



Processo nº. : E-12/003.231/2017.
Data de autuação: 22/06/2017.
Concessionárias: CEG e CEG RIO.
Assunto: **TERCEIROS TERMOS ADITIVOS, VERIFICAÇÃO DE PAGAMENTOS DAS OUTORGAS DAS CONCESSIONÁRIAS CEG E CEG RIO.**

Sessão Regulatória
Extraordinária : 12/07/2017

RELATÓRIO

O presente processo, que quase que em sua integralidade é composto de cópias extraídas dos processos E-12/003.120/2017 e E-12/003.121/2017, iniciou-se com a seguinte justificativa: *"CONCESSIONÁRIAS CEG E CE RIO - pagamentos determinados nas Cláusulas Segunda dos Terceiros Termos Aditivos aos Contratos de Concessão."*

De fls. 06/10 e 13/18 consta a cópia do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado firmado em 21/07/1997.

Por meio do Of. AGENERSA/PRESI/SECEX nº. 260/2017, de 20/06/2017, encaminhei às Concessionárias, para ciência e manifestação em 72h, o parecer TCA nº. 03/2017, elaborado pelo Procurador do Estado, Dr. Thiago Cardoso Araújo, e dirigido à Exmª. Srª Subsecretária de Parcerias Público-Privadas - PPP, cujo teor segue abaixo:

"TERCEIRO TERMO ADITIVO AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS FIRMADOS COM A CEG E CEG-RIO. ALTERAÇÃO CONTRATO ORIGINAL, COM CONTRAPRESTAÇÃO A TÍTULO DE OUTORGA COMPENSATÓRIA A SER PAGA EM PARCELAS. PAGAMENTO DA OUTORGA SEM CORREÇÃO MONETÁRIA E EM VALOR INFERIOR AO ESTABELECIDO NO TERMO ADITIVO. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS CONTRA O ESTADO E



DESCONTO A TÍTULO DE CUSTO FINANCEIRO PELA ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO, SEARA NEGOCIAL QUE NÃO PRESCINDE DE FUNDAMENTAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO DO GOVERNADOR DO ESTADO QUE NÃO ATENDE AOS REQUISITOS E FORMALIDADES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO, COMO CONDIÇÃO DE VALIDADE, VIGÊNCIA E EFICÁCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA QUE DECORRE DA LEI E DO CONTRATO ORIGINAL.

1-Relatório

A questão ora tratada tem origem nos terceiros termos aditivos aos contratos de concessão dos serviços de distribuição de gás canalizado firmados com a CEG, às fls. 267/272, e com a CEG-Rio (em conjunto, "Concessionárias"), às fls. 295/300, respectivamente, em 01/12/2014 e 10/12/2014, ambos tratando da alteração da forma física de distribuição de gás pela construção de gasodutos virtuais, a certos municípios do Estado, e de sua contraprestação financeira, estabelecida em R\$ 152.490.000,00 (CEG) e R\$ 239.610.000,00 (CEG-Rio), a título de outorga compensatória, para serem pagos em três parcelas, sendo a primeira em 30 dias após a assinatura do instrumento, a segunda e a terceira, em 12 e 24 meses, respectivamente.

As fls. 351, por cópia juntada a estes autos, consta Ofício GG Nº451/2016, datado de 19/09/2016, por intermédio do qual o então Governador do Estado em exercício consulta às concessionárias sobre a possibilidade de antecipação dos pagamentos da última parcela da compensação financeira ajustada em cada termo aditivo, que, segundo previsão contratual, ocorreria no dia 31/12/2016.

As fls. 352/359 e 360/365, as concessionárias, em atenção ao referido ofício, respondem à indagação, aceitando a antecipação, propondo, entretanto, a compensação parcial dos valores devidos com valores dos quais seriam credoras



do Estado, em razão de fornecimentos realizados a diversos órgãos do Poder Executivo e ainda não pagos, bem como de um valor correspondente ao custo financeiro do adiantamento.

Do referido documento consta em campo próprio assinatura atribuída ao Governador do Estado em exercício à época, de que estaria ciente e acordo com o proposto.

Na apuração do cumprimento dos referidos termos aditivos, pela AGENERSA, foi constatado o pagamento das parcelas sem correção monetária e, em especial, com relação às terceiras parcelas, o pagamento em prazo antecipado e em valor inferior ao previsto nos instrumentos (fls. 368 e 370).

Ato contínuo, a AGENERSA oficiou a Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico, nas pessoas de seus Secretário e Subsecretário de Desenvolvimento Econômico (fls. 380/381 e 375/376), assim como o Excelentíssimo Senhor Governador (fls. 382/383) e as Concessionárias (fls. 377/378).

As concessionárias, às fls. 379, fundamentaram os valores na ausência de previsão contratual de correção monetária das parcelas e, quanto aos descontos realizados no pagamento das 3^{as} parcelas, remeteram à autorização do Governador do Estado aposta no já citado documento (fls. 379), para compensação de valores e abatimento de custo financeiro pelo pagamento antecipado.

A procuradoria da AGENERSA, diante dos fatos e das questões envolvidas, se manifesta por intermédio da Promoção nº. 03/2017 - FMMM - de lavra de sua ilustre Procuradora Geral (fls. 385/394), extraída por cópia dos autos dos processos regulatórios (E- 12/003/121/2017 e E-12/003/120/2017), concluindo pela necessidade de enfrentamento do tema por esta Secretaria, no que diz respeito ao pagamento das parcelas sem correção monetária e aos descontos (custo financeiro) e/ou compensações efetuados no

J.



pagamento da 3ª parcela, tudo isso desprovido dos respectivos instrumentos formais exigidos em lei (termo aditivo), denotando má-fé pelas delegatárias.

A ilustre Procuradora destacou em sua promoção a assimetria entre o item 2.1 do 3º Termo Aditivo, que tratou especificamente do pagamento das parcelas, sem menção à correção monetária, ao passo em que o seu item 2.1.2, ao estabelecer que o valor pago a título de contraprestação será considerado como ativo intangível, traz mecanismo assecuratório de recomposição aquisitiva da moeda. Ainda, ressaltou o entendimento da Câmara de Política Econômica e Tarifária daquela Agência Reguladora Estadual, às fls. 484/485 e 493/494, por cópia extraídas dos processos regulatórios, no sentido de que a correção monetária é devida nos termos do contrato de concessão, pois que o termo aditivo não a exclui expressamente, valendo-se, ainda, do entendimento de que a correção monetária decorre de lei, sendo sua aplicação independente de prévio acordo entre as partes, tratando-se, pois de um dever implícito à relação contratual, com escopo de prevenir o enriquecimento sem causa.

Vem o processo a esta Assessoria Jurídica, por encaminhamento da Senhora Subsecretária de Parcerias Público-Privadas, solicitando avaliação jurídico-legal acerca dos seguintes pontos:

1) Aplicação de atualização monetária dos valores de pagamento das segundas e terceiras outorgas compensatórias dos 3º Termos Aditivos dos contratos de Concessão da CEG e CEG Rio.

2) Pagamento do valor das terceiras parcelas de outorga compensatória com desconto de valores relativos a dívidas de diversos órgãos públicos da administração direta e indireta.

3) Pagamento do valor das terceiras parcelas de outorga compensatória deduzido o custo financeiro decorrente da antecipação das datas de vencimento.

J



4) *Validade jurídica de ofícios trocados entre o Poder Executivo e as concessionárias para alterar o disposto nos 3º Termos Aditivos firmados entre as partes.*

5) *Validade jurídica para inclusão dos valores relativos ao pagamento da outorga compensatória na base de remuneração e ativo intangível das concessionárias e serem sujeitos à correção pelo IGP-M.*

Delimitado o limite objetivo da consulta, finaliza-se o relatório, ressaltando, desde logo, que serão aqui apenas considerados os aspectos jurídicos dos questionamentos, não envolvendo qualquer apreciação técnica, notadamente contábil.

II - Análise

Com relação ao tema correção monetária dos valores das parcelas, a Câmara de Política Econômica e Tarifária da AGENERSA, nos autos dos processos E12/003/120/2017 e E-12/003.120/2017, por cópia às fls. 484/485 e 493/494, ao apurar o débito atribuído às delegatárias, assim se manifestou:

'não é correta a afirmação de que o instrumento aditivo não previa a correção monetária, pois trata-se de um complemento ao Contrato de Concessão. Ao contrário do que a CEG-RIO assevera, a ausência de previsão explícita de não incidência de qualquer tipo de adequação dos valores faz com que haja vinculação automática aos regramentos contratuais de correção pelo IGPM, conforme cláusula sétima do Contrato de Concessão. Logo, considerando-se, inclusive, que a assinatura do Aditivo se deu no mês de dezembro de 2014, as parcelas deveriam ser todas reajustadas.'

A propósito da vinculação ao contrato e ao edital, os termos aditivos, em suas cláusulas quarta, dispõem sobre a ratificação de todas as cláusulas não expressamente alteradas do contrato de concessão, garantindo, expressamente, a aplicação plena das cláusulas originais de correção monetária, inclusive, à outorga compensatória, por sua própria natureza.



Ademais, diversas normas legais asseguram a correção monetária, tais como o Código Civil Brasileiro, art. 884, a Lei 8666/93, art. 55, III, a Lei 8987/1995, art. 23, IV, e o Art. 37, XXI, da CF, que em última instância buscam afastar o enriquecimento sem causa dos contratantes.

Em especial, com relação a contrato firmado pela Administração Pública, a Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, ao dispor sobre as medidas complementares ao Plano Real, estabeleceu a sua correção monetária anual:

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

Sobre o tema, Jessé Torres Pereira Júnior, comentando o artigo 5º §1º, da Lei 8666/93, destaca que a correção monetária não constitui um plus, já que apenas mantém o valor original, asseverando, com respaldo jurisprudencial, descaber cogitar-se de ausência de previsão da incidência da correção monetária em cláusula do contrato, ante a impossibilidade de ter-se vantagem sem causa:

'Não se confunde a correção monetária prevista nesta disposição, devida à perda do valor relativo da moeda em decorrência da inflação, com a que se refere a revisões destinadas a restaurar o equilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, rompido por outros fatores. A correção monetária mantém o valor original, corroído pela inflação ao longo do tempo; não é um plus. (32)

(...)

(32) (...) E recentemente reiterado pelo Ministro Marco Aurélio, ao rejeitar o Agravo de Instrumento nº 236.108-7/SP, verbis: (...) A correção monetária não é um plus, mas simples reposição do poder aquisitivo da moeda e tem como escopo maior afastar locupletamento indevido, contrário à sistemática constitucional. Descabe na espécie, cogitar de ausência de previsão da incidência da correção



monetária quer em cláusula do contrato, quer em texto de lei. A atualização do valor devido, ante a impossibilidade de ter-se vantagem sem causa, especialmente ao Estado, decorre do próprio sistema consagrado pela Carta da República.' (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, Jessé Torres Pereira Junior, Ed. Renovar, 5ª ed. Fls. 86)

'É que, não sendo a correção monetária um acréscimo, mas, sim, a manutenção no tempo do valor relativo da moeda, a aplicação de índices corretivos em nada altera o contrato consumado. Bem ao contrário, fá-lo fiel ao preço originariamente pactuado.' (Idem, Fls. 558)

(grifou-se)

Com efeito, embora sem previsão específica na cláusula segunda dos terceiros termos aditivos, a correção monetária das parcelas é devida com fundamento no Código Civil Brasileiro, art. 884, a Lei 8666/93, artigo 5º, §1º, art. 55, III, a Lei 8987/1995, art. 23, IV, e o Art. 37, XXI, da CF, e a Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, e nos contratos de concessão em análise. Contratos esses, que preveem, na cláusula sétima de cada uma das avenças, atualização de valores pelo IGP-M.

