por definição, o ágio trata-se de um valor adicional ao que foi estipulado. Portanto, não guarda qualquer relação com o que estabelece o §7º da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão.

Denota-se, desse modo, que o tratamento conferido à outorga compensatória como ativo intangível, prevista no 3º Termo Aditivo, acompanha a mesmíssima lógica empregada no valor pago pelo controle acionário - o que, saliente-se, sequer seria uma obrigatoriedade -, mas contribui para a harmonização e, portanto, simplificação da regulação econômica da concessão. Ou seja, foi pactuado que o valor pago pela Concessionária com a outorga compensatória também deve ser remunerado por meio da tarifa.

Nesse contexto, as citadas cláusulas 2.1.2 e 2.1.3 do 3º Termo Aditivo mencionam, expressamente, as disposições do Contrato de Concessão, com as quais se relacionam, sendo elas a Cláusula Sétima e seu § 6º.

Pois bem. O caput da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão dispõe sobre a fixação e revisão de tarifa, o que justifica a sua expressa referência na redação das cláusulas 2.1.2 e 2.1.3 do 3º Termo Aditivo, e, até aí, não se vislumbra qualquer questão que possa ensejar dificuldades interpretativas.



Já o § 6º da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão identifica os 3 (três) elementos que integravam, originalmente, a base de cálculo da remuneração dos ativos da Concessionária, sendo certo que as cláusulas 2.1.2 e 2.1.3 do 3º Termo Aditivo, ao enquadrarem a outorga compensatória como um ativo intangível, submete-a à remuneração prevista no mesmo parágrafo 6º da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão.

Esse entendimento é, inclusive, confirmado pela cláusula 2.1.3, do 3º Termo Aditivo, que, ao utilizar a expressão “demais ativos intangíveis”, deixa indene de dúvida o fato de que o ativo intangível correspondente à outorga compensatória não coincide com aquele previsto no §7º, da Cláusula Sétima, do Contrato de Concessão, cuidando-se, sim, de um novo e acrescido ativo intangível, submetido ao tratamento regulatório que lhe confere o próprio 3º Termo Aditivo.

Vê-se, portanto, que, quando o Contrato de Concessão, por força da alteração promovida por meio do 3º Termo Aditivo, estatui que a outorga compensatória será incluída na base de ativos regulatórios, para remuneração por meio de tarifas, tal previsão insere-se em um influxo de padrões regulatórios já presentes na modelagem dessas delegações e que permeia os mais expressivos programas de privatizações implementados no País.

Nesse particular, cabe registrar que o reconhecimento do pagamento pela outorga, como um ativo intangível da concessão de serviço público, além de ser plenamente admitida, constitui uma boa prática reconhecida pelas ciências contábeis (cfr. Orientação OCPC nº 5, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis, específica para os contratos de concessão, que foi

aprovada pela Deliberação nº 654/2010, da Comissão de Valores Mobiliários - CVM<sup>10</sup>).

Essa questão, aliás, já foi abordada por essa Agência, especialmente quando do julgamento do processo regulatório E-12/003.231/2017, que se dedicou ao exame da regularidade do pagamento da outorga compensatória do 3º Termo Aditivo, ocasião em que a mesma reconheceu que a outorga constitui um ativo intangível regulatório. Em textual:

*“Além disso, é preciso lembrar que os valores pagos a título de outorga serão considerados como ativo intangível regulatório e atualizados, na forma da Cláusula Sétima dos respectivos instrumentos concessivos, pelo IGP-M da Fundação Getúlio Vargas. Essa é a previsão da subcláusula 2.1. dos Terceiros Termo Aditivo aos contratos de CEG e CEG RIO, que corrobora o entendimento acima esposado.”<sup>11</sup>*

Naquela assentada, aliás, o CODIR foi adiante, ao considerar a outorga compensatória como uma verba pública, haja vista a sua destinação ao erário. Permita-se a transcrição de trecho do voto condutor do julgamento havido em 12/07/2017:

*“É que o valor da outorga constituiria verba pública, a respeito da qual poderia não se admitir a transação sem as formalidades legais (lei ou instrumento próprio). Haveria discussão se de tal contraprestação financeira se poderia dispor, mormente porque, consoante os Terceiros*

---

<sup>10</sup> Item 17 – **Modelo de ativo intangível e de ativo financeiro:**

*17 – Quando um concessionário é remunerado pelos usuários dos serviços públicos, em decorrência da obtenção do direito de cobrá-los a um determinado preço e período pactuado com o poder concedente, **o valor despendido pelo concessionário na aquisição desse direito deve ser reconhecido no ativo intangível.**”*

<sup>11</sup> Fl. 09 do voto, prolatado na sessão regulatória ocorrida em 22/06/2017.



