

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Processo nº. : E-12/003.399/2013.
Data de autuação: 16/12/2013.
Concessionária: Prolagos.
Assunto: Investimentos - Expansão - Distribuição Água. Projeto de Implementação do Sistema de Abastecimento de Água - Bairro Unamar - Setor II - Tamoios - 2º Distrito - Município de Cabo Frio/RJ.
Sessão Regulatória: 30/04/2019.

RELATÓRIO

Trata-se de processo instaurado objetivando analisar o Projeto de Implementação do Sistema de Abastecimento de Água - Bairro Unamar - Setor II - Tamoios - 2º Distrito - Município de Cabo Frio/RJ, da Concessionária Prolagos.

Na Sessão Regulatória de 30/06/2018, este Conselho Diretor editou a Deliberação AGENERSA nº 3.481/2018, *in verbis*:

"DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 3.481 DE 30 DE JULHO DE 2018

CONCESSIONÁRIA PROLAGOS - INVESTIMENTOS – EXPANSÃO DISTRIBUIÇÃO ÁGUA. PROJETO DE IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA – BAIRRO UNAMAR – SETOR II TAMOIOS – 2º DISTRITO – MUNICÍPIO DE CABO FRIO - RJ.

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/003.399/2013, por maioria,

DELIBERA:

Art.1º - Considerar o valor de R\$ 920.703,97 (Novecentos e vinte mil setecentos e três reais e noventa e sete centavos), *como valor efetivamente realizado na execução do projeto " EXPANSÃO DISTRIBUIÇÃO ÁGUA. Projeto de Implantação do Sistema de Abastecimento de Água – Bairro Unamar – Setor II Tamoios – 2º Distrito – Município de Cabo Frio - RJ"* tendo em vista ter sido o valor comprovado pela Concessionária através de notas fiscais e verificado pela CAPET.

Art.2º - Aplicar a Concessionária PROLAGOS a penalidade de multa no percentual de 0,004% (quatro milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos



Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

12 meses anteriores à prática da infração pela execução do projeto antes de ter sido apresentado a esta AGENERSA, bem como pelo envio de informações contrárias a realidade da execução objetivando dar cumprimento aos comandos da Deliberação AGENERSA n.º 1.833/2013, pelo descumprimento da Cláusula Décima, Parágrafo Primeiro, a', c', d' e g' do Contrato de Concessão, com base no artigo 14, II da Instrução Normativa AGENERSA n.º 007/2009.

Art.3º - Aplicar a Concessionária PROLAGOS a penalidade de multa no valor de 0,002 (dois milésimos por cento) pela não apresentação da Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, descumprindo assim a Cláusula Décima, Parágrafo Primeiro, g' do Contrato de Concessão, com base no artigo 14, II da Instrução Normativa AGENERSA n.º 007/2009.

Art.4º - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com a CASAN e CAPET, a lavratura dos correspondentes Autos de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 007/2009. (...)"

Publicada a decisão no DOERJ, a Concessionária opôs Embargos na data de 20/08/2018. Registrando, inicialmente, sua tempestividade. Em sequência, elaborou breve relato do feito e, ao ensejo, se insurgiu contra a Deliberação supracitada, alegando erro material e, também, omissão em dois momentos distintos. Confira-se:

"III. DO ERRO MATERIAL CONTIDO NO VOTO DO RELATOR.

(...) Ocorre que, no sétimo parágrafo da página em referência, a frase se inicia com a expressão ".457.633,39 (um milhão quatrocentos e cinquenta e sete mil seiscentos e trinta e três reais e trinta e nove centavos) e quando", de modo que, presumivelmente, o início da frase foi deixado de fora. (...)

Não obstante se tratar de mero equívoco, a inexactidão material em baila acaba por comprometer gravemente a compreensão do decisum, razão pela qual é imperioso o seu reparo.

IV. DA OMISSÃO. DECISÃO QUE NÃO SE PRONUNCIOU SOBRE A COMPROVAÇÃO DOS GASTOS DA OBRA.

Conforme acima narrado, a decisão embargada considerou o montante de R\$920.703,97 (novecentos e vinte mil, setecentos e três reais e noventa e sete centavos) como valor efetivamente realizado na execução do projeto, tendo em vista ter sido o dispêndio comprovado pela Concessionária através de notas fiscais e verificado pela CAPET. (...)