Outra questão trata da compensação parcial havida entre o valor da terceira parcela antecipada com dívidas que o Estado teria com as concessionárias por fornecimentos não liquidados e, ainda, abatimento de valor correspondente a custo financeiro do adiantamento, objetos dos questionamentos "2" e "3" da consulta, que constituem, indubitavelmente, alteração de cláusula financeira do contrato e, portanto, não poderiam dispensar a formalização de termo aditivo, precedido, obviamente, do encontro de contas entre créditos e débitos e que justifique, ainda, o dexágio aplicado em função da antecipação.

Referidos descontos e compensações estão baseados unicamente nos documentos de fls. 351, 352/359 e 360/365, que tratam da aceitação das Concessionárias em antecipar o pagamento das 3ªs parcelas, naquelas condições, em resposta a Ofício encaminhado pelo Governo do Estado, sobre as quais não consta dos autos nenhuma manifestação jurídica, embora contem com o "ciente e de acordo" do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado



em exercício à época, aposto no campo específico dos referidos documentos.

Entretanto, para ser considerado válido, o ato administrativo deve estar revestido da forma - requisito de validade - determinada em lei. Nessa ordem de ideias, se a lei estabelece determinada forma como revestimento do ato, não pode o ato administrativo deixar de observá-la, sob pena de invalidação por vício de legalidade.

O regime dos contratos administrativos - atos jurídicos bilaterais que são- por seu turno, exige sejam observados, dentre os requisitos legais, no caso, em especial, aqueles condizentes com a forma - instrumento contratual -, com cláusulas essenciais e solenidades previstas na Lei, sob condição de eficácia, sem as quais não produz seus regulares efeitos.

Neste contexto, a Lei nº 8987/1995, em seu art. 23, e a Lei nº 8666/93, em seu art. 55, estabelecem as cláusulas essenciais aos contratos administrativos em geral e para contratos de concessão de serviços públicos, aplicando-se o entendimento de que, embora nem todos os dispositivos sejam realmente obrigatórios, a ausência de alguns deles descaracteriza o contrato administrativo, dentre eles, aqueles relativos ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas.

A propósito da Lei nº 8666/93, artigo 55, Marçal Justen Filho comenta, que 'são obrigatórias às cláusulas correspondentes aos incisos I, II, III, IV e VII. As demais ou são dispensáveis (porque sua ausência não impede a incidência de princípios e regras legais) ou são facultativas, devendo ser previstas de acordo com a natureza e as peculiaridades de cada contrato' (fls. 823).

Assim, com relação ao invocado documento, pelas Concessionárias, que teria autorizado a compensação e abatimentos, não constitui instrumento contratual nos termos da lei que rege os contratos administrativos; e, ainda que pudesse ser assim considerado, o que se comenta apenas para efeito de argumentação, não compreende as cláusulas essenciais ao contrato



administrativo, nem as formalidades legais exigidas, das quais se destaca, a publicação, pelo impacto que tem sobre a vigência e eficácia do contrato, tampouco análise jurídica, na forma do parágrafo único do art. 38 da Lei Geral de Licitações e Contratos.

A publicação do instrumento de contrato ou de seus aditamentos é condição para sua eficácia, conforme disposições do artigo 61, parágrafo único, da Lei 8666/93; desta forma, todo instrumento contratual e seus aditivos somente produzirão efeitos após publicados na imprensa oficial.

A Administração Pública não pode prescindir da adequada formalização dos instrumentos contratuais pertinentes, em observância ao princípio da legalidade, insertos no artigo 23, da Lei nº8987/1995, e artigos 60, 61 e 62 da Lei nº8666/93, que obviamente se aplicam a aditamentos contratuais, por força, ainda, dos princípios da vinculação, da publicidade, da transparência e da eficácia dos contratos.

A formalização de contrato e sua publicação são condições indispensáveis para sua eficácia do acordo.

Autores como Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14. ed. Dialética, 2010. p. 866), Carlos Ari Sundfeld (Licitação e contrato administrativo. Malheiros, 1994. p. 216-217) e Joel de Menezes Niebuhr (Licitação pública e contrato administrativo. Zenite, 2008. p. 443), corroboram a tese, ensinando que antes da publicação, o contrato administrativo sequer é vigente.

Da mesma forma, o entendimento também é aplicável para termos aditivos a esses mesmos contratos.

Marçal Justen, comentando sobre os efeitos da exigência da publicação, se inter partes ou erga omnes, assevera que bastasse a assinatura para que o contrato fosse eficaz entre as partes, a exigência legal



de publicação seria irrelevante ou de nenhuma utilidade, de sorte que os deveres legais não se encontram em vigor antes de sua publicação:

'A publicação prévia destina-se a evitar que se dê execução a um contrato cuja existência não foi previamente divulgada a toda a comunidade'. Isto acarreta sérias consequências, pois os deveres contratuais não se encontram em vigor antes de ocorrida a publicação.

(-)

*Quando a lei estabelece que a publicação é condição de início de eficácia do contrato administrativo, isso acarreta que a própria vigência não se inicia antes da publicação. * Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos, fls. 8666/867, 15ª ed.)*

Nessa seara, se a publicação do contrato administrativo é condição para sua eficácia, não se pode admitir que ele gere efeitos entre as partes contratantes antes do advento daquela formalidade.

Note-se que as consequências dessa conclusão impactam consideravelmente na relação jurídica, uma vez que os deveres contratuais pactuados entre as partes somente passariam a ser exigíveis a partir do momento em que o extrato do contrato for publicado.

Desta feita, na melhor das hipóteses, poderia se entender que o "de acordo" aposto nos documentos de fls. 351, 352/359, 360/365 serviriam de orientação ou autorização à Administração para que adotasse as providências para a formalização do indispensável aditamento, por instrumento, ao contrato, nos termos da lei, já que constitui alteração de sua cláusula financeira.

Ainda que na hipótese mais remota referidos documentos pudessem ser considerados instrumento de contratos administrativos, o que se comenta apenas para efeito de argumentação, não teriam produzido seus efeitos - vigência e eficácia - por não terem sido publicados.

Finalmente, em atenção ao item 5 da consulta formulada, que diz



respeito à validade jurídica da contabilização como ativo intangível do valor integral da outorga compensatória, com repercussão na base de cálculo da remuneração dos ativos da concessionária para efeito de fixação e revisão das tarifas, tal mecanismo está consolidado no terceiro termo aditivo, sobre o qual não se vislumbra vícios de nulidade, em que pese não constar destes autos análises prévias acerca da solução adotada, tanto sob o aspecto técnico quanto jurídico, razão pela qual recomenda-se o encaminhamento à Agência Reguladora, a fim de que seu corpo técnico possa se pronunciar sobre o tema, que escapa à expertise jurídica.

III - Conclusão

Diante do exposto, na linha da fundamentação supra, concluo:

(I) é devida a atualização monetária das parcelas 2 e 3, nos termos da cláusula sétima do contrato de concessão, que se aplica às parcelas da outorga compensatória, já que não excluída expressamente pelo terceiro termo aditivo, conforme prevê sua cláusula quarta; além disso, a correção monetária dos contratos administrativos é decorrência de exigência legal - Código Civil Brasileiro, art. 884, a Lei 8666/93, art. 55, III, a Lei 8987/1995, art. 23, IV, e o Art. 37, XXI, da CF -, portanto, se aplicaria independentemente de previsão contratual;

(II) a compensação parcial da outorga compensatória deve se dar mediante prévia apuração e encontro de contas, ou seja, ser devidamente justificada e fundamentada, no contexto discricionário do Administrador e na esfera negocial do contrato; da mesma forma, com relação ao custo financeiro de antecipação do pagamento, desde que demonstrado que não se configura renúncia de receita, contudo, deve ser observada a forma prevista legalmente;

(III) por conta de tal exigência, os ofícios trocados entre o Poder



Executivo e as concessionárias, embora inaugurem as tratativas negociais para o pagamento antecipado, não prescindem da formalização de termo aditivo, exigido na espécie, em simetria com instrumento original, por força legal, não se admitindo, no caso, a substituição do termo de contrato por nenhum outro documento, conforme dispõem a Lei n° 8987/1995, em seu art. 23, e a Lei n° 8666/93, em seus arts. 55, 60, 61 e 62, que estabelecem as cláusulas essenciais aos contratos administrativos, razão pela qual os descontos realizados pelas concessionárias não estão respaldados legalmente nem contratualmente;

(IV) com relação à contabilização dos valores da outorga compensatória no ativo intangível, com repercussão na base de cálculo da remuneração dos ativos da concessionária para efeito de fixação e revisão das tarifas, conforme previsto no terceiro termo aditivo, não se verifica a existência de prévia análise técnica, recomendando-se a oitiva da AGENERSA a fim de que se possa pronunciar cabalmente sobre a questão.

É o parecer, salvo melhor juízo."

À fl. 34 consta o OF. AGENERSA/PRESI n.º123/2017, através do qual solicitei à CEG e CEG RIO o envio, no prazo de 10 (dez) dias, "(...) dos comprovantes de pagamento das outorgas referentes aos 3ºs Termos Aditivos celebrados entre o Poder Concedente e as Concessionárias CEG e CEG Rio", pelo que as Delegatárias afirmaram enviar¹, em anexo, os comprovantes de pagamento das respectivas outorgas.

Por meio do OF. AGENERSA/PRESI N° 138/2017 solicitei esclarecimentos quanto à DIJUR - E - 0290 e a não realização de reajustes monetários pelas Delegatárias por verificar que os valores pagos a título de outorga compensatória pela CEG e pela CEG RIO, referentes às segundas e às terceiras parcelas, não foram atualizados monetariamente pelo IGPM, frisando, na oportunidade, "(...) que a atualização monetária é cláusula implícita nos contratos e a não aplicação dos

¹ DIJUR - E - 0290/17, com anexos, às fls. 36-66.



referidos reajustes no pagamento das outorgas compensatórias (...)” poderia configurar enriquecimento sem causa. Lembrou-se, outrossim, que “(...) os valores pagos a título de outorga compensatória serão considerados como ativo intangível e atualizados pelo IGP-M.”

Ainda no mencionado documento solicitei esclarecimentos quanto aos descontos e/ou compensações, a título de custo financeiro e fornecimento de gás em atraso, realizadas no pagamento da terceira parcela da outorga da CEG. Também requeri explicações, no que se refere à CEG RIO, quanto às diferenças encontradas no pagamento da terceira parcela da outorga e concedi, com base em todo o exposto, *“(...) o prazo de 5 (cinco) dias para apresentação das manifestações das concessionárias relativas as ponderações realizadas, explicando-as pormenorizadamente.”*

Pelos Of. AGENERSA/PRESI N° 139, 140 e 141, de 18/04/2017, oficiei, respectivamente, os Exmos. Secretário e Subsecretário de Estado da Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico, assim como o Exm°. Sr. Secretário da Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento. Na ocasião, cientifiquei suas Excelências acerca das possíveis não conformidades encontradas quando da conferência dos pagamentos das outorgas compensatórias realizados pelas Concessionárias CEG e CEG RIO. Comuniquei-os, ainda, que haviam sido encaminhados ofícios às Delegatárias solicitando os esclarecimentos pertinentes, bem assim que após a elucidação das questões suscitadas junto às Concessionárias CEG e CEG RIO, as respeitáveis Secretarias seriam avisadas para possível ratificação das informações supramencionadas e/ou adoção de medidas cabíveis.