*Termo Aditivo relacionados às Delegatárias, ela compõe o ativo intangível.*”<sup>12</sup>

E mais, vale ressaltar que, não obstante a Administração Pública goze de diversas prerrogativas, inclusive a de rever seus atos quando dotados de vício de legalidade, deve também zelar pelo dever jurídico da boa-fé, previsto nos artigos 113<sup>13</sup> e 422<sup>14</sup> do Código Civil, devendo guardar uma conduta proba, leal e transparente em suas relações jurídicas.

Entretanto, mesmo diante de tal narrativa, essa r. Agência foi omissa quando não conferiu tratamento tarifário aos intangíveis decorrentes do pagamento da outorga compensatória, bem como não apontou qual deve ser a metodologia a ser aplicada, restringindo-se a indicar, conforme constante no art. 23 da Deliberação embargada, que o montante a ser considerado e a metodologia de inclusão na base de remuneração de ativos, visando assegurar à Concessionária o direito à indenização no intangível pelo pagamento da outorga compensatória ao Estado, deve ser definido pelo Poder Concedente, configurando clara omissão no dever de decidir.

Ademais, no art. 37 da Deliberação ficou consignado que a exclusão dos efeitos do Terceiro Termo Aditivo foi recomendada também pela consultoria da UFF. Nesse ponto, insta salientar inexatidão, tendo em vista que a Consultoria referida sugere à AGENERSA que considere válido o 3º Termo Aditivo para o processo de revisão tarifária, remetendo o debate associado à eventual contestação da validade para um processo específico e indicando que o 3º

---

<sup>12</sup> Voto da lavra do Conselheiro Relator JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA.

<sup>13</sup> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

<sup>14</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Termo Aditivo foi assinado pelas partes e não existe contestação jurídica formal que anule seus efeitos.

Assim, resta evidente que o entendimento adotado por essa AGENERSA de não incluir a outorga compensatória na Base de Remuneração de Ativos (BRA) da Concessionária é questão de superlativa relevância, uma vez que, além de importar em manifesta desconsideração ao que foi ajustado entre a Concessionária e o Estado do Rio de Janeiro no 3º Termo Aditivo, notadamente na cláusula 2.1.2, deu ensejo ao cálculo a menor da tarifa que acabou sendo fixada na 4ª Revisão Quinquenal, o que, indiscutivelmente, importa em gravosa quebra de paradigma contratual, com substancial desequilíbrio da equação econômico-financeira e, por consequência, em perda da confiança institucional.

Nessa linha, frisa-se a exclusão do aporte da Base de Ativos Regulatórios, bem como a omissão dessa r. Agência gera gravosos prejuízos para a Concessionária, provocando, em números reais, uma redução estimada de margens na ordem de R\$ 92 milhões (moeda Dez/16). Tal diferença expressa em moeda de 2021 seria cerca de R\$ 129 milhões.

### **C) DA PATENTE CONTRADIÇÃO NA APLICAÇÃO DE MULTA POR ATRASO NA ENTREGA DA PROPOSTA INICIAL**

Em que pese o fato de que as penalidades aplicadas violam claramente os princípios do devido processo legal<sup>15</sup>, ampla defesa e contraditório<sup>16</sup> – haja vista que (i) a Concessionária não desfrutou da mínima possibilidade de apresentação de suas considerações antes da imputação sancionatória, e (ii) a

---

<sup>15</sup> Art. 5º, LIV, CRFB - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

<sup>16</sup> Art. 5º, LV, CRFB - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

aplicação da penalidade não respeito os procedimentos determinados pela Instrução Normativa CODIR nº 001/2007, pontos que serão abordados em momento oportuno –, o art. 2º<sup>17</sup> da Deliberação embargada determinou a aplicação de multa pelo descumprimento dos prazos para entrega da proposta inicial da Concessionária, sob a alegação de ter acarretado atrasos na aplicação do reposicionamento das margens, em desfavor dos consumidores.

