



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-12/003/2/2018
Data	02/01/2018
Fls.	143
Publica	04.02.2018

Processo nº. : E-12/003/2/2018

Data de autuação: 02/01/2018.

Concessionárias: CEG RIO

Assunto: AUTO DE INFRAÇÃO. PROCESSO Nº. E - 12/003/231/2017.

Sessão Regulatória: 30/07/2018.

RELATÓRIO

O presente processo foi instaurado em razão do processo regulatório E - 12/003/231/2017.

De fls. 05/47 constam os relatório, voto e deliberação exarados originariamente, em sede de Embargos e em grau de recurso, nos autos do processo supracitado¹.

No despacho de 02/01/2018 a CAPET registra a estimativa de cálculo "(...) referente aos provisionamentos dos pagamentos das parcelas de Outorgas do 3º termo aditivo da CEG e CEG-Rio até 31/12/2017, acrescido de multa e juros até 02/01/2018 (...)", consoante demonstrativo apresentado.

À fl. 54 consta a Minuta do Auto de Infração, a qual foi submetida à procuradoria da AGENERSA para, em suma, análise e verificação quanto a sua conformidade com a Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, assim como averiguação quanto à existência de demanda judicial sobre o assunto e sua situação processual.

À fl. 56 o jurídico desta Reguladora exara o seguinte:

"Com relação aos termos da minuta de AI, (...), esta Procuradoria opina pelo prosseguimento do feito, cabendo lembrar que compete à AGENERSA, na forma do inciso I, art. 4º, Lei no 4.556/2005, zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições.

¹ Vide Deliberações 3167/2017; 3208/2017; 3242/2017; e 3267/2017.



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-12/003/2 / 2018
Data:	02/01/2018 Fls. 144
rubrica:	CEG - 5021247

Sobre o tema, observo que o objeto da minuta em comento trata de obrigação por parte das Concessionárias CEG e CEG RIO no que se refere à atualização das parcelas decorrentes da outorga fixada 3ª TA aos instrumentos concessivos, entendimento esse que culminou, por unanimidade, na edição das deliberações na Deliberação AGENERSA nº 3.167/2017, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 3.208/2017 e 3.267/2017, observando-se rigorosamente o contraditório no âmbito do Processo Regulatório no E-12/003/231/2017.

Contudo, merece realce o fato de que estamos diante de um contexto administrativo que envolve, de um lado, a obrigação da AGENERSA de zelar pelo cumprimento dos contratos administrativos e, de outro, o reconhecimento expresso de que o valor apurado pertence aos cofres do Estado, razão pela qual esta Procuradoria entende que o valor cobrado deverá ser repassado para o Tesouro estadual.

Diante deste contexto híbrido, sendo certo que a AGENERSA possui delegação legal para zelar pelo cumprimento dos contratos, esta Procuradoria opina pelo prosseguimento, observadas as ponderações citadas, sem prejuízo da oitiva final do Estado."

Lavrado o Auto de Infração nº. 002/2018 e entregue ao autuado em 10/01/2018 a CEG RIO apresentou contra ele Impugnação.

Na referida peça, protocolada na AGENERSA em 17/01/2018, a Concessionária sustentou a tempestividade da Impugnação alegando que o prazo para a apresentação da peça seria de 05 (cinco) dias úteis. Considerando que a Concessionária recebeu o AI em 10/01/2018 e o prazo para o protocolo findaria em 17/01/2018, indiscutível era a sua tempestividade.

No subitem "I.1 - PRELIMINARMENTE" a Concessionária compreendeu que a AGENERSA não poderia formalizar, por meio de Auto de Infração, cobrança que seria indevida porque devida, em verdade, ao Estado do Rio de Janeiro.

7



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-12/003/2/2018
Data:	02/01/2018 Fts. 145
Assinatura:	ay - 502024

Registrou, nesse sentido, que a hipótese de recolhimento de valores supostamente devidos ao Estado do Rio de Janeiro não encontrava previsão na Instrução Normativa CODIR nº. 001/2007, porquanto os arts. 8º ao 11 dessa norma somente previam a lavratura do Auto de Infração nas hipóteses de aplicação de penalidade pela AGENERSA e atraso no recolhimento da Taxa de Regulação; entendeu, assim, que o rol para os casos de lavrar AI seria taxativo, não havendo "(...) a hipótese de se cobrar valor que se entenda devido ao Estado do Rio de Janeiro, que é o caso do IGP-M, supostamente advindo da assinatura do 3º Termo Aditivo"; registrou que "(...) o presente ato administrativo, prescinde das formalidades legais necessárias, uma vez que a cobrança em espeque não condiz com a emissão de Auto de Infração, devendo o próprio Estado do Rio de Janeiro, caso assim entenda, adotar as medidas necessárias para recebimento do referido valor"; ressaltou "(...) que é vedado à Administração Pública, proceder à confecção de um auto de infração, sem que sejam rigorosamente cumpridos os requisitos cabíveis" e que "o auto de infração é um documento solene, devendo ser preenchidas todas as formalidades quando da sua confecção, sob pena de nulidade do ato", fatos cujas faltas ferem, segundo a Concessionária, a legislação vigente e, assim, o direito ao contraditório e ampla defesa; e requereu, "diante da inexistência de requisito legal do ato administrativo pela AGENERSA, (...) o acolhimento das presentes alegações, com a declaração da nulidade do auto de infração nº. 002/2018".

Sob o subitem "II.1 - DA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO", a Concessionária registrou que o presente AI deveria ser considerado nulo porque "(...) o valor que vem sendo cobrado pela AGENERSA, a título de IGP-M, supostamente devido em razão das datas de pagamento das 2ª e 3ª parcelas previstas nos Terceiros Termos Aditivos aos Contratos de Concessão, encontra-se sob análise do Poder Concedente, em razão da interposição de Recurso Hierárquico Impróprio, protocolado na Secretaria da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico do Estado do Rio de Janeiro"; salientou "(...) que o referido Recurso conta com pedido de efeito suspensivo, que ainda não foi apreciado pelo Secretário o que, desde já, torna precipitada e emissão do presente Auto de Infração pela AGENERSA"; defendeu que "(...) tal providência afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa, uma vez que a questão ainda se encontra sob análise do Poder Executivo Estadual"; ressaltou que o Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, mencionado no Auto de Infração como descumprido, "(...) não contém qualquer previsão de recolhimento de IGP-M pelas Concessionárias, ao contrário, pela Cláusula



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-12/003/2 / 2018
Data	02/01/2018 Fls. 146
Assinatura	04 SC201247

2.1 do referido Instrumento, eram devidas pela CEG RIO três parcelas de igual valor, descritas no referido documento"; expôs que quando o referido Termo quis prever a incidência de IGP-M o fez em outras disposições, "(...) deixando de fazê-lo na cláusula que determina o pagamento da outorga compensatória"; asseverou que a AGENERSA alega que o IGP-M é regra geral do Contrato de Concessão, "(...) sendo certo que o contrato original não previa o pagamento de outorga, o que se revelou uma inovação do 3º Termo Aditivo", não cabendo falar "(...) que tal previsão do Contrato de Concessão se estenderia ao pagamento da Outorga prevista no Aditivo anteriormente mencionado"²; asseverou que "(...) ao longo das negociações junto ao Poder Concedente, a Concessionária informou que, caso fosse prevista qualquer espécie de atualização monetária, o seu Conselho de Administração não aprovaria a assinatura do referido Termo, momento em que, da minuta, passou a ser excluída a previsão de qualquer tipo de atualização inicialmente intencionada pelo Poder Concedente"; explicou, nesse passo, que "(...) as partes livremente e de boa-fé pactuaram a não incidência do IGP-M, o que deve ser respeitado e observado em razão do pacta sunt servanda e da autonomia da vontade, sob pena de ilegalidade"; e considerou ser evidente que a AGENERSA não poderia "(...) emitir Auto de Infração com cobrança que ainda está sendo avaliada pelo Poder Concedente, em sede de Recurso Hierárquico Impróprio, com pedido de efeito suspensivo, sob pena de estar extrapolando sua esfera de competência e cometendo flagrante ilegalidade."