As fls. 76/90 consta a DJUR - E - 0367/2017, meio pelo qual as Delegatárias afirmaram que *“(...) as negociações entre as Concessionárias e o Governo do Estado do Rio de Janeiro englobaram os valores constantes nos III Aditivos aos Contratos de Concessão, sem qualquer previsão de atualização dos referidos valores”, e que os aditivos descreviam “(...) de forma pormenorizada e por extenso o valor de cada uma das parcelas a ser paga pelas Concessionárias (...); não havendo que “(...) se falar em cláusulas implícitas, até porque tal questão viola a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito”. No que se refere “(...) aos questionamentos acerca de*



descontos e/ou compensações aplicados e o envio de documentação respectiva da autoridade competente autorizando os referidos descontos (...)", as Delegatárias asseveraram que em anexo seguiam documentos assinados pelo Governador do Estado em exercício.

As fls. 90/91 figuram o despacho da CAPET, conforme abaixo, já exarado nos autos do processo E-12/003/120/2017, relacionado à CEG:

"a) Não é correta a afirmação de que o instrumento aditivo não previa atualização monetária, pois trata-se de complemento ao Contrato de Concessão. Ao contrário do que a CEG assevera, a ausência de previsão explícita de não incidência de qualquer tipo de adequação dos valores faz com que haja vinculação automática aos regramentos contratuais de correção pelo IGP-M, conforme cláusula Sétima do Contrato de Concessão. Logo, e considerando-se, inclusive, que assinatura do Aditivo se deu no mês de dezembro de 2014, as parcelas deveriam ser todas ajustadas, conforme quadro abaixo, seguido pelos índices utilizados para os cálculos.

CEG	Parcela Constante do 3º T.A.	Parcelas Devidas (Atualizadas pelo IGP - M) ⁽¹⁾	Diferença
2014	50.830.000,00	50.830.000,00	0,00
2015	50.830.000,00	56.187.058,56	5.357.058,56
2016	50.830.000,00	60.211.304,72	9.387.304,72
Total			14.744.363,28



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

SERVICO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12003/231/2017
Data 22/06/2017 p. 221
Rubrica C44 50201242

<i>Data</i>	<i>IGP-M</i>
2014.12	558,213
2015.12	617,044
2016.12	661,304

(1) Compreende a parcela devida atualizada pelo IGP-M na data do vencimento.

b) A coluna diferença refere-se ao valor específico da atualização da parcela original;

c) Abaixo seguem as datas de assinatura do III TA e dos pagamentos das parcelas, para realização dos cálculos de atualização:

<i>Data de Assinatura do 3º T.A.</i>	<i>Data do Vencimento ⁽²⁾</i>
01/12/2014	31/12/2014
	31/12/2015
	31/12/2016

(2) Pagamento da 1ª Parcela 30 dias após o vencimento. Pagamento da 2ª e 3ª Parcelas 12 e 24 meses após a data estabelecida para o pagamento da 1ª parcela.

d) Não consideramos os cálculos de multa e juros, previstos na cláusula 2.1.1. do III TA. Desta forma, a diferença a pagar hora calculada, de forma direta, é de R\$ 14.744.363,28;



2) O quadro permite afirmar que não houve cumprimento pleno dos termos do III Termo aditivo, ressalvando que, nos demonstrativos contábeis já analisados (2014 e 2015), os lançamentos foram feitos considerando-se os valores totais.”

Em sequência está o despacho da CAPET referente à CEG RIO e constante do processo E-12/003/121/2017, no qual a Câmara Técnica apresentou os seguintes quadros:

<i>CEG RIO</i>	<i>Parcela Constante do 3º T.A.</i>	<i>Parcelas Devidas (Atualizadas pelo IGP - M)⁽¹⁾</i>	<i>Diferença</i>
<i>2014</i>	<i>79.870.000,00</i>	<i>79.870.000,00</i>	<i>0,00</i>
<i>2015</i>	<i>79.870.000,00</i>	<i>88.287.632,64</i>	<i>8.417.632,64</i>
<i>2016</i>	<i>79.870.000,00</i>	<i>94.620.423,53</i>	<i>14.750.423,53</i>
<i>Total</i>		<i>23.168.056,17</i>	

<i>Data</i>	<i>IGP-M</i>
<i>2014.12</i>	<i>558,213</i>
<i>2015.12</i>	<i>617,044</i>
<i>2016.12</i>	<i>661,304</i>

(1) Compreende a parcela devida atualizada pelo IGP-M na data do vencimento.



<i>Data de Assinatura do 3º T.A.</i>	<i>Data do Vencimento ⁽²⁾</i>
09/12/2014	08/01/2015
	08/01/2016
	08/01/2017

(2) Pagamento da 1ª Parcela 30 dias após o vencimento. Pagamento da 2ª e 3ª Parcelas 12 e 24 meses após a data estabelecida para o pagamento da 1ª parcela.

De fls. 95/101 consta o parecer FMMM nº. 03/2017 (Procuradoria da AGENERSA), abaixo transcrito:

"1. O objeto da presente consulta focaliza os efeitos jurídicos e técnicos que se espraiam do 3º termo Aditivo ao Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Distribuição de Gás Canalizado firmado em 21/07/1997 com a Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro - CEG e, no mesmo sentido, com a CEG RIO.

2. Discute-se no bojo dos Processos Regulatórios nº E - 12/003/121/2017 e E -12/003/120/2017, ambos abertos para aferir o cumprimento dos 3ºs Termos Aditivos, dentre outros aspectos, o cabimento de atualização monetária em termos de mecanismos asseguratórios de recomposição aquilativa da moeda.

3. Instada a se manifestar na matéria, a Câmara de Política Econômica e Tarifária, no bojo do Processo Regulatório nº E -12/003/121/2017, consignou que 'não é correta a afirmação de que o instrumento aditivo não previa atualização monetária, pois trata-se de um complemento ao Contrato de Concessão. Ao contrário do que a CEG-RIO assevera, a ausência de previsão explícita de não incidência de qualquer tipo de adequação dos valores faz com que haja vinculação automática aos regramentos contratuais de correção pelo IGP-M, conforme cláusula sétima do Contrato de Concessão. Logo, e considerando-se, inclusive, que



assinatura do Aditivo se deu no mês de dezembro de 2014, as parcelas deveriam ser todas ajustadas. Neste ângulo de análise, a Câmara de Política Econômica e Tarifária apresenta como diferença o montante de R\$ 23.168.056,17 (vinte e três milhões, cento e sessenta e oito mil, cinquenta e seis reais e dezessete centavos).

4. A mesma linha de raciocínio foi adotada pela Câmara de Política Econômica e Tarifária, no bojo do processo Regulatório nº E -12/003.120/2017, apresentando como diferença o montante de R\$ 14.744.363,28 (quatorze milhões, setecentos e quarenta e quatro mil, trezentos e sessenta e três reais e vinte e oito centavos).

5. Resumidamente, necessário se faz rememorar algumas questões que foram suscitadas em momento anterior à assinatura do termo aditivo em espeque, notadamente o fato gerador que culminou na presente alteração contratual.

6. Diga-se, por oportuno, que o fato gerador que lastreou as discussões preliminares se atinha à substituição do meio de transporte de gás a certos Municípios - metas de expansão do serviço e distribuição do gás canalizado - contemplados pelos termos aditivos de 2004 e 2005, pelos gasodutos virtuais, segundo a então Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, energia, indústria e Serviços - naquela ocasião consignou a ausência de meio que atenderia às necessidades de abastecimento.

7. Superada breve exposição sobre o procedimento que culminou na formalização do 3º Termo Aditivo, é importante destacar que se espraiam dúvidas a respeito dos efeitos dos itens 2.1 e 2.1.2 da Cláusula Segunda. Discute-se a propriedade de correção dos valores imputados como contraprestação da delegatária ao Estado. Isto porque o item 2.1.2 assegura atualização monetária pelo IGPM do valor pago a título de contraprestação como ativo intangível, que será considerado na base de cálculo da remuneração dos ativos da concessionária para efeito de fixação e revisão das tarifas.

8. É possível notar que os itens supracitados não guardam simetria, eis que o item que disciplina a forma de pagamento a ser realizado ao Estado do Rio de



Janeiro pelas delegatárias (incluindo, por óbvio, mesmo tratamento adotado com a Concessionária CEG RIO) não traz mecanismos assecuratórios de correção pela perda do valor nominal da moeda. Ao passo que o item 2.2.2 - disciplina o valor a ser considerado como ativo intangível - traz os aludidos mecanismos assecuratórios em termos de recomposição aquisitiva da moeda.

9. Diga-se, por oportuno, que nas tratativas referentes à formalização dos aludidos termos aditivos (minutas) determinava-se a correção monetária pela SELIC, da seguinte forma: i) o pagamento da 2ª (segunda) parcela, de R\$ 45.900.000,00 (quarenta e cinco milhões e novecentos mil reais), representando 30% do montante total apurado, que será corrigido pela SELIC até a data do efetivo pagamento, deverá ser realizado até 12 (doze) meses após a data de assinatura deste Termo, e ii) o pagamento da 3ª (terceira) parcela, de R\$ 45.900.000,00 (quarenta e cinco milhões e novecentos mil reais), representando 30% do montante total apurado, que será corrigido pela SELIC até a data do efetivo pagamento, deverá ser realizado até 24 (vinte e quatro) meses após a data de assinatura deste TERMO.

10. Observa-se que a lógica do parcelamento supracitado, imbuído, pois, de correção monetária, seguia os parâmetros/analogia do Código Tributário do Estado do Rio de Janeiro, conforme dispõe o §2º, art.173: 'No caso de parcelamento de débito o valor consolidado incluirá até a data da sua consolidação, atualização e demais acréscimos legais.' Segundo a ratio in tela, a correção monetária representa a recomposição da moeda, sendo a sua aplicação independente de prévio acordo entre as partes, tratando-se, pois, de um dever implícito à relação contratual, pois tem por escopo prevenir o enriquecimento sem causa.

11. Outrossim, sobreleva ressaltar o entendimento extensivo da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão que prevê a atualização dos investimentos, custos, tarifas, pelo IGP-M, adotado pela Câmara de Política Econômica e Tarifária, que possui expertise na matéria em voga, ao prescrever que 'não é correta a afirmação de que o instrumento aditivo não previa atualização monetária, pois trata-se de um complemento ao Contrato de Concessão. Ao contrário do que a CEG-RIO assevera,



a ausência de previsão explícita de não incidência de qualquer tipo de adequação dos valores faz com que haja vinculação automática aos regramentos contratuais de correção pelo IGP-M, conforme cláusula sétima do Contrato de Concessão. Logo, e considerando-se, inclusive, que assinatura do Aditivo se deu no mês de dezembro de 2014, as parcelas deveriam ser todas ajustadas.