Ocorre que a Concessionária Prolagos, instada a se manifestar em Razões Finais, assinalou que a CAPET, ao alterar o valor da comprovação do investimento, assegurou a possibilidade de revisão dos valores em caso de comprovação dos gastos de mão de obra e materiais.

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Desse modo, a Prolagos apresentou as Planilhas de Medição de Obra, referente às NF's de fls. 126/130 emitidas pelas empresas Engepav e Equipav, detalhou os serviços a que se refere a nota fiscal de fls. 293 e apresentou, ainda, Notas Fiscais da empresa Polierg, de modo que restaram comprovadas todas as despesas da obra questionadas pela CAPET, com exceção da NF de fls. 309, considerando a concordância da Concessionária com a glosa do valor a ela referente.

Diante de tais argumentos, assim como da documentação apresentada, a Prolagos requereu a reconsideração dos cálculos pela CAPET, o que, conforme se verifica do decisum ora embargado, não foi apreciado por este Conselho Diretor.

Desta forma, verifica-se a falta de pronunciamento sobre questões de fato e de direito relevantes para o julgamento, exigindo-se, portanto, seja sanada tal omissão.

V. DA OMISSÃO. DECISÃO QUE NÃO SE PRONUNCIOU ACERCA DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA OBRA PELA MUNICIPALIDADE.

Foi omissa, também, a decisão embargada, no tocante à aplicação, à Concessionária Prolagos, da penalidade de multa pela execução do Projeto antes de ter sido apresentado à Agência. (...)

Ocorre que, consoante o teor do dispositivo e do voto, verifica-se que a decisão não se pronunciou sobre o Ofício GAPRE nº 45/2012, através do qual o Município de Cabo Frio solicitou, à Concessionária, a antecipação do cronograma das obras.

Trata-se de argumento de extrema relevância levantado pela Concessionária, considerando-se que o projeto em questão foi realizado na localidade de Tamoios que era, até então, carente do serviço essencial de fornecimento de água potável, de modo que, ao antecipar a aquisição de materiais e até mesmo a implantação das obras, a Prolagos agiu visando única e exclusivamente o atendimento à população, ou seja, ao interesse público.

Outrossim, tendo em vista que os Princípios da Supremacia do Interesse Público e da Eficiência preponderam em todas as atividades administrativas, de modo que o fim último seja o benefício da coletividade, o que foi fielmente observado pela Concessionária.

Desta forma, impõe-se que este Conselho Diretor se pronuncie, também acerca da questão ora em apreço, de modo a sanar tal omissão.

VI. CONCLUSÃO

Requer-se, assim, sejam os presentes Embargos de Declaração conhecidos e providos, a fim de que sejam sanados os vícios supra apontados".

Em prosseguimento, a douta Procuradoria desta Agência, após nova análise do feito, se manifestou, às fls. 609/613, e opinou conforme transcrevo, em parte:

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

"(...) A Concessionária, no Item III de sua peça, alega que a ausência do numeral "1" no corpo do voto, acabaria por "comprometer gravemente a compreensão do decisum".

Oportuno, entretanto, ressaltar que o valor em reais a ser expresso pelo número em que houve a falta do numeral "1" encontra-se escrito por extenso no voto, logo após sua indicação numérica, ou seja, de total compreensão e entendimento para o leitor. (...)

Em continuidade, a Prolagos questiona o teor do voto nos Itens IV e V, alegando omissão de pronunciamento em dois aspectos, quais sejam: i) "sobre a comprovação dos gastos da obra" e ii) "acerca do pedido de antecipação da obra pela municipalidade".

De início, faz-se oportuno reforçar o dever da Concessionária de prestar as devidas informações a esta Agência, obrigação esta imposta em mais de uma das normativas que norteiam as bases da relação entre Agência Reguladora e Regulada.