Em conclusão, a Concessionária requereu, em síntese, o "(...) acolhimento da matéria elencada preliminarmente, considerando-se nulo o auto de infração", e, na hipótese de rejeição da preliminar suscitada, pleiteou a improcedência do AI "(...) eis que ausentes os fundamentos que justificam sua lavratura, tornando sem efeito a aludida autuação (...)".

À fl. 67 a procuradoria sugeriu, ante a ausência de demonstração dos débitos compensados, a apresentação, pela Delegatária, de todas as faturas de serviços prestados junto aos Órgãos públicos "(...) que foram ajustadas na composição do montante de compensação" e a Delegatária o faz das fls. 73/107.

² Grifos como no original.

7



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-12/003/2/2018
Data:	02/01/2018 Fls. 147
Assinatura:	04-5251247

Em despacho datado de 09/05/2018 a CAPET relatou que os autos tratavam-se do pagamento da outorga pela Concessionária CEG RIO em razão da celebração do Terceiro Termo Aditivo ao seu Contrato de Concessão. A Câmara Técnica lembrou que através do Ofício nº. 50³, a Concessionária afirmou "(...) que é credora do Estado do Rio de Janeiro, referente aos valores de fornecimento de gás natural canalizado de diversos órgãos públicos do Estado, dívidas não liquidadas até setembro de 2016" e que essas faturas totalizavam "(...) a quantia de R\$ 30.113,45 (trinta mil, cento e treze reais e quarenta e cinco centavos)"; expôs, considerando a apresentação, nestes autos, de faturas de serviços junto a órgãos Públicos que foram ajustadas na composição do montante da compensação⁴, que "(...) o valor de R\$ 30.113,45 (trinta mil, cento e treze reais e quarenta e cinco centavos), a título de compensações de débitos (...)", estava confirmado; e destacou, registrando o levantamento efetuado através de tabela, que "(...) dentro do conjunto das faturas conferidas, a Delegatária efetuou atualização monetária de débitos vencidos, utilizando-se, para tanto, da variação do IGP-M, mesmo indicador contratual."

Em sua promoção, a Procuradoria da AGENERSA exarou o seguinte:

"1. Em análise às faturas apresentadas pela Concessionária CEG RIO no bojo do feito, esta Procuradoria observa que foi compensado pela delegatária débitos prescritos e não autorizados pela Lei nº 7.019, de 11 de junho de 2015 e, tampouco, pela Lei nº 7.298, de 31 de maio de 2016.

2. Sobre o tema é de mais valia recordar os fundamentos colacionados pela CAPET, fls. 110/112, que se coadunam com o peticionamento da Concessionária CEG RIO junto a esta Autarquia. Salienta-se que no bojo da Correspondência 050/2016, a Concessionária CEG RIO informa e comprova a título de antecipação de pagamento do valor previsto na 3ª parcela da outorga (3º Termo Aditivo) - perfaz a quantia de R\$ 79.870.000,00 (setenta e nove milhões e oitocentos e setenta mil reais) - a concordância pelo Governo do Estado em face das deduções sobre esta parcela devida. Segundo a delegatária,

³ Apresentado no processo E-12/003/231/2017.

⁴ A CAPET afirmou que a Concessionária "(...) encaminhou todas as faturas de serviços dos Órgãos do Estado (fls. 73-107), informando que a assessoria da Casa Civil já reconheceu a possibilidade de tal compensação."



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-12/003/2	2018
Data: 02/01/2018	Fis: 148
Rubrica: <i>Cm. SOROPATY</i>	

em virtude da antecipação ocorrerão deduções do montante da dívida de R\$ 30.113,45 (trinta mil, cento e treze reais e quarenta e cinco centavos), bem como o custo financeiro de R\$ 2.836.126,43 (dois milhões, oitocentos e trinta e seis mil, cento e vinte e seis reais e quarenta e três centavos), cujo valor final foi de R\$ 77.003.760,12 (setenta e sete milhões, três mil, setecentos e sessenta reais e doze centavos).

3. *Expõe que é credora do Estado do Rio de Janeiro relativamente a valores de fornecimento de gás natural canalizado a diversos órgãos públicos estaduais, relativos aos períodos de 10/08/1998 a 25/12/2011 e 05/05/2016 a 14/09/2016, os quais totalizam a quantia de R\$ 30.113,45 (trinta mil, cento e treze reais e quarenta e cinco centavos), consoante a soma das tabelas dos anexos que acosta em sua petição, mas que se coadunam às dívidas apuradas até 31/08/2016 e dívidas referentes ao período setembro/2016 - apuradas em 14/09 - período entre 01/09 e 14/09.*

4. *Ao ensejo, tenha-se em mente que a Lei nº. 7.019, de 11 de junho de 2015, é clara, no que se refere ao âmbito de incidência, objeto e agentes. As dívidas autorizadas e reconhecidas (serviços prestados até 31/12/2014) pela Administração até 31 de agosto de 2015, são aquelas contraídas apenas em função da prestação dos serviços e do fornecimento dos produtos, quais sejam: 'compensação de dívidas líquidas e certas do Estado do Rio de Janeiro com concessionárias ou autorizatárias por conta da prestação de serviço público de telecomunicações, de fornecimento de energia elétrica e de fornecimento de gás canalizado e com empresas fornecedoras de combustíveis ao estado, com créditos tributários vincendos ou com débitos tributários vencidos inscritos em Dívida Ativa, relativos ao ICMS devido pelas concessionárias, autorizatárias e empresas fornecedoras de combustíveis.' No mesmo sentido, segue a dicção da Lei nº 7.298, de 31 de maio de 2016, que exige reconhecimento pela Administração até 31 de maio de 2016, autorizando-se, apenas, os débitos ocorridos até 11 de julho de 2016.*

5. *Além disso, a citada legislação adverte, ao lado do reconhecimento formal pela Administração Pública, que as dívidas - objeto de compensação -*

8



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-12/003/2	2018
Data 02/01/2018	Fls. 149
Rubrica 04-50201243	

são aquelas contraídas em função da prestação dos serviços, in casu, gás canalizado com créditos tributários vincendos ou aqueles inscritos em Dívida Ativa, relativos, tão somente, ao ICMS - contraídas em função da prestação dos serviços junto aos órgãos da Administração Direta, Autarquias e Fundações Públicas do Estado do Rio de Janeiro.