12. Por esta razão, é imprescindível, s.m.j, análise e providências por parte da Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico, em termos de regularidade do pagamento das 2ª e 3ª parcelas das outorgas compensatórias constantes nos 3º termos Aditivos aos Contratos de Concessão efetuados pelas Concessionárias CEG e CEG RIO, especialmente porque os citados instrumentos foram silentes em relação aos efeitos do aludido "instituto do parcelamento", ora empregado para cumprimento da obrigação contratual, podendo assim culminar em malsinado efeito lesivo ao erário via enriquecimento indevido em favor das delegatárias. Não há motivação no feito correlata à exclusão da correção monetária, até então prevista nas minutas, reforçando, s.m.j, aplicação implícita para efeitos de regularidade do pagamento efetuado pelas delegatárias junto ao Estado do Rio de Janeiro.

13. Por outro lado, importante registrar que no bojo da DIUR - E - 0367/2017, de 24 de abril de 2017, a Concessionária CEG sustenta que efetuou o pagamento das 1ª e 2ª parcelas do aporte desprovido de correção pelo IGP-M, sob alegação de que não havia previsão de atualização dos referidos valores. Por sua vez, em relação à 3ª parcela, a delegatária sustenta que o valor correlato será objeto de compensação, 'autorizada prévia e expressamente pelo Governo do Estado, por meio de oposição de ciente e de acordo neste documento, serão realizadas diretamente pela CEG sobre o valor originalmente previsto da 3ª parcela do aporte, ou seja, sobre R\$ 50.830.000,00 (cinquenta milhões e oitocentos e trinta mil reais), chegando-se assim ao valor de R\$ 45.251.998,65 (quarenta e cinco milhões, duzentos e cinquenta e um mil, novecentos e noventa e oito reais e sessenta e cinco centavos) a ser pago a título de 3ª parcela do aporte, com as deduções antes comentadas.'



14. *Em que pese as razões colacionadas na DIJUR - E - 0367/2017, de 24 de abril de 2017, é cediço que alterações nas condições ora pactuadas deveriam ter observado o 'formalismo' exigido, qual seja: celebração de novo termo aditivo. Logo, entendemos que as questões suscitadas devem seguir o rito formal estabelecido em lei, sob pena de se reputarem 'irregulares'. Em outras palavras, reputa-se regular e, portanto, legal, as alterações associadas com o respectivo manejo de instrumento simétrico - celebração de termo aditivo - sob pena de se perpetuar irregularidades contratuais dissociadas, por óbvio, da boa - fé, dificultando a ampla fiscalização do contrato em todos os seus níveis.*

15. *Neste sentido, salta aos olhos a necessidade de enfrentamento do tema pela Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico, sobre os aspectos abordados nesta promoção, especialmente: i) análise e providências a respeito da regularidade do pagamento das 2ª e 3ª parcelas das outorgas compensatórias constantes nos 3º termos Aditivos aos Contratos de Concessão efetuados pelas Concessionárias CEG e CEG RIO, atendo-se, sob o prisma do equilíbrio contratual, à previsão do item 2.1.2, Cláusula Segunda, 3º Termo Aditivo, que assegura atualização monetária pelo IGPM do valor pago a título de contraprestação como ativo intangível, que será considerado na base de cálculo da remuneração dos ativos da concessionária para efeito de fixação e revisão das tarifas; ii) análise dos descontos e/ou compensações efetuados pelas delegatárias CEG e CEG RIO no pagamento das 3ªs parcelas, onde realizaram deduções a título de custo financeiro devido à antecipação do pagamento e de compensação para a quitação de dívidas do Estado do Rio de Janeiro para com as Concessionárias (relativas à prestação do serviço de distribuição de gás aos órgãos públicos estaduais), tudo isto desprovido dos respectivos instrumentos formais exigidos em lei, denotando quebra da boa - fé pelas delegatárias.*

16. *Nesta toada, esta Procuradoria julga necessário, ante as considerações acima esposadas, s.m.j. remessa da matéria à oitiva final pela Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico para que sejam analisados, sem prejuízo da adoção de providências cabíveis por essa pasta, os aspectos*



apresentados na presente promoção, recomendando-se que o tema seja tratado com a máxima urgência para sanar eventuais irregularidades em tempo hábil.

17. Sugiro imediata abertura de processo administrativo (âmbito interno desta Autarquia) e/c juntada de cópia dos documentos processuais citados na boja da presente promoção, eis que é, por excelência, um dos instrumentos de garantia democrática e permitirá, de posse dos elementos instrutórios, a formulação de decisões administrativas coerentes com o direito fundamental à boa administração.²

As fls. 102/105 consta a DIJUR - E - 0323/17, em que as Delegatárias, dirigindo-se ao Conselho - Diretor, afirmam abordar a análise das obrigações e interpretações do 3º Termo Aditivo CEG e CEG RIO e influências nos investimentos.

Em sequência, consta o OF. AGENERSA/PRESI nº. 166, através do qual o CODIR contactou a Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico para análise e providências quanto à regularidade no pagamento das parcelas da outorga compensatória, informando que elas não foram atualizadas monetariamente. Solicitou-se, ainda, a verificação dos descontos/compensações efetuados, que teriam ocorrido sem a prévia ciência, interveniência ou anuência da AGENERSA. Demonstrou-se, no citado documento, a diferença a ser paga, com atualização monetária, mas sem a incidência de juros e mora contidos na cláusula 2.1.1 dos respectivos Termos Aditivos. Ressaltou-se, por fim, a proximidade do próximo ciclo revisional, razão pela qual foi requerida, também, urgência na manifestação.

O Ofício 167/2017 (fl. 110) demonstrou que a Secretaria supracitada foi novamente oficiada, sendo-lhe sugerida consulta à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro quanto ao entendimento técnico e jurídico esposado no Ofício AGENERSA/PRESI nº. 166/2017.

² Grifos no original.



Nos pareceres técnicos 066 e 067/2017 a CAPET concluiu, quanto às Concessionárias CEG e CEG RIO, que a nova meta das Delegatárias para o quinquênio passou, respectivamente, para R\$ 977,23 milhões (data-base dez/2011) e R\$ 320,05 milhões (data-base dez/2011).

A Procuradoria da AGENERSA, pelo parecer 04/2017, assim se manifestou quanto à CEG:

"1. O objeto da presente consulta focaliza na análise e cumprimento do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Distribuição de Gás Canalizado firmado em 21/07/1997 com a Companhia Distribuidora de Gás do Rio de Janeiro - CEG.

2. Questões atinentes à regularidade do pagamento das 2ª e 3ª parcelas das outorgas compensatórias e descontos e/ou compensações efetuados pelas delegatárias CEG e CEG RIO no pagamento das 3ª parcelas, onde realizaram deduções a título de custo financeiro devido à antecipação do pagamento e de compensação para a quitação de dívidas do Estado do Rio de Janeiro para com as Concessionárias (relativas à prestação do serviço de distribuição de gás aos órgãos públicos estaduais), fogem, pois, do escopo do objeto do presente posicionamento jurídico, já fazendo parte da Promoção nº 03/2017 FMMM - Procuradoria da AGENERSA.

3. Instada a se manifestar na matéria, a CAENE assevera que as metas listadas no 3º Termo Aditivo praticamente não foram cumpridas pela Concessionária CEG RIO.

4. Diga-se, por oportuno, que o fato gerador que lastreou as discussões preliminares se atinha à substituição do meio de transporte de gás a certos Municípios - metas de expansão do serviço e distribuição do gás canalizado - contemplados pelos termos aditivos de 2004 e 2005, pelos gasodutos virtuais, segundo a então Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços - naquela ocasião consignou a ausência de meio que atenderia às necessidades de abastecimento.



5. Diante da aludida substituição foi determinado pelo Estado do Rio de Janeiro outorga compensatória, motivando a formalização imediata do 3º Termo Aditivo, cuja presunção de legalidade é mantida até o presente momento, especialmente pela vinculação dos órgãos setoriais, como é o caso desta AGENERSA, ao Sistema Jurídico Central do Estado do Rio de Janeiro. Em outras palavras, a outorga foi paga pelo direito de fazer gasoduto virtual e tendo este direito os investimentos físicos foram assim substituídos, em consonância com os fundamentos colocados no bojo do Processo Administrativo nº. E - 12/001/1299/2014.

6. Segundo os termos do contrato, 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.

7. Isto significa afirmar que, na medida em que há o reajuste da margem, concorre e por igual o reajustamento deste intangível. Em efeitos práticos, entende-se remuneração pela tarifa revista ordinariamente a cada 5 (cinco) anos, cabendo recordar que a tarifa deve garantir, a um só tempo, a cobertura dos custos e investimentos, bem como o direito dos usuários aos serviços públicos.

8. Contudo, a delegatária sustenta que o valor referente ao investimento da obrigação originária (gasoduto físico previsto no Termo Aditivo de 2004) é equivalente ao valor pago a título de outorga compensatória, razão pela qual ela requer: i) seja considerado como valor realizado ou ii) seja abatido da meta financeira e/c consequente redução de valor.

9. É oportuno aqui rememorar que o plano de investimentos da Companhia aprovado na 3ª Revisão Tarifária e assim projetados para o 4º quinquênio



(2013 - 2017), prevê um montante de investimento correspondente a R\$ 1.108.000.000,00 (um bilhão, cento e oito milhões de reais), conforme os termos da Deliberação AGENERSA nº 1.796/2013. Isto significa afirmar que a CEG foi remunerada pela tarifa para realização dos aludidos investimentos.

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

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

12. Em atenção às explicações da concessionária mencionadas no item 9, depreende-se que ela calculou a meta financeira descontando o valor pago a título de outorga compensatória.

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



13. Por outro lado, é incongruente o raciocínio da Concessionária CEG, notadamente porque a tarifa fixada no bojo da 3ª Revisão Tarifária remunerou todos os investimentos prospectivos para realização ao longo do 4º quinquênio, o que implica reconhecer o direito legítimo dos usuários na imediata devolução (atualizada/data presente) da quantia ora remunerada pela tarifa dos abudidos investimentos - não mais constantes como meta financeira, além da aplicação de penalidade cabível, ano a ano (2014, 2015, 2016 e 2017) segundo os escopos do Contrato de Concessão. Não se pode perder de vista que a delegatária deixou de realizar durante estes anos vultosos investimentos aos quais se encontrava obrigada, descumprindo assim o cronograma anual de investimentos projetados para o 4º quinquênio - Deliberação AGENERSA nº 1.796/2013.