Portanto, partindo da premissa consolidada, e de amplo conhecimento da Prolagos, principalmente no que se refere ao seu dever de não só informar, como também obter aprovação desta Agência para a realização de uma obra da magnitude da presente, não se mostra válida a alegação de omissão na decisão embargada. A uma, porque consta dos autos, e do voto, as razões pelas quais a CAPET chegou ao valor considerado pelo r. Conselho Diretor desta Autarquia; a duas, pois em que pese o pedido da municipalidade para antecipação da obra, tal pleito deveria ser trazido ao conhecimento desta Agência, o que fica evidente nas razões do voto, em especial nos fundamentos das penalidades aplicadas à Concessionária. (...)

Por todo o exposto, esta Procuradoria opina pelo conhecimento dos Embargos Declaratórios, porque tempestivos e, no mérito, pelo seu parcial provimento, para que se proceda a simples correção do erro material no corpo do voto, suscitado pela Concessionária Prolagos, sem alteração do teor dos comandos deliberativos".

Por fim, a Prolagos foi instada a apresentar Razões Finais por meio do Ofício AGENERSA/CODIR/JB nº 075/2019, às fls. 616.

É o relatório.


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

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Processo nº. : E-12/003.399/2013.
Data de autuação: 16/12/2013.
Concessionária: Prolagos.
Assunto: Investimentos - Expansão - Distribuição Água. Projeto de Implementação do Sistema de Abastecimento de Água - Bairro Unamar - Setor II - Tamoios - 2º Distrito - Município de Cabo Frio/RJ.
Sessão Regulatória: 30/04/2019.

VOTO

Trata-se de analisar os Embargos opostos pela Concessionária Prolagos contra a Deliberação AGENERSA nº 3.481/2018.

Inicialmente, registro a tempestividade da peça processual, porquanto a decisão embargada foi publicada no DOERJ de 13.08.2018 e os Embargos protocolados em 20.08.2018 (segunda-feira), primeiro dia útil subsequente ao término do prazo de 05 (cinco) dias previsto no Regimento Interno desta Agência Reguladora, período que teve fim no dia 18.08.2018 (sábado).

A Concessionária, em Razões Finais¹, repisou as razões dos Embargos, requerendo, ao final, que os mesmos sejam conhecidos e, no mérito, providos.

Passando-se à análise das questões abarcadas nos Embargos, quais sejam, **erro material** e **omissão**, entendo que não prosperam as razões da Concessionária, ora embargante.

Com efeito, a Prolagos alega que existiria erro material no bojo do voto com o condão de "*comprometer gravemente a compreensão do decisum*". Da re-leitura do voto, fica evidente que o erro em apreço se consubstancia em mero erro de digitação, não se tratando, portanto, de erro material substancial, capaz de comprometer a inteligência do voto ou dos comandos deliberativos embargados, este sim passível de reparo.

¹ Razões Finais da Prolagos, às fls. 618/626.

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Desse modo, a compreensão da decisão resta intacta, especialmente porque os valores expressos no parágrafo em que houve o citado erro material foram enviados pela própria Regulada a esta Autarquia e encontram-se, ainda, expressos, de forma integral e contextualizada, no segundo parágrafo do próprio voto. Veja-se: "*Conforme Projeto apresentado e apreciado na sessão regulatória de 28/11/2013, o investimento foi orçado em R\$ 1.457.633,39 (Um milhão quatrocentos e cinquenta e sete mil, seiscentos e trinta e três reais e trinta e nove centavos) e objetivava realizar, segundo informações trazidas pela Concessionária, 708 (setecentos e oito) ligações e beneficiária cerca de 2.478 (dois mil, quatrocentos e setenta e oito) habitantes*". Com a sequência do raciocínio no sexto parágrafo: "*Do referido As Built, verificou-se que a extensão da obra foi alterada para 10.145,5m, bem como o número de ligações aumentou para 934, o que ocasionou um aumento do valor orçado para R\$ 1.665.622,04 (Um milhão seiscentos e sessenta e cinco mil seiscentos e vinte e dois reais e quatro centavos), gerando uma diferença de R\$ 207.388,65 (duzentos e sete mil, trezentos e oitenta e oito reais e sessenta e cinco centavos)*". Assim, a inteligência dos dispositivos, e até mesmo da frase embargada, pode ser compreendida *ipsis litteris* no corpo do voto.