6. No entanto, não é preciso muito esforço para reconhecer que a Concessionária CEG inverteu a hipótese de incidência legal e compensou indevidamente do valor referente à 3ª parcela da outorga compensatória o montante da dívida de R\$ 30.113,45 (trinta mil, cento e treze reais e quarenta e cinco centavos) referente a prestação de serviços públicos de gás canalizado aos órgãos públicos estaduais. Sem contar a dedução do custo financeiro de R\$ 2.836.126,43 (dois milhões, oitocentos e trinta e seis mil, cento e vinte e seis reais e quarenta e três centavos)

7. A compensação autorizada em sede legal parte do montante das dívidas líquidas e certas do estado do Rio de Janeiro com as concessionárias em decorrência da prestação de serviço público - fornecimento de gás canalizado - com os créditos tributários vincendos e relativos ao ICMS, atendo-se ao período retromencionado a que a lei faz alusão. Ora, consoante o padrão de compreensão do homem médio, é nítido que o débito relativo à outorga compensatória é totalmente distinto da natureza jurídica reservada à dívida líquida vinculada ao fornecimento de gás canalizado pela CEG RIO.

8. Ademais disso, ainda que se tratasse de compensação autorizada pela lei, a legislação em referência exige observância de um rito formal para tanto. A Concessionária teria, sob o prisma da Lei nº 7.019, de 11 de junho de 2015, direito de compensar dívidas líquidas e certas vinculadas ao fornecimento de gás canalizado, observando-se o rol dos agentes competentes e demais condicionamentos prescritos, até 31/08/2015, com os créditos tributários vincendos relativos ao ICMS devido pela CEG. Ao passo que, sob a esfera da Lei nº 7.298, de 31 de maio de 2016, a delegatária teria que observar o semelhante rigor até 31 de maio de 2016. Longe disso, se valeu de compensações não autorizadas em lei, incluindo débitos prescritos - não se



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-12/003/2 / 2017
Data:	02/01/2018 Fis. 150
Publica:	ay - 50201242

atendo ao período autorizado para o início das compensações, quais sejam: a partir de 31.12.2009 (Lei nº 7019, de 11 de junho de 2015) e a partir de 31.07.2011 (Lei nº 7.298, de 31 de maio de 2016) -, via manejo de um mero peticionamento, 29.06.2016, bojo do qual há assinatura do Vice Governador aposta no documento em questão. Soma-se, ainda, na esteira das irregularidades compensações, a presença de alguns órgãos que não integram a Administração Direta e, tampouco, são Autarquias e Fundações, a exemplo da CEDAE.

9. Partindo da literalidade legal, impõe-se reconhecer locupletamento indevido por parte da Concessionária CEG, auferindo ganho financeiro de forma tríplice, eis que: i) os valores compensados os foram indevidamente, fugindo, pois, da hipótese de incidência legal - compensados débitos não tributários; ii) clara lesão ao erário, verificada, por sua vez, dos efeitos 'eliminação dos custos financeiros' que a delegatária imprimiu, desprovida de autorização legal, através da antecipação de pagamento previsto para o mês de dezembro de 2016 - referente ao 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de serviço público de gás canalizado; iii) acrescenta-se que, ao lado da lesão ao erário, esses malsinados descontos indevidos foram creditados no ativo, bem como compensados débitos prescritos. Esses fatos são bastante, por si só, para comprovar o locupletamento indevido pela CEG em detrimento dos interesses estatais e da concessão.

10. Tal atitude, flagrantemente contrária às Leis nº 7.019, de 11 de junho de 2015 e Lei nº 7.298, de 31 de maio de 2016, representa latente má-fé, não só à legislação tributária 'fraude tributária', como também ao erário público, sinalizando quebra da confiança na totalidade dos interesses confiados pelo Estado à cura da delegatária.

11. Por outro lado, observo, ainda, que Concessionária CE RIO se valeu do IGPM para correção dos débitos que não poderiam ter sido 'compensados e nem descontados'. No entanto, tal comportamento 'contraditório' não guarda consonância com as diversas irresignações apresentadas no Processo Regulatório nº E -12/003/121/2017, as quais, diga-se de passagem, refutam o



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-12/003/2/2017
Data:	02/01/2018 Fis. 151
Assinatura:	an - 50201247

cabimento da atualização pelo IGPM. Sobre o tema, não é tarde lembrar que o valor da aludida outorga é 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.

12. Ademais disso, observo, por meio da Ata de Reunião do Conselho de Administração Realizada em 25/10/2016, declaração subscrita pelos acionistas (...) bojo da qual ratificam que 'ao final do mês passado (setembro/2016), a Companhia recebeu uma solicitação do Governo do Estado do RJ para antecipar o pagamento previsto para o mês de dezembro de 2016 referente ao 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão de serviço público de gás canalizado. Dessa forma, a efetivação desta antecipação requerida foi feita no dia 27.09.2016, sendo que a Companhia conseguiu eliminar os custos financeiros com a antecipação até a data do efetivo pagamento, bem como a dedução do montante da dívida apurada até a data do efetivo pagamento, referente a prestação do serviço de distribuição de gás natural canalizado aos órgãos públicos estaduais, compensações estas realizadas diretamente pela Companhia sobre o valor originalmente previsto desta 3ª parcela, chegando-se assim, ao valor final de R\$ 45.252.089,60 (quarenta e cinco milhões, duzentos e cinquenta e dois mil, oitenta e nove reais e sessenta centavos).

13. Dessa forma, além das diversas irregularidades observadas nos montantes compensados pela CEG RIO, salta aos olhos, mais uma vez, que as alterações nas condições ora pactuadas deveriam ter observado o 'formalismo' exigido, qual seja: celebração de novo termo aditivo. Logo, entendemos que as questões suscitadas deveriam seguir o rito formal estabelecido em lei, sob pena de se reputarem 'não lidas'. Em outras palavras, reputa-se lida e legítima as alterações associadas com o respectivo manejo de instrumento simétrico -



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-12/003/231/2018
Data:	02/01/2018
Fis.:	152
Subscrição:	04-50201247

celebração de Termo Aditivo - sob pena de se perpetuar irregularidades contratuais dissociadas, por óbvio, da boa fé.

14. Adicionalmente, a CEG RIO reforça que o AI impugnado é nulo, argumentando, para tanto, que há recurso hierárquico impróprio pendente de julgamento e que conta com pedido de efeito suspensivo - pendente de apreciação. Segundo a exegese dos arts. 58 e 66 da Lei 5.427/2009, não há óbice legal à autoexecutoriedade das decisões administrativas quando da mera interposição de recurso administrativo, cabendo lembrar aqui que, até o presente momento, não conta com o deferimento do pedido de efeito suspensivo. Neste ângulo de análise, esta Procuradoria opina pela negativa de provimento da presente impugnação ao Auto de Infração, reputando-se, pois, válido.