14. Outrossim, em relação aos efeitos práticos do item 2.1.4, Cláusula Segunda, 3º Termo Aditivo, que prescreve: 'Na próxima revisão tarifária correspondente aos anos de 2018 a 2022, não haverá reequilíbrio econômico-financeiro a ser realizado em virtude do pagamento da outorga compensatória mencionada na subcláusula 2.1, tendo em vista que os investimentos constantes da subcláusula 1.1, desse instrumento já foram considerados quando de revisão tarifária referente ao período 2013 a 2017, e que também não serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro', salta aos olhos que a redação veda a formulação de pretensões, por parte da delegatária, tendentes ao reequilíbrio do pagamento da outorga compensatória, sob pena de enriquecimento indevido por parte da concessionária e destinação diversa da finalidade da outorga compensatória adotada pelo Estado do Rio de Janeiro que, s.m.j, foi adotada em virtude da substituição da obrigação contratual fixada desde 2004/2005, cujos montantes não investidos foram levados à compensação na 3ª Revisão Quinquenal, em favor da modicidade tarifária e aprovados os investimentos (como os aqui discutidos e correlatos à novação da obrigação em espeque) para execução ao longo do 4º quinquênio (2013 a 2017), nos valores de R\$



SERVICO PUBLICO ESTADUAL
Processo: E-14/003/231/2017
Data: 22/06/2017
Rubrica: 233
04-5020124

130,84 milhões (CEG) e R\$ 205,55 milhões (CEG-Rio), ambos à base de dezembro de 2011, a mesma da III Revisão Quinquenal.³

15. Como se nota, a redação supracitada, em sintonia com os princípios da regularidade e continuidade do serviço, universalização e modicidade tarifária, coibiu com propriedade o reequilíbrio de investimentos correlatos à novação da obrigação (anteriormente fixada pelos aditivos de 2004/2005), os quais já foram considerados e remunerados pela tarifa quando do implemento da 3ª Revisão Quinquenal - ocasião em que a tarifa foi revista para compatibilizá-la com os custos do serviço, as necessidades de expansão (investimentos), a aquisição de equipamentos e o próprio lucro da delegatária.

16. Diante do exposto, considerando que os investimentos listados no 3º Termo Aditivo não foram realizados pela Concessionária CEG, esta Procuradoria opina pela devolução imediata aos usuários c/c correção dos valores ao presente, sob pena de enriquecimento indevido em favor da delegatária e lesão de natureza grave ao interesse público, eis que, em conformidade com os termos da Deliberação AGENERSA nº 1.796/2013, a CEG foi remunerada pela tarifa para cumprimento das obrigações listadas, as quais permanecem inadimplidas até momento presente, atraindo, pois, a imposição de penalidade de natureza grave ano a ano (4º quinquênio) em coerência com os preceitos do Contrato de Concessão. Não se podendo perder de vista que a delegatária deixou de realizar durante estes anos vultosos investimentos aos quais se encontrava obrigada, descumprindo assim o cronograma anual de investimentos projetados para o 4º quinquênio, conforme os termos da deliberação em comento.³

O mesmo conteúdo foi adotado no parecer 05/2017, com as devidas adequações, em referência à CEG RIO.

³ Grifos no original.

6



Consta, em sequência, cópia dos Ofícios AGENERSA/PRESI n.º 168, 169 e 170/2017, meios pelos quais informei a Secretaria de Estado de Fazenda e Planejamento, Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e Concessionárias sobre o teor do Ofício AGENERSA/PRESI n.º 166/2017, ressaltando que nesse documento suscitei ao Exmo. Secretário de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico quanto à necessidade de atualização monetária das parcelas pagas pelas Concessionárias à título de Outorga compensatória, bem como à aplicação de descontos/compensações e aplicação de juros de mora.

Foram encaminhados, ainda, os Ofícios AGENERSA/PRESI n.º 171/2017 e 173/2017, através dos quais remeti às Concessionárias, para conhecimento, cópia dos Ofícios AGENERSA/PRESI n.º 166/2017 e 167/2017, os quais foram direcionados ao Secretário de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico e Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Através da Carta PRESI-005/2017, as Concessionárias explanaram que diferentemente do que argumenta a AGENERSA, "(...) o conteúdo dos terceiros termos aditivos aos Contratos de Concessão não foi alterado."; afirmaram que as "(...) Concessionárias pagaram exatamente o valor a que se propuseram a título das terceiras parcelas, consoante previsão dos aditivos"; alegaram, no que tange às compensações/descontos efetuados, que a CEG e CEG RIO "(...) apenas formalizaram um encontro de contas, feito por mera liberalidade, entre as Concessionárias, devedoras das terceiras parcelas, e o Governo do Estado do Rio de Janeiro, devedor de débitos decorrentes do fornecimento de gás às Concessionárias"; explicaram que "(...) o fato das Concessionárias terem realizado os referidos e supracitados encontros de contas, por mera liberalidade, com o Governo do Estado do Rio de Janeiro não altera em nada o conteúdo e a forma de pagamento prevista para as terceiras parcelas nos correspondentes termos aditivos aos Contratos de Concessão"; entenderam "(...) que (...) realizaram o pagamento integral das terceiras parcelas dos terceiros termos aditivos aos Contratos de Concessão utilizando-se de créditos que tinha perante o Governo do Estado do Rio de Janeiro, o que se operou por meio de compensação", ou seja, "(...) ambas as partes pagaram uma a outra o que deviam"; aduziram que o Governo do Estado do Rio de Janeiro "(...) concedeu às Concessionárias ampla geral e irrestrita quitação acerca dos pagamentos determinados nas Cláusulas Segunda dos Terceiros Termos Aditivos aos



Contratos de Concessão"; e concluíram que, dessa forma, *"(...) as Concessionárias cumpriram o disposto nos Terceiros Termos Aditivos aos Contratos de Concessão, e, inclusive, anteciparam, por mera liberalidade, a data de pagamento das terceiras parcelas."*

Às fls. 142/152 novamente consta o parecer TCA Nº. 03/2017, elaborado pelo Procurador Geral do Estado, Dr. Thiago Cardoso, e inicialmente transcrito neste relatório.

À fl. 155 a CAPET reportou-se *"(...) às análises já efetuadas sobre o teor dos documentos constantes dos processos E-12/003.120/2017 e E-12/003.121/2017, CEG e CEG-Rio (...)"* por não haver, *"(...) nos autos, quaisquer fatos novos que impliquem em mudança de entendimento (...)"*. A Procuradoria da AGENERSA, à fl. 156, reiterou *"(...) o inteiro teor das promoções jurídicas exaradas no bojo dos Processos Regulatórios nº E-12/003.121/2017 e E-12/003.120/2017."*

Nas manifestações de 25/05/2017 as Concessionárias, em suma, lembraram que a AGENERSA *"(...) está adstrita a observar as políticas públicas estabelecidas pelo Governo do Rio de Janeiro, tal qual a política de investimentos, diretamente afetada pelo termo aditivo em questão e a descrição dos valores exatos das 03 (três) parcelas para pagamento (...) a título de outorga compensatória, sem a previsão de qualquer tipo de atualização"*⁴; abordaram a questão da substituição dos investimentos através do 3º Termo Aditivo aos respectivos Contratos de Concessão por meio da realização do pagamento de uma outorga; e expuseram sua interpretação à subcláusula 2.1.4 do referido aditivo.

Quanto à atualização das parcelas pelo IGP-M sem previsão expressa, as Concessionárias afirmaram que a existência de valores não previstos quando da celebração do aditivo as onera, registrando que *"se houvesse tal previsão, talvez o aditivo sequer tivesse sido celebrado entre as partes ou a Concessionária poderia ter optado, por exemplo, pelo pagamento à vista - que não faria incidir o IGP-M"*; entenderam, outrossim, que não havia que se falar em cláusula implícita *"(...) porque em se tratando de cláusula de conteúdo e que tem impacto econômico e, ainda, não*

⁴ Grifo como no original.



estando a mesma prevista em termo aditivo, por óbvio que não pode ser imputada à Concessionária"; e afirmaram que "tal sugestão por parte da AGENERSA viola o princípio da boa-fé das partes quando da celebração do referido termo".

No que se refere à compensação dos valores da terceira parcela, as Concessionárias afirmaram, em síntese, que já apresentaram "(...) os devidos esclarecimentos por meio da PRESI - 005/2017, os quais devem ser considerados" e solicitaram fosse "(...) considerado o cumprimento integral do III Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, conforme todas as razões já expostas nos autos".

Por meio do OF. AGENERSA/PRESI nº. 223/2017 informei às Delegatárias "(...) que o presente processo foi instaurado visando a verificação do pagamento das outorgas compensatórias, constantes do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e as Concessionárias CEG e CEG RIO, documentos constantes nos processos E-12/003/120/2017 e E-12/003/121/2017". Comuniquei, ainda, que estes autos encontravam-se, em resumo, disponíveis para a apresentação de razões finais.

Através da DJUR - E - 0583/2017 as Concessionárias ressaltaram, inicialmente e em resposta ao OF. AGENERSA/PRESI/SECEX nº. 260/2017, que "(...) não tiveram acesso a integral do processo E-12/1299/2014, em trâmite na casa civil (...)" e que "(...) a assinatura dos III Termos Aditivos aos Contratos de Concessão ocorreu dentro de processo administrativo ao qual as Concessionárias não tiveram acesso."

Em análise ao parecer da Procuradoria do Estado, as Delegatárias afirmaram que a "AGENERSA foi interveniente anuente na assinatura dos termos aditivos acima referenciados e, portanto, juntamente com o Poder Concedente pactuou de seus conteúdos (...) sem qualquer ressalva no momento da assinatura quanto ao texto e ao conteúdo das cláusulas respectivas"; registraram que "(...) a não atualização das parcelas pelo IGP-M foi objeto de negociação quando da pactuação do valor e a forma de pagamento do valor das outorgas entre as partes envolvidas";



ressaltaram que "(...) as Cláusulas 2.1.2 dos III Termos Aditivos definem que o valor pago será inserido na base de ativos regulatórios (...)", e, em "(...) sendo exigível a atualização das parcelas 2 e 3 dos aditivos das Concessionárias, a referida atualização, sendo parte do valor pago, também deverá compor o ativo intangível a partir de 01/01/2018, em atenção à segurança jurídica"; alegaram, nesse sentido, que "(...) o valor eventualmente pago a título de IGP-M deve também ser considerado como investimento realizado na apuração dos investimentos realizados pelas Concessionárias no presente quinquênio, dentro dos processos específicos abertos para apurar as metas de investimentos ano a ano"; mencionaram, a esse respeito, que "(...) na sessão regulatória de 20/06/2017, o próprio conselho diretor da Agência reconheceu que, em atenção aos termos do aditivo, o valor pago a título de outorga deve fazer parte do ativo intangível, não havendo o que se discutir sobre este ponto"; e salientaram que a alteração das Cláusulas dos Aditivos, em desfavor da Concessionária, geram um desequilíbrio econômico-financeiro.

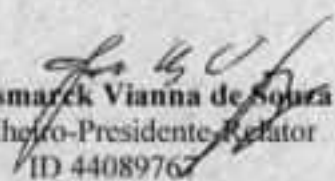
Em sequência, as Delegatárias asseveraram que, com relação "(...) à compensação das parcelas 3 dos III Termos Aditivos com dívidas de órgãos públicos estaduais, esta decorreu em função de solicitação do Governo do Estado para que as Concessionárias providenciassem a antecipação dos pagamentos previstos nos III Termos Aditivos, dada a notória situação de crise político e econômica em que este se encontrava à época"; aduziram que, diferente do citado no parecer da PGE, "(...) não se pode afirmar ter havido má-fé por parte das Concessionárias, que se comunicaram por meio idôneo e formal com o Governo do Estado do Rio de Janeiro, propondo a realização de compensação de dívidas de órgãos públicos estaduais de fornecimento de gás com as 3as parcelas do aporte, como condição precedente para o pagamento antecipado das mesmas, como solicitação anteriormente mencionada"; afirmaram que o interesse público por trás de tal "(...) acordo certamente trouxe benefícios não só aos usuários de gás canalizado como a toda população do Rio de Janeiro"; mencionaram que referida compensação encontra respaldo no art. 368 do CC/02, o qual dispõe que "Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem"; registraram que em razão "(...) do equilíbrio econômico-financeiro é dever da Concessionária buscar o adimplemento do pagamento de gás já fornecido, como era o caso dos órgãos públicos estaduais que tinham débitos, influenciando tais valores de inadimplência diretamente na tarifa de todos os usuários clientes da CEG



e CEG RIO, de modo que, mais uma vez se demonstra o interesse público envolvido na referida operação"; e ressaltaram que as Concessionárias "(...) não teriam como justificar para seus acionistas/administradores a antecipação do pagamento das 3as parcelas, sem que houvesse uma justificativa para o desembolso antecipado de tais recursos"; bem assim que "Tal antecipação somente foi possível, mediante a demonstração aos interessados de recuperação de montantes de dívidas de fornecimento de gás dos órgãos públicos estaduais, beneficiando às concessões".