Ocorre que tanto a AGENERSA quanto o Poder Concedente aprovaram o pedido de dilação de prazo solicitado pela Concessionária que foi encaminhada via OF. DIJUR-E-523/17, com manifestação favorável da AGENERSA e do Poder Concedente, conforme informado via OF. AGENERSA/PRESI/SECEX 269/17, de 28/06/17, concedendo prazo para entrega da proposta até 27/10/17. Posteriormente, a Concessionária enviou OF. PRESI 013/17, 18/09/17, ao Poder Concedente e, OF. PRESI 012/17, de 11/10/17, à AGENERSA, no qual a Concessionária, ressalta que a necessidade de definição de temas de extrema relevância e complexidade, como o 3º Termo Aditivo e a metodologia de subexecução de investimento, antes da entrega da proposta. Em 26/10/17, através do OF. AGENERSA/PRESI/SECEX 378/17, informa manifestação favorável da AGENERSA e do Poder Concedente à postergação do prazo de entrega da proposta para 27/11/17. A proposta da Concessionária foi realizada no prazo determinado, ou seja, 27/11/17, através do OF. PRESI 015/17..

---

<sup>17</sup> Art. 2º - Considerando que o processo de revisão quinquenal possui relevância significativa, sendo o processo regulatório mais importante a tramitar na Agência e considerando que o descumprimento dos prazos para entrega da proposta inicial da concessionária acarretaram em atrasos na aplicação do reposicionamento das margens, no presente caso em desfavor dos consumidores, pois pelas análises do Grupo de Trabalho é possível auferir que as margens praticadas no 5º ciclo revisional (2018-2022) estão superiores ao seu patamar de equilíbrio, sugiro ao Conselho-Diretor aplicar à concessionária CEG a penalidade de multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) do seu faturamento nos últimos 12 (doze) meses anteriores à prática da infração, 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, em razão de não ter cumprido o prazo estipulado no contrato de concessão para entrega da proposta de revisão tarifária. Ressalto que tal medida não foi adotada anteriormente a fim de evitar que a concessionária promovesse a paralisação do processo por via judicial, o que acarretaria maiores atrasos, e por consequência, maiores prejuízos aos usuários.

Portanto, nota-se que **houve pedido formal** da Concessionária pela prorrogação e anuência expressa tanto da AGENERSA quanto o Poder Concedente, logo, aplicar qualquer penalidade por descumprimento de prazo que o próprio Regulador e o Concedente concordaram, viola frontalmente a proteção da confiança e a boa-fé.

Ademais, a atuação da administração pública além de ter que ser pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, deve ser conduzida de forma a vedar comportamentos contraditórios<sup>18</sup>. Tem-se aqui a proibição ao *venire contra factum proprium*, que se constitui na interdição de conduta contraditória, dissonante da anteriormente assumida, a qual se havia adaptado a outra parte e que tinha gerado legítimas expectativas.

Sobre o papel focal da segurança jurídica, manifesta-se Gustavo Binenbojm<sup>19</sup> do seguinte modo:

**“O reconhecimento da estatura constitucional do princípio da segurança jurídica confere às situações em que a Administração, por condutas suas, desperta a confiança legítima dos administrados e vem a frustrá-la posteriormente,** a configuração de uma equação de ponderação entre princípios constitucionais: de um lado, há, por reconhecimento expresso, a violação ao princípio da legalidade; de outro, a afronta ao princípio da segurança jurídica. *Eventual prevalência, em maior porção, da segurança sobre a legalidade não*

---

<sup>18</sup> Resp 141.879/SP, Rel: Min. Rosado de Aguiar, DJ 22.06.1998

<sup>19</sup> In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.) Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 193-197





*importa transigência com a ideia de Estado de direito, mas decorre de uma aplicação otimizada da Constituição.” (Grifou-se)*

Desse modo, tanto a vedação do comportamento contraditório quanto o princípio da segurança jurídica funcionam como garantidores da confiança legítima depositada na Administração Pública, aqui representada pela AGENERSA.

No caso em questão, é nítida a boa-fé da embargante no presente caso, tendo em vista que a própria AGENERSA e até mesmo do Poder Concedente, a todo tempo, prorrogaram, espontaneamente, os prazos do Processo de Revisão Tarifária, publicando por 4 oportunidades, alterações no Cronograma da Revisão Tarifária.