15. Por fim, é de mais valia rememorar que os procedimentos de cobrança adotados pela AGENERSA contaram com a autorização prévia emitida pela Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico, devendo o Auto de Infração, por igual, conter a mesma anuência.”⁵

Por meio do Ofício nº. 132/2018 a Delegatária foi instada a apresentar razões finais, através das quais praticamente repisou os argumentos contidos em sua Impugnação, reforçando que não poderia a AGENERSA adentrar questão de mérito, que “(...) deveria ser etapa prévia a lavratura do Auto de Infração (...)”, sendo correto, apenas, a Agência ter requerido as faturas no bojo dos autos nº. E-12/003.231/2017 para conferência e análise; registrou sua discordância com os termos do parecer jurídico da AGENERSA rebatendo, em primeiro lugar, os argumentos jurídicos quanto à compensação apenas no que se refere ao ICMS, porquanto a previsão é de que o consumidor pague suas faturas de gás canalizado e “(...) o que a Concessionária e o Estado fizeram nada mais foi do que acertar, mutuamente, acordo que era benéfico para ambas as partes”; ressaltou, no que tange à afirmação de locupletamento indevido, que a CEG RIO recebeu valores do Estado por um serviço prestado; alegou, quanto à prescrição, que ela impede a cobrança judicial da dívida, mas “(...) diferentemente do crédito tributário, a dívida continua existindo, podendo inclusive ser cobrada extrajudicialmente”⁶; afirmou que o que ocorreu no presente caso foi uma renúncia à

⁵ Todos os grifos como no original.

⁶ Grifo 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-12/003/2/2018
Data:	02/01/2018
Fls.:	153
Assinatura:	Clay - 50251247

prescrição, existindo boa-fé do Estado em realizar o pagamento por ele devido; apresentou, em continuidade, decisão de Tribunais de Justiça que não reconheceram a indenização por danos morais ou repetição do indébito em casos de pagamento de dívida prescrita, asseverando que *"cabia, portanto, ao Estado, adotar os formalismos legais necessários para fazer valer o acordo entre as partes"*; registrou que se pudesse *"(...) presumir que seriam exigíveis as formalidades jurídicas alegadas para arguição de nulidade do ato praticado pelo Governador (...)"*, tais formalidades deveriam ser atendidas não pela Concessionária, mas pelo Estado; sugeriu que o Estado não poderia pactuar, não cumprir as formalidades legais por ele impostas, se beneficiar do pagamento antecipado de valores das terceiras parcelas de outorga, invocar a falha administrativa e prejudicar terceiro de boa-fé; afirmou que o ofício nº 050 não teve o condão de alterar o Terceiro Termo Aditivo e o "ciente" e "de acordo" do Governador foi ato de reconhecimento de dívida, porquanto o Poder Executivo estadual é *"(...) autoridade ordenadora de despesa máximo do Estado, responsável pela delegação da mesma às demais autoridades públicas deste Ente da Federação"*; explicou, em suma, que o Governador reconheceu a dívida em prol da CEG RIO, *"(...) operando-se a figura da confusão"*; registrou, nesse sentido, que a AGENERSA tem o dever de zelar pelo cumprimento da obrigação de pagamento de faturas por qualquer usuário, *"(...) o que deveria inclusive garantir uma posição de apoio institucional à operação de compensação realizada, e nunca uma oposição infundada e ilegal, como ora se assiste"*; alegou que a decisão da AGENERSA violava a segurança jurídica por macular ato jurídico perfeito; e citou, a esse respeito, a doutrina de Marçal Justen Filho.

Em sequência, a Concessionária afirmou, no que tange à autorização obtida junto ao seu Conselho de Administração, que tal se trata de ato de liberdade de gestão da Concessionária e *"(...) o manejo exclusivo e indelegável da relação com seus acionistas, dentro de sua expertise e por meio de sua Diretoria Executiva e Presidência, não sendo de competência da AGENERSA, de forma alguma, interferir nessa relação."*

Por fim, a Concessionária solicitou o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, considerando i) a ausência de previsão legal para sua lavratura; e ii) a existência de subversão legal por parte da AGENERSA quando esta Autarquia realizou, dentro do presente feito, a conferência

⁷ Grifo como 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-12/003/2 / 2018
Data:	02/01/2018 Fls. 154
Múbrica:	du - 50267247

das faturas, e adentrou no mérito da validade da compensação e valores compensados. Caso assim não entenda esta Autarquia, a Delegatária solicitou o aguardo do Recurso Hierárquico Impróprio interposto.

Incluídos os autos para análise do CODIR na Sessão regulatória de 29/05/2018, o feito foi dela retirado em razão do pedido da Concessionária "(...) *de viabilizar a continuação das tratativas negociais entre as partes (CEG, CEG RIO e Governo do Estado do Rio de Janeiro*", tudo em homenagem à solução conciliatória do caso em questão.

Em sequência, a Delegatária informou que já haviam sido inauguradas as tratativas e requereu prazo de 90 (noventa) dias para manifestação, sendo-lhe deferido o período até 20/07/2018 para pronunciamento e comprovação formal das negociações junto ao Poder Concedente, providência que foi comunicada à Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico.

É o relatório.


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-12/003/2/2018
Data:	02/01/2018
Fis.:	155
Rubrica:	04:50201247

Processo nº. : E-12/003/2/2018
Data de autuação: 02/01/2018.
Concessionárias: CEG RIO
Assunto: **AUTO DE INFRAÇÃO. PROCESSO Nº. E - 12/003/231/2017.**
Sessão Regulatória: 29/05/2018.

VOTO

I) DO PROCESSO

Trata-se de analisar a Impugnação apresentada pela Concessionária CEG RIO contra o Auto de Infração nº. 002/2018, instrumento lavrado em razão de quantia alcançada pelas não conformidades encontradas nos pagamentos das parcelas de outorga devida em razão da celebração, entre a Delegatária e o Estado do Rio de Janeiro, do Terceiro Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG RIO. Tudo isso, nos termos do que foi constatado no processo regulatório E-12/003/231/2017.

Nesse sentido, cabe registrar, em resumo, que mediante o pagamento de uma quantia foi firmada entre o Estado do Rio de Janeiro e a CEG RIO a substituição, para determinados Municípios, de investimentos em redes físicas de fornecimento de gás, que a partir de então ocorreria por meio de dutos virtuais, quais sejam, GNC e GNL.

No aditivo celebrado restou estabelecido que, devido a tal substituição, seria paga uma outorga, a qual deveria ser quitada em 03 parcelas, a saber: a 1ª em 30 (trinta) dias após a assinatura do aditivo; a 2ª em 12 (doze) meses após a data estabelecida para o pagamento da primeira parcela; e a 3ª em 24 (vinte e quatro) meses após a data estabelecida para o pagamento da primeira parcela. Lembre-se que, em relação a elas, esta Autarquia, no âmbito de sua atribuição de fiscalização do contido nos aditivos e contratos de concessão de suas reguladas, verificou pagamento a menor, porquanto sobre as 2ª e 3ª quotas não incidu atualização monetária.



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-12/003/2 / 2018
Data:	02/01/2018
Fis.:	156
Mubrica:	CEU - 50251247

Vislumbrada, pois, referida situação, instaurou-se o presente feito que, com o fim de execução, observou a quantia já levantada pela CAPET nos autos do processo E-12/003/231/2017¹, **valor esse devido pelo pagamento a menor nas 2ª e 3ª parcelas da outorga², apropriadamente atualizado pelo IGP-M e acrescido de juros e multa** conforme previstos no aditivo contratual.