Por fim, as Concessionárias ratificaram "(...) posicionamento já exaustivamente defendido nos processos instaurados para apurar os investimentos realizados, atualmente, no quinquênio 2013 - 2017, no sentido de que os planos de investimentos foram alterados pelos III Termos Aditivos, de modo que as obrigações físicas e financeiras de construir os gasodutos foram substituídas por novas obrigações de chegar até os municípios objeto dos aditivos por meio de GNC/GNL - gasodutos virtuais"; afirmaram que "(...) o valor dos aportes feitos pela CEG e pela CEG RIO devem ser considerados como investimentos realizados, mormente se feita a leitura da Cláusula 2.1.4 dos aditivos em questão que considera que nem a outorga nem os investimentos considerados na revisão 2013-2017 serão objeto de reequilíbrio econômico-financeiro, ou seja, ambos os valores se anulam entre si"; e solicitaram o reconhecimento integral do "(...) conteúdo dos Aditivos, nas formas argumentadas por elas ao longo do presente processo (...)".

É o relatório.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator
ID 4408976



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-12/003/231/2017
Data: 22/06/2017 Pp: 239
Rubrica: Cely - SD201247

Processo n.º : E-12/003.231/2017.
Data de autuação: 22/06/2017.
Concessionárias: CEG e CEG RIO.
Assunto: TERCEIROS TERMOS ADITIVOS, VERIFICAÇÃO DE PAGAMENTOS DAS OUTORGAS DAS CONCESSIONÁRIAS CEG E CEG RIO.
Sessão Regulatória Extraordinária: 12/07/2017

VOTO

1) INTRODUÇÃO. DA COMPETÊNCIA DA AGENERSA E OBJETO DO PROCESSO.

O presente processo foi instaurado com o fito de verificar o pagamento de outorgas oriundas da celebração, entre as Concessionárias CEG e CEG RIO e o Estado do Rio de Janeiro, dos 3^{os} Termos Aditivos aos Contratos de Concessão dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado relativos a essas Delegatárias.

Frise-se que os assuntos afetos às implicações dos referidos aditivos contratuais nas metas físicas e financeiras das Concessionárias, bem como a interpretação, a esse respeito, das cláusulas neles dispostas, já são objeto dos processos E-12/003.120/2017 (CEG) e E-12/003.121/2017 (CEG - RIO), sendo certo que tais questões foram abordadas nas Sessões Regulatórias de 20/06/2017 e 29/06/2017.

Embora tenham sido extraídas cópias relevantes dos autos supracitados para comporem este feito, tratar-se-á, aqui, apenas de verificar a **regularidade** quanto aos pagamentos das outorgas efetuados pelas Concessionárias CEG e CEG RIO quando da celebração dos Terceiros Termos Aditivos aos seus respectivos Contratos de Concessão, apurando-se o cumprimento desses instrumentos.

Mesmo porque esta Autarquia deve pugnar pela estabilidade nas relações envolvendo o Poder Concedente, concessionários ou permissionários e usuários, no interesse de todas as partes envolvidas. Ademais, à AGENERSA compete, em suma, zelar pelo fiel cumprimento dos contratos de concessão submetidos a sua regulação. Quero dizer, com isso, que nessas atribuições está



compreendida a verificação quanto ao correto recolhimento da outorga corolária da celebração de tais aditivos contratuais. É o que se extrai dos arts. 3º, III, e 4º, I, da Lei Estadual nº. 4556/2005, e do próprio Contrato de Concessão.

Vejam, a título de esclarecimento, que no presente processo a atuação desta Agência restringir-se-á a emanar comando no sentido de considerar a correção ou não dos pagamentos das outorgas, determinando-se, se for o caso, que as Concessionárias corrijam possíveis não conformidades, comprovando a correção perante esta Autarquia.

Acresça-se que a verificação da regularidade no pagamento das outorgas abará analisar se incidiu, sobre determinadas parcelas acordadas, **atualização monetária**, bem assim se são admissíveis os **descontos/compensações** realizados sobre elas.

Verificada possível inexactidão no que concerne aos pagamentos das outorgas pelas Concessionárias, a comprovação acima citada deve abarcar a incidência de multa e juros, nos termos do previsto na **subcláusula 2.1.1 dos 3ºs Termos Aditivos aos Contratos de Concessão das Concessionárias CEG e CEG RIO**. Explico: para comprovar junto a esta AGENERSA que sanaram eventual irregularidade, as Delegatárias deverão demonstrar que a regularização contemplou, também, a multa e juros de que trata a referida disposição contratual.

Isso porque qualquer inadequação encontrada denota, nos termos do que dispuseram os respectivos aditivos, o não cumprimento da obrigação de pagar, atraindo, pois, a incidência dos juros e multa neles previstos. Não haverá prejuízo, ainda, quanto à aplicação de **sanção regulatória**, em observância aos dispositivos do Contrato de Concessão e IN 001/2007, porquanto descumpridos estarão os correspondentes Terceiros Termos Aditivos. Inteligência da citada **subcláusula 2.1.1, in verbis**:

"2.1.1. Na hipótese do não cumprimento do disposto nesta cláusula¹, sem prejuízo das penalidades previstas no Contrato de Concessão e respectivos Termos Aditivos, aplicar-se-á multa de 2% (dois por cento) do valor da parcela, bem como juros de 1% (um por cento) ao mês, calculado pro rata die." (meu grifo)

¹ Entenda-se o não cumprimento da cláusula Segunda dos aditivos correspondentes à CEG e CEG RIO, o qual se refere ao pagamento da outorga.



Delimitado o objeto do feito, passemos à análise da regularidade quanto ao pagamento das outorgas pelas Concessionárias CEG e CEG RIO. Antes, porém, vejamos um breve histórico.

II) DO HISTÓRICO SOBRE AS OUTORGAS

Em dezembro de 2014, as Concessionárias CEG e CEG RIO assinaram Termos Aditivos aos seus Contratos de Concessão a fim de alterarem a forma física de distribuição do gás.

Em substituição a algumas obrigações assumidas em aditivos celebrados nos anos de 2004 e 2005, as Delegatárias acordaram a implantação de novas redes de distribuição de gás a fim de que o fornecimento do combustível passasse a ocorrer, nos Municípios apontados nos 3^{os} Termos, através de gasodutos virtuais, ou seja, por meio de GNC (gás natural comprimido) e/ou GNL (gás natural liquefeito).

Como contraprestação às alterações pactuadas, restou consignado, nas **subcláusulas 2.1** dos correspondentes aditivos, que CEG e CEG RIO pagariam ao Estado do Rio de Janeiro os valores de **RS 152.490.000,00 (cento e cinquenta e dois milhões, quatrocentos e noventa mil reais)** e **RS 239.610.000,00 (duzentos e trinta e nove milhões, seiscientos e dez mil reais)**, a título de outorga compensatória.

Foi estipulado, no mesmo **item 2.1** da Cláusula Segunda², o pagamento das aludidas quantias em 03 (três) parcelas, a saber:

1) CEG:

1.a) Primeira parcela: R\$ 50.830.000,00 (cinquenta milhões e oitocentos e trinta mil reais), devida 30 (trinta) dias após a assinatura do aditivo;

1.b) Segunda parcela: R\$ 50.830.000,00 (cinquenta milhões e oitocentos e trinta mil reais), para quitação em 12 (doze) meses após a data estabelecida para o pagamento da primeira parcela;

² "Cláusula Segunda – DA CONTRAPRESTAÇÃO".



1.c) Terceira parcela: R\$ 50.830.000,00 (cinquenta milhões e oitocentos e trinta mil reais), para quitação em 24 (vinte e quatro) meses após a data estabelecida para o pagamento da primeira parcela.

2) CEG RIO:

2.a) Primeira parcela: R\$ 79.870.000,00 (setenta e nove milhões e oitocentos e setenta mil reais), devida 30 (trinta) dias após a assinatura do aditivo;

2.b) Segunda parcela: R\$ 79.870.000,00 (setenta e nove milhões e oitocentos e setenta mil reais), para quitação em 12 (doze) meses após a data estabelecida para o pagamento da primeira parcela;

2.c) Terceira parcela: R\$ 79.870.000,00 (setenta e nove milhões e oitocentos e setenta mil reais), para quitação em 24 (vinte e quatro) meses após a data estabelecida para o pagamento da primeira parcela.

Considerando a atribuição/competência da AGENERSA - conforme já citado no intróito deste voto - com relação à fiscalização quanto ao cumprimento dos contratos de concessão e aditivos de suas reguladas, instei as Concessionárias CEG e CEG RIO, na data de 28/03/2017, a enviarem os comprovantes de pagamento das outorgas referentes aos Terceiros Termos Aditivos celebrados com o Poder Concedente Estadual.

Feito isso, é preciso dizer que, em atendimento à solicitação de envio, as Delegatárias encaminharam as mencionadas comprovações, ocasião em que verifiquei, de plano, não conformidades em relação aos pagamentos das outorgas relativas às Concessionárias CEG e CEG RIO.

Com efeito, em que pese considerar ser indene de dúvidas que a **atualização monetária** é cláusula implícita do contrato e sua não incidência configura enriquecimento sem causa, vislumbrei que as Concessionárias procederam ao pagamento das **segundas e terceiras** parcelas referentes às contraprestações assumidas a título de outorga sem qualquer correção assecuratória de compensação quanto à perda de valor da moeda.



Além disso, observei que a Concessionária CEG efetuou, no pagamento da terceira parcela, descontos/compensações a título de custo financeiro e fornecimento de gás em atraso pelo Estado, o que importou no valor final de **RS 45.251.998,65 (quarenta e cinco milhões, duzentos e cinquenta e um mil, novecentos e noventa e oito reais e sessenta e cinco centavos)**. Tais abatimentos, que indicaram os respectivos valores de **RS 2.124.344,37 (dois milhões, cento e vinte e quatro mil, trezentos e quarenta e quatro reais e trinta e sete centavos)** e **RS 3.453.656,98 (três milhões, quatrocentos e cinquenta e três mil, seiscentos e cinquenta e seis reais e noventa e oito centavos)**, não detinham, até então, quaisquer justificativas.