Assim, é injustificável a aplicação de multa relacionada ao descumprimento pela Concessionária do prazo estipulado no contrato de concessão para entrega da proposta de revisão tarifária, agindo essa Agência de forma absolutamente contraditória, tendo em vista que ela mesma havia anuído com a dilação do prazo.

#### **D) DA OBSCURIDADE NA REDUÇÃO DA OPEX**

Na Deliberação embargada ficou determinado no art. 18<sup>20</sup> que deveria ser adotado os valores de OPEX, sugeridos pelo Grupo de Trabalho da AGENERSA, no cálculo do reposicionamento tarifário, sob o fundamento de que

---

<sup>20</sup> Art. 18 - Com base no exposto e considerando que as projeções do OPEX sugeridas pelo Grupo de Trabalho da AGENERSA foram devidamente analisadas e são mais conservadoras em relação à modicidade tarifária quando comparadas as projeções da consultoria da UFF, proponho ao Conselho-Diretor adotar os valores de OPEX sugeridos pelo Grupo de Trabalho no cálculo do reposicionamento tarifário (Anexo 02).



de as projeções sugeridas pelo referido de Grupo de trabalho são mais conservadoras em relação à modicidade tarifária, quando comparadas com as projeções apresentadas pela Consultora da UFF.

Ocorre que a proposta do Grupo de trabalho, adotada na referida Deliberação, que consolida a redução de OPEX, ocorrida nos anos de 2018 e 2019, para o restante do período, leva a Concessionária para um modelo de gestão de clientes e redes existentes no qual se renuncia ao crescimento.

Ademais, é relevante apontar que durante os primeiros 2 anos do quinquênio 2018-2022, a Concessionária foi obrigada a adotar uma postura conservadora em relação a CAPEX e OPEX diante da imposição de metas por meio da Deliberação AGENERSA N° 3303/17 e 3663/18, o que resultou em uma necessária contenção dos investimentos em expansão e despesas operacionais relacionadas. No entanto, o resto dos investimentos e gastos relacionados com a manutenção e, em geral, com o fornecimento de gás natural aos clientes mantiveram-se em níveis semelhantes ao do último ano do quinquênio anterior (2013-2017).

Dessa forma é importante alertar para o fato que a redução do OPEX da AGENERSA para o quinquênio 2018-2022 está eivada de obscuridade, pois, sem fundamentação técnica que a embasa e com inconsistências, foi fixada em montante abaixo da projeção realizada para os anos de 2018 e 2019 e, ressalta-se, abaixo da projeção da própria Consultoria contratada pela AGENERSA – UFF, para os anos de 2020, 2021 e 2022.

Nesse sentido, espera-se que AGENERSA utilize, nos anos de 2020-2022, as Projeções da UFF, tendo em vista que as mesmas foram submetidas a



contestação pública, sendo defendidas por associações de consumidores (Abividro e Abrace), e guardam coerência com a projeção de crescimento proposta pela Concessionária, o que não ocorre com as projeções do Grupo de Trabalho.

Já em relação aos anos de 2018 e 2019, período em que a AGENERSA está adotando os valores realizados, é necessário que sejam adotados os valores reais para todas as rubricas do OPEX, além de incluir os ajustes (incrementos) para a rubrica de alugueis e gastos de pessoal, necessários em função da ocorrência de reclassificação contábil.

Nesse sentido, é importante que a Agência promova o saneamento da obscuridade apontada, principalmente considerando o impacto dos ajustes de OPEX, em valores de Dez/2016, para a Concessionária, conforme exposto abaixo:

<b>MR\$ (Moeda Dez16)</b>	<b>CEG</b>
OPEX Proposta 2018-2022 (realidade 2018-19 e Projeção UFF 2020-22)(*)	2.531
OPEX Deliberado 2018-2022	1.733
<b>Diferença de OPEX</b>	<b>798</b>
<b>Impacto em Margem (d.d.i)</b>	<b>521</b>

(\*) Conforme consta da carta PRESI-E-003, de 10/02/21.