Nesse passo, é preciso expor que, **apurada a quantia faltante de R\$ 31.404.972,97 (trinta e um milhões, quatrocentos e quatro mil, novecentos e setenta e dois reais e noventa e sete centavos - em 02/01/2018)**, lavrou-se o Auto de Infração nº. 002/2018, o qual se prestou, aqui, a levantar a quantia devida e efetuada a menor.

Com efeito, como fiscalizadora do cumprimento do que foi estabelecido no Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da CEG RIO, esta Autarquia não poderia quedar-se inerte na persecução da quantia devida ao Estado. Em obediência ao princípio da moralidade administrativa, previsto na CF/88 e em relação ao qual todas as outras normas devem se submeter, a AGENERSA procedeu à apuração da quantia entendida como devida e iniciou, através da lavratura do Auto de Infração que aqui se impugna, sua persecução, pautada na ética, lealdade e probidade.

Veja-se, além disso, que o presente feito reclamaria procedimento simplificado, não exauriente, para o qual só se admitiria impugnação quanto à forma. Significa falar que não se deveria aceitar discussão meritória nestes autos, que visa cobrar a atualização monetária, juros e multa nas 2ª e 3ª parcelas da outorga pactuada. Diga-se, quanto à 3ª quota, que **a correção incidiu sobre a parcela cheia**, porquanto considerou-se que **sobre ela não se permite qualquer abatimento**.

Repise-se, pois, que restaria impossível neste processo o retorno à discussão sobre as deduções/compensações realizadas pela concessionária na 3ª parcela da outorga, as quais foram efetuadas, lembre-se, **a título de custo financeiro por pagamento antecipado da outorga e**

¹ Despacho de 02/01/2018.

² Pagamento inclusive efetuado a menor em razão de compensação indevida.



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-12/003/2 / 2018
Data	02/01/2018 Pts. 157
Assinatura	OLY - S0201 042

diminuição da quota por compensação realizada pela Concessionária. Essa última, frise-se, sob o motivo **da existência de dívidas de faturas de gás (cuja liquidez e certeza pendiam dúvidas) que diversos Órgãos da Administração Pública do Estado teriam com a Concessionária.**

Segundo a Delegatária em suas razões finais, a AGENERSA não poderia ter requerido nestes autos, com o fim de análise e conferência, as contas de gás que o Estado estaria em atraso. Tal representaria, consoante a Delegatária, violação ao contraditório e ampla defesa, porquanto essa conduta deveria ter sido abordada nos autos do processo E-12/003/231/2017.

Nada obstante, a própria CEG RIO levanta questões de mérito na sua Impugnação quando, sob a pecha da ausência de forma, defende a nulidade do Auto de Infração. Com efeito, quando a Concessionária impugna - antes mesmo da solicitação das faturas por esta Autarquia - o AI nº. 002/2018 sustenta que o Terceiro Termo Aditivo não previu a correção monetária das parcelas pelo IGP-M, **discussão já debatida nos supracitados autos.** Em sua Impugnação, a Delegatária registra, inclusive, que se qualquer atualização acontecesse o seu Conselho de Administração não aprovaria a realização do Aditivo. Intentou realizar, assim, um juízo de cognição neste feito, que é intencionalmente executório, o que estaria **formalmente impossibilitado.**

Repise-se, pois, que, segundo a CEG RIO, esta Agência também não poderia requerer, para análise e conferência, a apresentação das faturas cuja compensação a Concessionária afirmou realizar. Referida compensação acarretou, registre-se, em um abatimento no pagamento da 3ª parcela da outorga e importou em recolhimento a menor da quantia pactuada.

Frise-se, no entanto, que embora supostamente impedida de ingressar e discutir mérito na fase de cobrança, a abordagem excepcional sobre o assunto por esta Autarquia teve o condão de reforçar, em detrimento da mera forma e **em nome da verdade material**, os fundamentos já expostos alhures e subsidiar o Estado de argumentos no sentido de que a compensação não poderia ter sido realizada. É que, já adiantando, confirmou-se a existência de compensação quanto a débitos prescritos. Ademais disso, conquanto a lei deva ser conhecimento de todos,



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-12/003/2	218
Data 02/01/2018	Fis. 158
Assinatura: [assinatura]	

registraram-se legislações que não admitiam, à época, a compensação efetuada no caso dos autos.

Observe-se, outrossim, que esta Autarquia está imbuída do Poder de Autotutela. Se ilegal ou inconveniente fosse uma decisão por ela tomada, poderia tal princípio (da Autotutela) ser aqui manejado de ofício porque ainda não esgotada totalmente a esfera administrativa e não consolidados direitos, lembrando, ainda, que nenhum prejuízo foi causado à CEG RIO, que obteve a garantia ao contraditório e ampla defesa nos autos, em especial quando apresentou suas razões finais.

Tendo em vista a autotutela, poderia a AGENERSA, então, adentrar à questão e proferir outra decisão, até mesmo favorável à Delegatária. Contudo, das faturas apresentadas pode-se concluir que elas confirmam o decisum outrora editado, devendo ser ressaltado, ainda, que a solicitação das contas de gás em atraso foi respaldada na supremacia do interesse público e, conforme dito, na perseguição da verdade material.

Dentre suas vertentes, esse último princípio tem por fim impedir dano ao Erário e, assim, proteger o Patrimônio Público para que outras finalidades, mormente primárias, sejam atendidas. Explico: o requerimento das faturas e sua conferência na hipótese em voga foi ato que visou resguardar o interesse público, sobretudo quando se pretendeu constatar a impossibilidade da compensação para resguardar valor devido ao Estado.

Veja-se, também, que a conferência constituiu uma garantia à própria CEG RIO, que poderia discutir e demonstrar a viabilidade da compensação efetuada. Não foi, entretanto, o que ocorreu. Confirmou-se que a Concessionária realizou compensação de débitos prescritos e contrariou leis que não admitiam a compensação para o caso dos autos, sendo certo, ainda, que a compensação ocorreu sem qualquer anuência/interveniência desta AGENERSA.

Assim, registrada, mais uma vez, a impossibilidade quanto à compensação, passemos, então, a analisar o contido nos autos, a começar pela Impugnação apresentada pela Concessionária.

8



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-12/003/2 / 2018
Data:	02/01/2018 Fts. 159
Assinatura:	Gen. 50201242

II) DOS ARGUMENTOS APRESENTADOS EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO

II.a) DA TEMPESTIVIDADE

Tempestiva é a Impugnação apresentada pela Concessionária contra o AI nº. 002/2018, porquanto proposta dentro do prazo regimental de 05 (cinco) dias úteis. Com efeito, o referido AI foi recebido pela Delegatária em 10/01/2018 (quarta-feira) e a peça impugnativa protocolada na AGENERSA em 17/01/2018 (quarta-feira).

II.b) DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO AI Nº. 002/2018 POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO QUANTO À HIPÓTESE DE LAVRATURA

Sob esse tópico a Concessionária alega que no caso dos autos a AGENERSA só poderia lavrar AI para executar penalidade aplicada pela AGENERSA na hipótese de atraso no recolhimento da Taxa de Regulação. Exibiu, para demonstrar o afirmado, os arts. 8º ao 11 da IN 001/2007.

Neste item, ressaltou que a AGENERSA não poderia cobrar valor que é devido, em verdade, ao Estado do Rio de Janeiro, o qual deveria, este sim, realizar a cobrança. Salientou, requerendo sua nulidade, que esta Autarquia não poderia confeccionar o Auto de Infração que ora se impugna, porquanto ausentes os requisitos para tanto.