O mesmo ocorreu quanto à 3ª parcela da CEG RIO, resultando os abatimentos no pagamento de **RS 77.003.760,12 (setenta e sete milhões, três mil, setecentos e sessenta reais e doze centavos)**, o qual foi realizado a menor e antecipadamente em 14/10/2016. Com relação a isso, aliás, verifiquei que nas comprovações apresentadas havia divergência na 3ª parcela da CEG RIO, que demonstrou comprovante de pagamento bancário no valor acima descrito e posteriormente encaminhou documento³ indicando, para tal parcela, a quantia de **RS RS 79.870.000,00 (setenta e nove milhões e oitocentos e setenta mil reais)**.

Por todos os motivos acima, requeri esclarecimentos das Delegatárias.

No entanto, os apresentados por elas - seja em resposta ao solicitado ou em suas manifestações finais - não têm o condão de afastar o entendimento inicialmente por mim aventado, devendo, pois, incidir atualização monetária em relação às parcelas da outorga subsequentes à primeira, sendo questionáveis, ainda, os descontos/compensações realizados. É o que se verá das fundamentações a seguir expostas.

III) DA INCIDÊNCIA DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA NAS SEGUNDAS E TERCEIRAS PARCELAS ASSUMIDAS PELAS CONCESSIONÁRIAS CEG E CEG RIO COMO CONTRAPRESTAÇÕES FINANCEIRAS A TÍTULO DE OUTORGA

³ Datado de 30/12/2016 e contando como favorecida a Secretaria de Estado de Fazenda.



As concessionárias sustentam que a atualização monetária das parcelas - tendo a utilização do IGP-M como indexador - é indevida por ausência de previsão expressa e violação ao princípio da boa-fé das partes quando da celebração do Terceiro Termo Aditivo.

Não obstante, a **atualização monetária** constitui **cláusula implícita** dos contratos, prescindindo, pois, de previsão expressa.

Isso porque a correção decorre, conforme já sedimentado pela melhor doutrina e jurisprudência, do próprio sistema constitucional, que não admite, a fim de impedir **locupletamento indevido ou vantagem sem causa**, qualquer vedação a reposição do poder aquisitivo da moeda e manutenção do seu valor original.

Nesse sentido foi o parecer exarado pelo jurídico da AGENERSA que, inclusive, reforçou o inicialmente por mim sinalizado quando requeri esclarecimentos das Delegatárias. Confira-se parte da promoção da Procuradoria desta Autarquia, que em seu item 10 assim fundamentou:

"(...) a correção monetária representa a recomposição da moeda, sendo a sua aplicação independente de prévio acordo entre as partes, tratando-se, pois, de um dever implícito à relação contratual, pois tem por escopo prevenir o enriquecimento sem causa."⁴

Para ratificar o posicionamento no sentido de que é desnecessária a previsão expressa da atualização monetária no contrato, vale citar parte do parecer TCA nº. 03/2017, elaborado pelo Procurador do Estado, Dr. Thiago Cardoso Araújo, o qual foi integralmente transcrito no relatório disponibilizado e acessível às Concessionárias. O entendimento jurídico, exarado 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, integra, *in totum*, o presente voto:

"Sobre o tema, Jessé Torres Pereira Júnior, comentando o artigo 5º, §1º, da Lei 8666/93, destaca que a correção monetária não constitui um

⁴ Grifos 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-14.003/231/2017
Data: 22/06/2017
Folha: 245
Rúbrica: Rm - 50201247

plus, já que apenas mantém o valor original, asseverando, com respaldo jurisprudencial, descaber cogitar-se de ausência de previsão da incidência da correção monetária em cláusula do contrato, ante a impossibilidade de ter-se vantagem sem causa (...)"

Outrossim, impende destacar que a **correção monetária** decorre de normas legais, opera-se *ex lege*, valendo repisar, portanto, que sua fixação é dispensável.

Nesse sentido, é importante mencionar que, para a Administração Pública, a correção encontra-se especialmente estipulada na Lei 10.192/2001, legislação que prevê ser **anual** a referida atualização. Vejamos novamente o que registrou o parecer supracitado:

"(...) diversas normas legais asseguram a correção monetária, tais como o Código Civil Brasileiro, art. 884; a Lei 8666/93, art. 55, III, a Lei 8987/1995, art. 23, IV, e o Art. 37, XXI, da CF, que em última instância buscam afastar o enriquecimento sem causa dos contratantes.

*Em especial, com relação a contrato firmado pela Administração Pública, a Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, ao dispor sobre as medidas complementares ao Plano Real, estabeleceu a sua **correção monetária anual** (...)"*. (meus grifos)

Observe-se, nesse passo, que considerando ser **anual** a aludida correção a CAPET (fls. 90/91) realizou, na data de 28/04/2017, os pertinentes cálculos e alcançou, para a CEG, uma diferença a atualizar no valor de **RS 14.744.363,28 (quatorze milhões, setecentos e quarenta e quatro mil, trezentos e sessenta e três reais, e vinte e oito centavos)**. Quanto à CEG RIO a diferença atingiu o montante de **RS 23.168.056,17 (vinte e três milhões, cento e sessenta e oito mil, cinquenta e seis reais e dezessete centavos)**.



Observe-se, também, que para tais cálculos a Câmara de Política Econômica e Tarifária da AGENERSA utilizou o **IGP-M como indexador**, com ela concordando a Procuradoria desta Agência.

Sobre o assunto, o parecer TCA nº. 03/2017 igualmente respaldou a CAPET, cuja opinião técnica indicou, ante a ausência de previsão expressa, a vinculação automática ao regramento contratual de correção pelo IGP-M, nos termos da Cláusula Sétima do Contrato de Concessão. É que do mesmo modo que a Câmara Técnica aparentou ser o entendimento exarado pelo Procurador do Estado no parecer supracitado. Confira-se:

"(...) embora sem previsão específica na cláusula segunda dos terceiros termos aditivos, a correção monetária das parcelas é devida com fundamento no Código Civil Brasileiro, art. 884, a Lei 8666/93, artigo 5º, §1º, art. 55, III, a Lei 8987/1995, art. 23, IV, e o Art. 37, XXI, da CF, e a Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, e nos contratos de concessão em análise. Contratos esses, que preveem, na cláusula sétima de cada uma das avenças, atualização de valores pelo IGP-M."

No mais, sendo a correção monetária a regra, sua não aplicação deve ser explícita, o que aqui não ocorreu. Inexiste, nos termos dos aditivos em voga, qualquer cláusula expressa excluindo a atualização monetária.

Diante do exposto, conclui-se que **é devida a correção monetária** sobre as parcelas subsequentes às primeiras, pagas pelas Concessionárias a título de outorga, devendo as Delegatárias demonstrar, como será proposto, sua regularização, a qual deverá compreender o pagamento de juros e multa na forma da subcláusula 2.1.1 dos correspondentes Terceiros Termos Aditivos.

Não seria crível que as Concessionárias pudessem entender pela não incidência da correção já que pareceram contemplar a atualização monetária quando efetuaram descontos/compensações na terceira parcela da outorga, abatimentos esses que serão adiante abordados.



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 2.1.2** dos Terceiros Termos Aditivos aos contratos de CEG e CEG RIO, que corrobora o entendimento acima esposado. Veja-se:

*"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."* (meu grifo).

Superada a questão da atualização monetária, passemos a analisar a regularidade dos descontos efetuados pelas Delegatárias nos pagamentos das **terceiras parcelas das outorgas**, registrando-se, desde já, que eles não reputam-se possíveis.

IV) DA IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAR ABATIMENTOS/COMPENSAÇÕES NAS TERCEIRAS PARCELAS DAS OUTORGAS COMPENSATÓRIAS

Como dito anteriormente, as Concessionárias efetuaram, no pagamento das terceiras parcelas das outorgas, compensação desses valores com aqueles relativos a dívidas de diversos órgãos da Administração Pública. Também realizaram deduções nessas parcelas, a título de custo financeiro, em razão de anteciparem as datas de vencimentos do seu pagamento.

Os abatimentos acarretaram a paga da terceira parcela da outorga, pela CEG, no valor de **RS 45.251.998,65 (quarenta e cinco milhões, duzentos e cinquenta e um mil, novecentos e noventa e oito reais e sessenta e cinco centavos)**. Pela CEG RIO os descontos apontam que o pagamento da terceira parcela se deu na quantia de **RS 77.003.760,12 (setenta e sete milhões, três mil, setecentos**



e sessenta reais e doze centavos), importando, de ambas as Concessionárias, uma satisfação a menor da outorga.

No intuito de justificar os descontos efetuados, as Delegatárias apresentaram motivos que autorizariam, no seu entendimento, os referidos abatimentos.

Com efeito, as Concessionárias exibiram documentos (por meio da DJUR - E - 0367/2017 - fls. 76/90) com o "ciente" e o "de acordo" do Governador do Estado em exercício à época, os quais, segundo elas, permitiriam os descontos efetuados nas Terceiras parcelas das respectivas outorgas. Tais abatimentos ocorreram, conforme registrado pelas Delegatárias, "*(...) em função de solicitação do Governo do Estado para que as Concessionárias providenciassem a antecipação dos pagamentos previstos nos III Termos Aditivos, dada a notória situação de crise político e econômica em que este se encontrava (...)*". Estariam, assim, imbuídos do interesse público.

Ocorre que, a despeito do exposto, as justificativas exibidas pelas Delegatárias não têm o condão de afastar o que, de plano, já entendia como inadequado.

Se observarmos especificamente o Instituto da compensação, esta, para acontecer, teria que derivar de lei ou acordo formal com todos os requisitos de validade. Não existindo disposição legal para a hipótese em tela, a compensação poderia se realizar mediante um pacto formal entre os envolvidos.

Os documentos encaminhados, onde a compensação foi realizada por simples acordo entre as partes, sem o cumprimento das formalidades legais, gerou, no entanto, dúvidas no que tange a sua validade.

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 Termos Aditivos relacionados às Delegatárias, ela compõe o ativo intangível. Dele fazendo parte, eventual acordo sobre os valores das outorgas impactaria nas tarifas dos usuários de gás e importaria em transação quanto aos direitos da modicidade tarifária e equilíbrio econômico-financeiro do contrato.



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-14/003/231/2017
Data:	22/06/2017, 249
Rubrica:	ay. 5020124

Vejam, nessa toada, que embora as Delegatárias tenham invocado o art. 368 do CC/02⁵ para afirmarem a possibilidade da compensação, o art. 380⁶ do mesmo diploma legal não a admite em prejuízo de direito de terceiro, o que reforça a conclusão acima alcançada.

Em que pese ao entendimento exposto - o qual foi por mim preliminarmente considerado quando da solicitação de esclarecimentos às Concessionárias⁷ -, a Procuradoria da AGENERSA e o parecer TCA n.º. 03/2017, da lavra do Dr. Thiago Araújo, imiscuíram-se na forma do ato para não concordarem com os abatimentos ocorridos. Vejamos, em parte, o que exarou o jurídico desta Autarquia⁸, antes de opinar que o tema deveria ser enfrentado pela Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico:

"(...) é cediço que alterações nas condições ora pactuadas deveriam ter observado o 'formalismo' exigido, qual seja: celebração de novo termo aditivo. Logo, entendemos que as questões suscitadas devem seguir o rito formal estabelecido em lei, sob pena de se reputarem 'irregulares'. Em outras palavras, reputa-se regular e, portanto, legal, as alterações associadas com o respectivo manejo de instrumento simétrico - celebração de termo aditivo - sob pena de se perpetuar irregularidades contratuais dissociadas, por óbvio, da boa - fê, dificultando a ampla fiscalização do contrato em todos os seus níveis."