## **E) DA OBSCURIDADE NA FIXAÇÃO DOS ENCARGOS DE COMERCIALIZAÇÃO**

No âmbito regulatório estadual, não se pode deixar de considerar que a Concessionária, ora embargante, está inserida no bojo da reformulação do arcabouço regulatório do setor, acerca da inserção dos novos agentes como o Autoprodutor, Auto Importador e Consumidor Livre, fato que, inevitavelmente, impacta o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão e que foi desconsiderado pelo processo regulatório da 4ª Revisão Quinquenal.

Dentre novas definições, conceituações e previsão, a referida regulamentação nº 4.142/20 contemplou, em síntese, a criação de três tarifas, sem a definição dos valores a serem aplicados: (i) Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição – TUSD; (ii) Tarifa Específica para Uso do Sistema de Distribuição – TUSD-E; e (iii) Tarifa Específica para Uso do Sistema de Distribuição ao Seguimento Termelétrico – TUSD-Termelétrica.

Entendemos que a Deliberação AGENERSA nº 4.198/21 considera em seu fluxo de caixa um cálculo de margens não reposicionadas com base na estrutura de margens vigentes, tendo em vista que as novas margens a serem aplicadas, conforme determina a Deliberação AGENERSA nº 4.142/20 não foram definidas. Dessa forma, a implementação no quinquênio 2018-2022 de tarifas diferentes daquelas utilizadas pela Agência no cálculo fluxo de caixa da 4ª Revisão Tarifária provocará desequilíbrio econômico financeiro à Concessionária. **Ou seja, haverá necessidade de revisão extraordinária visando reequilíbrio quando da definição e aplicação de tais tarifas.**

Ademais, como se pode depreender da leitura da Deliberação embargada, a Agência aborda no âmbito da 4ª Revisão Quinquenal os efeitos da reformulação do arcabouço regulatório, sem, contudo, apresentar as definições necessárias que precisariam ser consideradas.

Nesse sentido, o art. 5º da Deliberação embargada, dispõe que *“considerando que os custos operacionais relativos aos procedimentos comerciais não são incorridos pela Concessionária, quando da atuação no mercado livre”* adota como encargos de comercialização o percentual de 1,9% até a fixação pela AGENERSA de outro percentual.



Ocorre que não foi apresentado pela Agência a memória de cálculo demonstrando a determinação do percentual de 1,9% a ser reduzido das tarifas dos Consumidores Livres.

Ademais, a AGENERSA não deixa claro se o percentual redutor de 1,9% já foi considerado em seu cálculo de margem não reposicionada projetada para o quinquênio 2018-2022. Faz-se, portanto, indispensável a apresentação de tal memória de cálculo de forma a dar transparência ao presente processo e permitir a realização de forma adequada do futuro cálculo de novas tarifas que terão que ser aplicadas aos demais consumidores, de forma a preservar o equilíbrio econômico financeiro. Isso porque a redução de tarifas para determinados consumidores implicará na elevação das tarifas dos demais.

Dessa forma, o dispositivo está eivado de obscuridade, destacando-se que o valor da margem não reposicionada é fator preponderante para a definição do índice de reposicionamento “m”, sendo imprescindível, portanto, portanto, o saneamento de tal obscuridade com a apresentação de tal memória de cálculo.

#### **F) DO EQUÍVOCO NA META DE INVESTIMENTOS. DAS INCONSISTÊNCIAS DANOSAS**

De acordo com os textos da página 122 do Relatório do Grupo de Trabalho da AGENERSA, foram adotados valores reais de CAPEX para os anos de 2018 e 2019, levados à moeda dez/16. Nesse sentido, observa-se que houve erro de consistência nos valores de CAPEX de 2019 contidos nos diferentes Anexos da Deliberação AGENERSA nº 4.198/21, conforme destacado na tabela abaixo.

<b>CAPEX CEG</b> <i>(MR\$, Moeda Dez16)</i>	<b>2018</b>	<b>2019</b>
Proposta Concessionária (Set18)	152,95	157,16
Realidade	144,05	139,84
Anexo 3 (Plano de Investimentos)	144,05	<b>144,15</b>
Anexo 5 (Base de Remuneração de Ativos)	144,05	<b>157,16</b>
Anexo 6 (Fluxo de Caixa)	144,05	<b>144,15</b>

Faz-se necessário a correção dos valores constantes dos Anexos, tendo em vista que tal correção implicará também na correção da evolução da base de ativos, ou seja, irá alterar o valor da Base Final e a linha de depreciação, o que impactará em recálculo do fluxo de caixa, portanto, do índice de reposicionamento “m”. Adicionalmente, o ajuste se faz necessário para evitar eventuais problemas futuros das análises de cumprimento de metas de investimentos Deliberados e cálculos de compensações por subinvestimentos a ser considerados na próxima revisão tarifária.