Ocorre que, nos termos do que já fora dito anteriormente, esta AGENERSA apenas deu início a uma cobrança, porquanto é a fiscal do Contrato.

Pela possibilidade da lavratura do AI sinalizou a Procuradoria da AGENERSA, que assim se pronunciou:

"(...) merece realce o fato de que estamos diante de um contexto administrativo que envolve, de um lado, a obrigação da



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-12/003/2 / 2018
Data 02/01/2018
Assinatura: Cel. SANCIN 297

AGENERSA de zelar pelo cumprimento dos contratos administrativos e, de outro, o reconhecimento expresso de que o valor apurado pertence aos cofres do Estado, razão pela qual esta Procuradoria entende que o valor cobrado deverá ser repassado para o Tesouro estadual.

Diante deste contexto híbrido, sendo certo que a AGENERSA possui delegação legal para zelar pelo cumprimento dos contratos, esta Procuradoria opina pelo prosseguimento, observadas as ponderações citadas, sem prejuízo da oitiva final do Estado." (meu grifo)

Dito isso, veja-se que, considerando o contexto híbrido, esta Reguladora procedeu à cobrança de quantia apurada por ela própria, **mas tendo como beneficiário o Tesouro estadual**. Mesmo porque, embora devido pela Concessionária diretamente ao Estado, o valor tem impacto na esfera regulatória. Mesmo porque, embora devido pela Concessionária diretamente ao Estado, o valor tem impacto na esfera regulatória. Também por eticidade e como **fiscalizadora do contrato**, a AGENERSA lavrou o Auto de Infração.

No entanto, levando-se em conta o arguido pela Concessionária, **ressaltando que no AI consta como beneficiário o Tesouro Estadual**, entendo que esta Reguladora deve - não declarar nulo o AI lavrado - mas manter suspenso o presente feito³ até um pronunciamento do Secretário Chefe da Casa Civil - representante do Poder Concedente - a respeito, a fim de i) conferir o "de acordo" para que a AGENERSA prossiga na execução da quantia; ou ii) remeter os autos diretamente à dívida ativa para a inscrição e execução do valor devido, comunicando tal fato a esta Autarquia para que aqui se anule o Auto de Infração lavrado.

Até porque a questão perpassa a hipótese de **delegação de competência à AGENERSA** para executar o crédito do Estado. Nesse sentido, vejam que o art. 12 da Lei 9.784/99 permite a delegação de competência para ato executório sem pressupor a existência de hierarquia ou subordinação, em regra necessários para se delegar competência. A delegação só seria permitida, pois, se existente hierarquia ou subordinação. Contudo, o citado dispositivo a admite

³ As Impugnações já detêm efeito suspensivo, conforme Instrução Normativa 001/2007.



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-12/003/2 / 2018
Data:	02/01/2018
Assinatura:	AGN
rubrica	eu: 50201292

no caso de vinculação administrativa, a qual existe entre Entes de personalidades jurídicas distintas⁴, hipótese dos autos. Olhem o que registra o art. 12 da lei 9.784/99:

"um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de natureza técnica, social, econômica, jurídica ou territorial". (meus grifos).

É bem verdade que tal legislação se aplica em âmbito federal, mas dispositivo semelhante existe em norma do Estado do Rio de Janeiro.

Ocorre que, quando reproduziu o supracitado dispositivo em seu art. 11, a lei estadual 5.427/2009, aplicável no âmbito deste Estado, suprimiu a expressão "ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados". Embora tenha mantido os termos "titular" e "titulares", há dúvidas por que a supressão foi feita no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, ou seja, se aqui a expressão foi retirada para impedir a delegação a Entes vinculados administrativamente, sem subordinação entre si – como é o caso da AGENERSA com a Secretaria da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico – ou se a retirada constituiu mera simplificação do dispositivo, permitindo a delegação da execução do AI de que trata os autos.

Assim, considerando a questão levantada pela Concessionária e a já existência do efeito suspensivo do qual é dotada esta Impugnação, entendo pela manutenção da suspensão do presente processo, sem prejuízo da análise dos demais argumentos contidos na presente Impugnação, para que o Secretário Chefe da Casa Civil manifeste-se com urgência a respeito do prosseguimento da cobrança por esta Autarquia por meio do AI nº. 002/2018 ou que o Estado realize, ele próprio, a cobrança, encaminhando o crédito para a sua inscrição e respectiva cobrança na Dívida Ativa através da procuradoria da Dívida Ativa.

⁴ Entre tais Entes não existiria hierarquia.

7



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-12/003/2/2018
Data:	02/07/2018 Fls. 162
Assinatura:	CEJ - SP201242

Frise-se, antes de finalizar este tópico, que tal providência urge, explicando-se, desde já, que devido à conferência realizada por esta Autarquia este feito sofreu inesperado atraso, porquanto só nos autos referentes à CEG, que trata do mesmo assunto, contou com a análise de faturas juntadas em IX volumes, contas essas, diga-se, minuciosamente verificadas e que imprescindiram ser planilhadas. O não encaminhamento das contas em meio digital atrasou o trabalho desta Autarquia, que, para a conferência, teve que listar detalhadamente fatura por fatura apresentada. Além disso, os sucessivos prazos de prorrogação solicitados pela Concessionária com o fim de realizar tratativas (inclusive possibilitando efetuar acordo com pagamento) junto ao Poder Concedente quanto a alguns pontos de divergência relacionados ao Terceiro Termo Aditivo ao seu Contrato de Concessão retardaram a análise deste processo.

II.c) DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO AI Nº. 001/2018 POR AUSÊNCIA DE ANÁLISE DO RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO INTERPOSTO JUNTO À SECRETARIA DA CASA CIVIL E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.

No presente tópico a Delegatária requer a nulidade do AI porque ainda pendente de análise o Recurso Hierárquico Impróprio por ela interposto junto à Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico do Estado do Rio de Janeiro com o fim de desconstituir a decisão da AGENERSA quanto à correção das 2ª e 3ª parcelas da outorga. Para invalidar o Auto, alega, inclusive, que **o pedido de efeito suspensivo** nele inserto ainda não foi apreciado, o que tornaria precipitada a emissão do AI pela AGENERSA. Segundo a Concessionária, porque a questão ainda encontra-se sem a análise do Poder Concedente estadual, a conduta da AGENERSA violaria o contraditório e ampla defesa.

Frise-se, em primeiro lugar, que a pendência de verificação quanto ao efeito suspensivo não obstará a lavratura do Auto de Infração por esta Autarquia, porquanto as decisões administrativas são dotadas de autoexecutoriedade. Pela mesma razão a mera interposição do Recurso não impediria o prosseguimento da cobrança. Significa dizer que o ato administrativo pode em tese ser executado independente de manifestação, seja do Judiciário e, na presente





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-12/003/2 2018
Data:	02/01/2018 fls. 163
Assinatura:	OK - 50201242

hipótese, do Poder Concedente estadual. Confira-se, a esse respeito, parte do parecer da procuradoria da AGENERSA:

"Segundo a exegese dos arts. 58 e 66 da Lei 5.427/2009, não há óbice legal à autoexecutoriedade das decisões administrativas quando da mera interposição de recurso administrativo, cabendo lembrar aqui que, até o presente momento, não conta com o deferimento do pedido de efeito suspensivo."