Opinando por inválidos os descontos efetuados por CEG e CEG RIO quando do pagamento das terceiras parcelas das outorgas, o parecer TCA n.º. 03/2017 ateu-se ao fundamento, com o qual concordo, de que a forma é requisito de validade do ato administrativo. Nesse caso, os abatimentos perpetrados somente reputar-se-iam válidos se formalizados por outro Termo Aditivo, *verbis*:

⁵ Segundo o qual: "Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem."

⁶ O qual dispõe que: "Não se admite a compensação em prejuízo de direito de terceiro. O devedor que se torne credor do seu credor, depois de perhorado o crédito deste, não pode opor ao credente a compensação, de que contra o próprio credor disporia." (meu grifo).

⁷ E continua vigente.

⁸ Parecer FMMM n.º. 03/2017, às fls. 95/101 do presente feito.



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-12/003/231/2012
Data: 22/06/2012
Folha: 250
Assinatura: [assinatura]

"Outra questão trata da compensação parcial havida entre o valor da terceira parcela antecipada com dívidas que o Estado teria com as concessionárias por fornecimentos não liquidados e, ainda, abatimento de valor correspondente a custo financeiro do adiantamento, (...) que constituem, indubitavelmente, alteração de cláusula financeira do contrato e, portanto, não poderiam dispensar a formalização de termo aditivo, precedido, obviamente, do encontro de contas entre créditos e débitos e que justifique, ainda, o deságio aplicado em função da antecipação."⁹

Acresça-se que, de acordo com o i. Procurador, os documentos apresentados pelas Concessionárias pendiam de manifestação jurídica sobre eles, razão pela qual também seriam inválidos por ausência de forma. Considerou, ainda, que o "de acordo" aposto pelo então Governador em exercício significaria, apenas, uma orientação para formalizar a alteração da cláusula financeira quanto ao pagamento das terceiras parcelas das outorgas. Entendeu, outrossim, que os documentos assinados por sua Excelência, ainda que pudessem ser considerados, não produziram efeitos por ausência de publicação. Confira-se a colocação do parecerista sacramentando a questão:

"Assim, com relação ao invocado documento, pelas Concessionárias, que teria autorizado a compensação e abatimentos, não constitui instrumento contratual nos termos da lei que rege os contratos administrativos; e, ainda que pudesse ser assim considerado, o que se comenta apenas para efeito de argumentação, não compreende as cláusulas essenciais ao contrato administrativo, nem as formalidades legais exigidas, das quais se destaca, a publicação, pelo impacto que tem sobre a vigência e eficácia do contrato, tampouco análise jurídica, na forma do parágrafo único do art. 38 da Lei Geral de Licitações e Contratos."¹⁰

⁹ Grifos no original.

¹⁰ Grifos como no original.



Antes de concluir este tópico é preciso dizer que, embora o parecer TCA nº. 03/2017 tenha opinado que seria possível, **desde que observada a forma legalmente prevista**, os descontos a título de custo financeiro e/ou compensação, o entendimento ressaltou a necessidade de fundamentação e justificativa quanto ao encontro de contas, autorizando-os se restar demonstrado que os abatimentos não configuram renúncia de receita.

De qualquer forma, no presente caso os descontos efetuados não revelam-se, por inobservância de forma, possíveis, devendo as Delegatárias procederem a regularização quanto a terceira parcela da outorga, atentando-se acerca da incidência de correção monetária (haja vista os fundamentos apresentados no item III), juros e multa, conforme elencados na subcláusula 2.1.1 dos Terceiros Termos Aditivos aos Contratos de Concessão das Concessionárias CEG e CEG RIO.

Ressalve-se, por oportuno, que os abatimentos perpetrados **ocorreram sem a prévia ciência, interveniência ou anuência da AGENERSA**, reforçando, desse modo, a tese da invalidade por vício de forma e a impossibilidade dos abatimentos realizados.

V) CONCLUSÃO

Por todo o exposto, e considerando:

- que a AGENERSA é fiscal dos Contratos de Concessão relativos às CEG e CEG RIO e os respectivos aditivos dispõem, em suma, que esses instrumentos serão regidos pela Lei Estadual 4556/2005 e normas regulamentares expedidas pela AGENERSA;

- que a ausência de atualização monetária e as inadequações quanto aos descontos efetuados acarretam, com relação ao pagamento total da outorga, o descumprimento dos Terceiros Termos Aditivos, pelas Concessionárias, violando, assim, a Cláusula Quarta, § 1º, item II, dos correspondentes Contratos de Concessão; e

- que tal descumprimento atrai, com base na Cláusula Dez, IV, dos instrumentos concessivos de ambas as Concessionárias, a aplicação do art. 19, IV, da IN 001/2007;

sugiro ao Conselho - Diretor:



Art. 1º - Considerar, pelos fundamentos constantes no voto, que incide atualização monetária nas segundas e terceiras parcelas assumidas pelas concessionárias CEG e CEG RIO como contraprestações financeiras a título de outorga compensatória devida ao Estado do Rio de Janeiro pela celebração dos Terceiros Termos Aditivos aos seus correspondentes Contratos de Concessão dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado;

Art. 2º - Considerar, nos termos da fundamentação constante no voto, que os abatimentos efetuados pelas Concessionárias CEG e CEG RIO a título de compensação por dívidas da Administração Pública, assim como aqueles realizados sob a denominação de custo financeiro em razão da antecipação nas datas de pagamento das terceiras parcelas das outorgas, não são possíveis por ausência de requisito formal;

Art. 3º - Aplicar individualmente às Concessionárias CEG e CEG RIO a penalidade de advertência, com base na Cláusula Dez, Inciso IV, do Contrato de Concessão e no Art. 19, inciso IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, por violação à Cláusula Quarta, § 1º, item 11, dos Contratos de Concessão relativos às Concessionárias CEG e CEG RIO, em razão dos fatos apurados no presente processo;

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

Art. 5º - Determinar que, no prazo de 30 (trinta) dias, as Concessionárias CEG e CEG RIO comprovem, conforme fundamentação constante no voto, observadas as subcláusulas 2.1.1 dos Terceiros Termos Aditivos aos Contratos de Concessão das respectivas Delegatárias, a regularização:

I) quanto aos pagamentos das segundas e terceiras parcelas assumidas pelas concessionárias CEG e CEG RIO a título de outorga compensatória, acrescidos de correção monetária, juros e multa;

II) quanto aos pagamentos das terceiras parcelas das outorgas em que foram indevidamente abatidos valores a título de compensação e custo financeiro, acrescidos de 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-12003/231/2017
Data: 22.06/2017 253
Rubrica: CM - 50201247

juros e multa, ou demonstrem o cumprimento das formalidades legais necessárias para a validade dos referidos descontos;

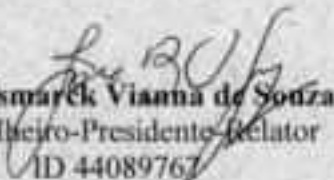
Art. 6º - Determinar que a CAPET acompanhe o disposto no art. 5º;

Art. 7º - Encaminhar à SEFAZ e à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro informações, para conferência e validação, quanto à comprovação de que trata o art. 5º;

Art. 8º - Recomendar à SEFAZ que não dê quitação quanto ao pagamento das outorgas enquanto não cumpridas as regularizações pelas Concessionárias CEG e CEG RIO;

Art. 9º - Encaminhar cópia da presente decisão aos signatários dos Terceiros Termos Aditivos aos Contratos de Concessão das Concessionárias CEG e CEG RIO, Gabinete da Casa Civil, SEFAZ e Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

É como voto.


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



DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 3167,

DE 12 DE JULHO DE 2017.

**CONCESSIONÁRIAS CEG E CEG RIO -
TERCEIROS TERMOS ADITIVOS,
VERIFICAÇÃO DE PAGAMENTOS DAS
OUTORGAS DAS CONCESSIONÁRIAS CEG E
CEG RIO**

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-12/003/231/2017, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Considerar, pelos fundamentos constantes no voto, que incide atualização monetária nas segundas e terceiras parcelas assumidas pelas concessionárias CEG e CEG RIO como contraprestações financeiras a título de outorga compensatória devida ao Estado do Rio de Janeiro pela celebração dos Terceiros Termos Aditivos aos seus correspondentes Contratos de Concessão dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado;

Art. 2º - Considerar, nos termos da fundamentação constante no voto, que os abatimentos efetuados pelas Concessionárias CEG e CEG RIO a título de compensação por dívidas da Administração Pública, assim como aqueles realizados sob a denominação de custo financeiro em razão da antecipação nas datas de pagamento das terceiras parcelas das outorgas, não são possíveis por ausência de requisito formal;

Art. 3º - Aplicar individualmente às Concessionárias CEG e CEG RIO a penalidade de advertência, com base na Cláusula Dez, Inciso IV, do Contrato de Concessão e no Art. 19, inciso IV, da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº. 001/2007, por violação à Cláusula Quarta, §



1º, item 11, dos Contratos de Concessão relativos às Concessionárias CEG e CEG RIO, em razão dos fatos apurados no presente processo;

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

Art 5º - Determinar que, no prazo de 30 (trinta) dias, as Concessionárias CEG e CEG RIO comprovem, conforme fundamentação constante no voto, observadas as subcláusulas 2.1.1 dos Terceiros Termos Aditivos aos Contratos de Concessão das respectivas Delegatárias, a regularização:

I) quanto aos pagamentos das segundas e terceiras parcelas assumidas pelas concessionárias CEG e CEG RIO a título de outorga compensatória, acrescidos de correção monetária, juros e multa;

II) quanto aos pagamentos das terceiras parcelas das outorgas em que foram indevidamente abatidos valores a título de compensação e custo financeiro, acrescidos de atualização monetária, juros e multa, ou demonstrem o cumprimento das formalidades legais necessárias para a validade dos referidos descontos;

Art. 6º - Determinar que a CAPET acompanhe o disposto no art. 5º;

Art. 7º - Encaminhar à SEFAZ e à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro informações, para conferência e validação, quanto à comprovação de que trata o art. 5º;

Art. 8º - Recomendar à SEFAZ que não dê quitação quanto ao pagamento das outorgas enquanto não cumpridas as regularizações pelas Concessionárias CEG e CEG RIO;

H
W
J
D



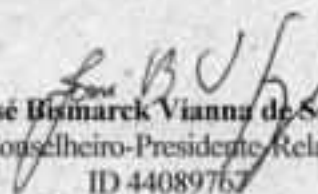
Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

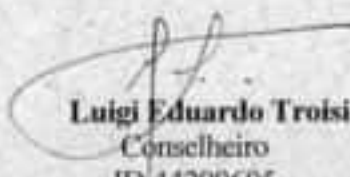
SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
Processo E-12/003/231/2017
Data 22/06/2017 às 20h6
Rubrica 04-50201247


Art. 9º - Encaminhar cópia da presente decisão aos signatários dos Terceiros Termos Aditivos aos Contratos de Concessão das Concessionárias CEG e CEG RIO, Gabinete da Casa Civil, SEFAZ e Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro;

Art. 10 - A presente deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 12 de julho de 2017.


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


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro
ID 44299605


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro
ID 43568076


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro
ID 39234738


Tiago Mohamed
Conselheiro
ID 50899617