Em relação aos investimentos, cabe indicar também, que a referida Deliberação fixa metas físicas de investimentos para 2018 e 2019 que não estão alinhadas com as metas financeiras, tendo em vista que o valor financeiro projetado foi substituído pelo valor realizado, e suas metas físicas se mantiveram com os valores projetados pela Concessionária em sua proposta entregue em Set/2018, portanto estão descasadas. Portanto, faz-se necessário a correção dos valores constantes dos Anexos, conforme descrito acima, de forma a evitar eventuais problemas futuros de análises de cumprimento de metas de investimentos.



#### **IV - DO PEDIDO**

Ante o exposto, a Embargante requer que os presentes Embargos de Declaração sejam conhecidos e acolhidos, conferindo os necessários efeitos infringentes, para que V. Ex<sup>as</sup>. ao sanar os vícios apontados esclareçam os pontos apontados na r. Deliberação embargada.

Assim sendo, a Concessionária espera e requer:

- (i) Que seja solucionada a contradição existente entre os artigos 27 e 28 da Deliberação embargada, no que tange à metodologia aplicada na devolução da remuneração efetivamente recebida por investimentos previstos e não realizados, em decorrência do 3º Termo aditivo, de forma a descartar a metodologia equivocada aplicada pela Deloitte, fazendo incidir a metodologia reconhecidamente correta FGV;
- (ii) Que seja suprida a omissão quanto ao tratamento tarifário aplicável aos intangíveis decorrentes do pagamento da outorga compensatória, tendo em vista que essa r. Agência se restringiu a indicar, conforme constante no art. 23 da Deliberação embargada, que o montante a ser considerado e a metodologia de inclusão na base de remuneração de ativos, visando assegurar à Concessionária o direito à indenização no intangível pelo pagamento da outorga compensatória ao Estado, deve ser definido pelo Poder Concedente;



(iii) Que o Poder Concedente seja chamado a se manifestar, considerando o fato de que essa r. AGENERSA entende que o montante a ser considerado e a metodologia de inclusão da outorga compensatória na base de remuneração de ativo deve ser definido por ele;

(iv) Que seja excluída, com fundamento na vedação aos comportamentos contraditórios e à proibição ao *venire contra factum proprium*, a aplicação da penalidade constante no art. 2º da Deliberação embargada, em razão do alegado descumprimento dos prazos para entrega da proposta inicial da Concessionária, tendo em vista que tanto a Agência Reguladora quanto o Poder Concedente anuíram com a dilação de prazo solicitada;

(v) Que seja sanada a obscuridade presente no art. 18 da Deliberação embargada, tendo em vista que não haver fundamento técnico que embase a redução imposta nos valores do OPEX, previstos para o quinquênio 2018-2022;

(vi) Que sanada a obscuridade presente no art. 5º da Deliberação embargada, tendo em vista que a AGENERSA não deixa claro se o percentual redutor de 1,9% já foi considerado em seu cálculo de margem não reposicionada projetada para o quinquênio 2018-2022, bem como seja apresentada pela Agência a memória de cálculo demonstrando a determinação do percentual de 1,9% a ser reduzido das tarifas dos Consumidores Livres;





(vii) Que sejam corrigidos os erros contidos nos diferentes Anexos da Deliberação AGENERSA nº 4.198/21, já que tal correção implicará também na correção da evolução da base de ativos e evitará eventuais problemas futuros das análises de cumprimento de metas de investimentos;

(viii) Que os presentes Embargos sejam encaminhados para a Câmara de Política Econômica e Tarifária (“CAPET”) para pronunciamento acerca dos pontos aqui abordados.

Pede deferimento.

Rio de Janeiro, de 21 junho de 2021.

Décio Freire

OAB/MG 56.543

OAB/DF 1.742-A

Gustavo De Marchi

OAB/RJ 169.941

OAB/RJ 169.941

Ana Paula Carvalho

OAB/RJ 149.441