Registre-se, em segundo lugar, que sob o presente item a Delegatária levanta, como já dito, questões de mérito. Reforça que o Terceiro Termo Aditivo não quis prever a incidência de IGP-M e, caso houvesse qualquer previsão de atualização monetária, seu Conselho de Administração não aprovaria a assinatura do Aditivo contratual. Afirma, ainda, que as partes livremente agiram de boa-fé quando não previram a correção da moeda no pacto celebrado, fato que deveria ser observado em razão do *pacta sunt servanda* (o contrato faz lei entre as partes) e autonomia da vontade, sob pena de ilegalidade.

Nada obstante o alegado, deve incidir a correção monetária sobre as 2ª e 3ª parcelas da outorga, mesmo porque, entre outros itens que serão abaixo reforçados, restou entendido que para se admitir a ausência da atualização da moeda tal fato deveria ter sido expressamente ressalvado no 3º Termo Aditivo, o que não ocorreu.

III) DA INCIDÊNCIA DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA NAS 2ª E 3ª PARCELAS DA OUTORGA

Nos autos nº. E-12/003/231/2017, que deram origem ao presente feito, esta Autarquia reputou como necessária a atualização monetária, porquanto considerada cláusula implícita dos contratos. Reconhecer sua não incidência importaria, conforme exaustivamente debatido no feito citado, em enriquecimento indevido da Delegatária. Poderia, também, configurar renúncia de receita por esta Autarquia e causar dano ao Erário.

7



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-12/003/2	12/18
Data 02/01/2018	Fls. 164
Assinatura	CEM 50201247

Não se diga, pois, que é autorizado invocar os princípios do *pacta sunt servanda* ou autonomia da vontade no presente caso para valer a não incidência da atualização, porquanto esses princípios são afetos às relações eminentemente particulares e a versão em tela envolve interesse público, que deve sobrepujá-los. Aqui tratamos, como se vê, de um contrato de direito público.

Nem se fale, também, que o Conselho de Administração da CEG RIO não aprovaria o pacto se correção incidisse, não sendo crível que Conselho de Administração de tão forte Companhia abarcasse situação contrária à legalidade já que, como cediço e explicado em outro momento, a atualização da moeda tem previsão legal e decorre do sistema constitucional, que veda o locupletamento ilícito.

Ressalte-se, ainda, que **a correção pelo IGP-M é regra de atualização prevista no Contrato de Concessão da CEG RIO**, nos termos do que dispõe a Cláusula Sétima desse Instrumento Concessivo. Nesse sentido, inclusive, existe parecer exarado por procurador do Estado em razão de consulta formulada pela Exm^a. Subsecretária de Parcerias Público-Privadas - PPP, por meio da Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico, tudo como registrado nos autos do processo regulatório E-12/003/231/2017, valendo ressaltar que nesses autos também se destacou que **a correção monetária tem previsão expressa na lei 8666/93**.

Demais disso, a Concessionária adota conduta contraditória. Não quer que atualização incida sobre parcelas da outorga (para ela pagar) mas imprime, ela própria, correção da moeda (IGP-M) sobre os débitos que diversos órgãos do Estado teriam com a Delegatária e que foram objeto da compensação por ela realizada sobre a 3ª parcela da outorga⁵. Foi o que atestou a CAPET. Confira-se:

⁵ Vide faturas apresentadas.



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-12/003/2 2018
Data	02/01/2018
Fis.	165
Assinatura	02.5021243

"(...) dentro do conjunto das faturas conferidas, a Delegatária efetuou atualização monetária de débitos vencidos, utilizando-se, para tanto, da variação do IGP-M, mesmo indicador contratual." ⁶

Valeria, então, a Concessionária cobrar IGP-M sobre os débitos de faturas de gás vencidas e o Estado não efetuar atualização de dívida que a Concessionária tem com ele? Isso não seria razoável!!!

Superados, pois, os argumentos aduzidos na Impugnação apresentada, passemos ao assunto da análise e conferência das faturas que foram objeto de compensação efetuada pela Concessionária.

IV) DAS FATURAS REQUERIDAS PARA ANÁLISE E CONFERÊNCIA

Como já visto, o requerimento das faturas restou necessário, até para a garantia da própria CEG RIO e do Estado.

Confirmou, portanto, o que já se decidiu nesta Autarquia.

Com efeito, a Concessionária não poderia ter se utilizado da compensação para abater da 3ª parcela da outorga débitos de faturas de gás que o Estado teria com a CEG RIO.

Primeiro porque, consoante já sedimentado na seara regulatória, o desconto a título de compensação foi considerado inapropriado. Entendeu-se que o meio utilizado pela Delegatária para realizar tal expediente, qual seja, Ofício nº. 050, **carecia de requisito formal**. É que, repita-se, a compensação deveria ter sido formalizada por meio de **outro Termo Aditivo**. Além disso, sobre o documento citado deveria existir **manifestação jurídica**, o que não ocorreu. Não houve, também, **publicação do referido documento**.

⁶ Meu grifo.



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-12/003/2/2018
Data:	02/01/2018
Fls.:	166
Assinatura:	du-5001247

Com efeito, a lei 8666/93, que rege os contratos administrativos, exige, consoante demonstrado, **alguns requisitos para a forma do contrato**. A Delegatária sabia da sua existência e, sendo a lei de conhecimento de todos, a ninguém é dada a escusa de cumpri-la.

Pode-se dizer, então, que a Concessionária não deveria apresentar, sob pena de incorrer em ausência de boa-fé, documento para a assinatura do então Governador em exercício com o fim de realizar abatimentos na 3ª parcela da outorga e agir, assim, **desatenta à boa-fé objetiva e à função social do contrato**. Ressalte-se, nesse último caso, que não poderia um documento intentar violar interesse público, vale dizer, prejudicar interesses sociais ou de terceiros que não tiveram relação direta com o assunto, no caso, os usuários.

Além do exposto, o Estado está atrelado ao princípio da legalidade, sendo-lhe autorizado a fazer apenas o que a lei determina, o que significa que o "ciente" e "de acordo" apostos no documento confeccionado pela Concessionária (Ofício nº. 050) serviu apenas de início a um possível pacto e orientação no sentido de examiná-lo e posteriormente celebrá-lo. Isso, inclusive, fora fundamentado nos autos do processo E-12/003/231/2017.

É preciso reforçar que, além do documento supra não contar com a anuência/interveniência desta Reguladora, o ato administrativo, espécie de ato jurídico, deve ser perfeito/existente juridicamente, válido e eficaz. Para a sua esmerada formação e produção de todos os necessários efeitos, o ato administrativo deve atender a 03 planos: o da perfeição, validade e eficácia. Já ausentes, em um primeiro momento, quaisquer de um dos elementos do ato administrativo, quais sejam, competência, objeto, forma, motivo e finalidade, o ato sequer completa o ciclo necessário a sua formação, o que significa concluir, para o caso dos autos, que o Ofício nº. 050 é ato **imperfeito/inexistente juridicamente**, prescindindo se adentrar, até, nas questões de validade (ausência de manifestação jurídica sobre o Ofício nº. 050) e/ou eficácia (publicidade) suscitadas anteriormente, mas que serviram de reforço para não se considerar o documento como meio de autorizar qualquer compensação intentada pela Delegatária. Destituído de forma, o Ofício citado foi ato imperfeito, sequer completando o primeiro plano de formação requerido para que um ato administrativo ingresse no mundo jurídico. Ficou, portanto, apenas no campo das tratativas.