Prosseguindo, a Concessionária segue, questionando o bojo do voto que deu azo à Deliberação embargada em dois pontos (Itens IV e V), com a alegação de omissão nos seguintes momentos: (i) "*sobre a comprovação dos gastos da obra*" e (ii) "*acerca do pedido de antecipação da obra pela municipalidade*".

Inicialmente, torna-se imperioso reforçar uma das bases da relação entre Agência Reguladora e Regulada, qual seja, o dever da Prolagos de não só informar, como também, e principalmente, obter a aprovação desta AGENERSA para realização de obras afetas à concessão. Como bem motivado no voto, ora combatido, não pode a Concessionária buscar de eximir de tal responsabilidade, nem mesmo mediante pedido do Poder Concedente, sendo certo que tal pedido deveria ter sido, também, encaminhado em tempo a esta Agência, dada a sua relevância.

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Emprego e Relações Internacionais
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Ressalto, ao ensejo, que tais exposições somente estão sendo repisadas porquanto oportuno fazê-las em sede de embargos, pois certo é que tais razões encontram-se registradas e motivadas no voto em tela. Assim, não se mostra válida ou razoável a alegação de omissão na decisão embargada. Isto porque consta dos autos, do relatório e do voto, as razões da CAPET para considerar o valor posteriormente aprovado por este Conselho Diretor e, ainda, porque mesmo diante de pedido da municipalidade para antecipação da obra, a Prolagos deveria ter trazido tal solicitação ao conhecimento desta Agência, o que fica evidente nas razões do voto, em especial nos fundamentos das penalidades aplicadas à Concessionária.

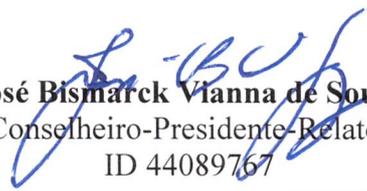
Portanto, não há que se falar em erro material substancial, ou seja, passível de correção por meio de comando deliberativo, tão menos em omissão, posto que o voto encontra-se amplamente motivado. No mais, matéria de mérito deve vir, se for o caso, por via própria, não sendo os presentes embargos meio eficaz para discussão meritória.

Ademais, como bem pontuado pela douta Procuradoria desta Agência, "(...) é de suma importância observar que o Relatório e o Voto que originaram a Deliberação em tela estão a esta integrada, em respeito e atenção ao Princípio da Motivação dos Atos Administrativos, visto que as decisões impostas por esta Autarquia observam, a rigor, os Princípios norteadores do Processo Administrativo. Assim, para que se tenha o completo entendimento das razões que levaram o Conselheiro-Relator a editar tais comandos deliberativos, é imperioso que se faça a leitura completa do voto que a originou".

Pelo exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos contra a Deliberação AGENERSA nº. 3.481/2018 e negar-lhes provimento.

É como voto.



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



SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12/003/399/2013
Data: 12/06/2013 Fls. 635
Rubrica: AM.50201247

Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico e Geração de Emprego e Renda
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 3822,

DE 30 DE ABRIL DE 2019.

**CONCESSIONÁRIA PROLAGOS - INVESTIMENTOS -
EXPANSÃO - DISTRIBUIÇÃO ÁGUA. PROJETO DE
IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE
ÁGUA - BAIRRO UNAMAR - SETOR II - TAMOIOS - 2º
DISTRITO - MUNICÍPIO DE CABO FRIO/RJ.**

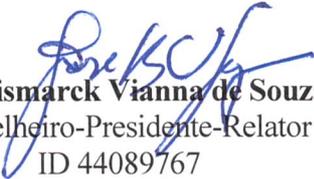
O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório n° E-12/003.399/2013, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer os Embargos opostos contra a Deliberação AGENERSA n°. 3.481/2018 e negar-lhes provimento;

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

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2019.


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


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro
ID 44299605


Silyio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro
ID 39234738


Tiago Mohamed
Conselheiro
ID 50899617


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro
ID 05546885


Vogal