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-12/003/2/2018
Data:	02/01/2018 Fis. 167
Assinatura:	cy. SC201247

Frise-se, ainda, que a compensação também é frágil porque se deu, conforme análise das faturas apresentadas, sobre débitos prescritos (sem ser, outrossim, homologada). No que tange às contas de gás em atraso, a relação de cobrança da Concessionária para com o Estado é de direito privado, de modo que a prescrição incidente é aquela prevista no art. 206, § 5º, I, do CC/2002 (de 05 anos). Assim, considerando que os demais débitos têm datas a partir de 2016, a Concessionária não poderia realizar a compensação sobre as contas anteriores a 2011.

Não foi, contudo, o que ocorreu. Aliás, no falado Ofício 050, utilizado como instrumento para a compensação, a CEG RIO registrou que existiam dívidas não liquidadas até setembro de 2016 referentes à prestação de serviços de distribuição de gás canalizado, sendo elas relativas aos períodos **de 10/08/1998 a 25/12/2011** e 05/05/2016 a 14/09/2016. Realizou, assim, compensação de dívidas prescritas, já sabidas por ela.

Assim, ainda que a Concessionária tenha alegado que as dívidas, embora prescritas, podem ser cobradas extrajudicialmente e, quando aceitas moralmente, incide renúncia à prescrição, isso não recai sobre a hipótese dos autos.

Com efeito – e tal ressalta a fragilidade do Ofício 050 e o faz considerar ato, repita-se, apenas de orientação do Governador para efetivar o pacto – a aceitação dos débitos prescritos importaria em dispor do interesse público, conduta, diga-se, ilegal e, portanto, não válida.

Além disso, observe-se que, inexistente acordo revestido das formalidades legais para a compensação, esta só poderia ocorrer se prevista em Lei. E não há, frise-se, legislação que autorize a hipótese dos autos. É que as leis estaduais 7.019/2015 e 7.298/2016 apenas admitem a compensação, por exemplo, de dívidas líquidas e certas com créditos tributários relativos à ICMS devido pela Concessionária. Ao Estado só restava, então, fazer compensação de acordo com a lei. A Concessionária nunca poderia propor ao Estado, como fez por meio do Ofício 050, conduta antijurídica.

No mais, a CEG RIO era sabedora da existência das Leis que estabelecem as hipóteses de compensação, não sendo dado a ela a escusa de cumpri-las. Mesmo assim, a Concessionária



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-12/00312/2018
Data:	02/01/2018 PIS. 168
Assinatura:	ay-50201247

estabeleceu nova hipótese de compensação, sem previsão legal, e incrivelmente procedeu, por sua conta e risco, à conduta aqui vedada com o fim de beneficiá-la, o que não poderia ser encampado sob pena de violação à impessoalidade, princípio que proíbe favorecimento a particulares no âmbito da função pública.

Registre-se, pois, que, vedada a compensação, seja por violação à legalidade ou impessoalidade, por ausência de novo Termo Aditivo, manifestação jurídica, ou sua publicação, a Concessionária não poderia ter efetuado abatimento na 3ª parcela da outorga.

Diante de tal situação, não se poderia admitir, como se extrai da Ata de Reunião do Conselho de Administração da Concessionária juntada às fls. 119/120, que este tenha abarcado a compensação nos termos efetuados. Da mesma forma que encampou a questão da suposta não incidência da atualização monetária, duas hipóteses podem ser depreendidas como ocorridas: ou o Conselho não foi informado sobre as cláusulas do contrato e aditivo celebrado, assim como sobre previsões legais de atualização monetária e impossibilidade jurídica e legal da compensação, ou mesmo assim assumiu todas as possíveis consequências jurídicas advindas da responsabilidade solidária pela efetivação do ato.

V) CONCLUSÃO

Por todo o exposto, entendo que, ante a questão prejudicial levantada pela Concessionária quanto à hipótese de impossibilidade de lavratura e cobrança do AI nº. 002/2018 pela AGENERSA, deve ser mantida a suspensão do presente processo e, por corolário, a referida cobrança do AI, até que o Exmº. Sr. Secretário de Estado da Casa Civil manifeste-se sobre o prosseguimento do AI lavrado por esta Autarquia.

Do exposto, sugiro ao Conselho - Diretor:

Art. 1º - Manter suspenso o presente processo tendo em vista que na Impugnação apresentada foi levantada questão prejudicial sobre a competência da AGENERSA para a lavratura do AI nº. 002/2018, remetendo-se o feito à Secretaria de Estado da Casa Civil e



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-12/0031 2 / 2018
Data:	02/01/2018 Pts. 169
Assinatura:	CEM 50201241

Desenvolvimento Econômico do Estado do Rio de Janeiro para que o Exmº. Sr. Secretário dessa pasta, s.m.j, dê o "de acordo" e chancele a cobrança pela AGENERSA, via o Auto de Infração nº. 002/2018, da quantia referente às parcelas da outorga cujo recolhimento ocorreu a menor; ou comunique a AGENERSA a remessa dos autos à Procuradoria da Dívida Ativa para a inscrição e cobrança do Auto de infração nº. 002/2018, recomendando a esta Autarquia que anule o Auto de Infração nº. 002/2018.

É como voto.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator
ID 44089167



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-12/003/2/2018
Data:	02/01/2018 Pts. 170
Rubrica:	clh 5020247

DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 3466,

DE 30 DE JULHO DE 2018.

**CONCESSIONÁRIA CEG RIO - AUTO DE
INFRAÇÃO. PROCESSO Nº. E - 12/003/231/2017.**

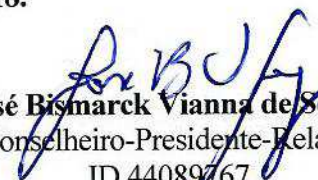
O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/003/2/2018, por unanimidade,

DELIBERA:

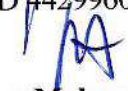
Art. 1º - Manter suspenso o presente processo tendo em vista que na Impugnação apresentada foi levantada questão prejudicial sobre a competência da AGENERSA para a lavratura do AI nº. 002/2018, remetendo-se o feito à Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico do Estado do Rio de Janeiro para que o Exmº. Sr. Secretário dessa pasta, s.m.j., dê o "de acordo" e chancela a cobrança pela AGENERSA, via o Auto de Infração nº. 002/2018, da quantia referente às parcelas da outorga cujo recolhimento ocorreu a menor; ou comunique a AGENERSA a remessa dos autos à Procuradoria da Dívida Ativa para a inscrição e cobrança do Auto de infração nº. 002/2018, recomendando a esta Autarquia que anule o Auto de Infração nº. 002/2018;

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

Rio de Janeiro, 30 de julho de 2018.


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


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro
ID 44299605


Tiago Mohamed
Conselheiro
ID 50899617


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro
ID 39234738


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro
ID 05546885