



Governo do Estado do Rio de Janeiro

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Conselho Diretor - Gabinete do Conselheiro Vladimir Paschoal Macedo

Processo nº: SEI-220007/000256/2022
Data de autuação: 31/01/2022
Regulada: CEG Rio
Assunto: O&M do Gasoduto Dedicado da UTE Marlim Azul - **Embargos**
Sessão Regulatória: 30/03/2023

RELATÓRIO

Trata-se de processo instaurado para **análise e definição provisória** da Operação e Manutenção - O&M - do Gasoduto GASMAZ, construído pela Marlim Azul. Após incansáveis tratativas desta Reguladora na mediação entre a Distribuidora Estadual, CEG Rio, e a termoeletrica, Marlim Azul, obtivemos grande avanço na Minuta do Contrato para a prestação do serviço em tela, a ser celebrado entre as partes.

Diante do caráter **inovador** do caso em apreço, que se traduz em verdadeiro *sandbox* regulatório, o Conselho Diretor desta Agência - apoiado nas diversas manifestações técnicas, jurídicas e das partes CEG Rio e Marlim Azul - aprovou^[1], por unanimidade, na Sessão Regulatória Extraordinária de 04 de novembro de 2022, a **Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022**, como segue, em seu inteiro teor:

“DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 4.508/2022, DE 04 DE NOVEMBRO DE 2022

CEG Rio - O&M do Gasoduto Dedicado da UTE Marlim Azul.

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, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº. SEI-220007/000256/2022, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º. Entender que a operação e manutenção do gasoduto dedicado pelo Agente Livre, ou por terceiro por ele contratado, não caracteriza uma **subconcessão**.

Art. 2º. Manter o entendimento de que a **autorização de construção** emitida em 2020 pelo Poder Concedente permanece vigente, uma vez que foi formalmente concedida pelo órgão competente e não houve nenhuma recomendação de modificação pelas partes competentes.

Art. 3º. Pacificar o entendimento de que o **gasoduto deverá “ser incorporado ao patrimônio estadual”**, conforme preconiza o Artigo 29 da Lei Federal 14.134/2021, mediante justa e prévia indenização.

Art. 4º. Autorizar, provisoriamente, a **movimentação de gás tratado; quanto ao gás não tratado, fica autorizado mediante a comprovação, pela Marlim Azul, da autorização da ANP**

- Agência Nacional do Petróleo, para o fornecimento do gás não tratado.

Assim, a Marlim Azul deverá:

- i) apresentar **autorização da ANP**, referente ao fornecimento do gás não tratado, até 45 (quarenta e cinco dias) dias antes de iniciar a operação com gás não tratado;
- ii) **notificar** a AGENERSA e a CEG Rio, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, acerca de qualquer alteração do tipo de gás a ser movimentado no gasoduto.

Art. 5º. Manter, o gasoduto da UTE Marlim Azul na **condição de gasoduto dedicado**, nos termos do Artigo 3º da Deliberação AGENERSA nº 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 4.068/2020 e nº 4.142/2020, até que a possibilidade de novos entrantes seja estudada e reste comprovado que a ramificação do gasoduto não irá prejudicar a capacidade de fornecimento necessária para os empreendimentos inicialmente projetados.

Art. 6º. Diante da urgente necessidade de **início da operação da UTE Marlim Azul em 01/01/2023** e com amparo no dispositivo regulamentador, determinar:

- i) que a **CEG Rio realize visita técnica à infraestrutura construída pela UTE Marlim Azul** até a data limite de **11/11/2022**;
- ii) que a **CEG Rio manifeste sua vontade** - aceite ou recusa - para **operar nos termos estabelecidos na presente Decisão**, até a data limite de **15/11/2022**. Ressalta-se que o silêncio da CEG Rio em relação ao aceite após a data limite, será considerado uma **recusa tácita** à operação e manutenção do gasoduto GASMAZ; e
- iii) em caso de aceite, que o **Contrato celebrado entre as partes seja encaminhado à AGENERSA** até a data limite de **25/11/2022**, a fim de que não reste prejudicado o prazo para início da operação da UTE.

Art. 7º. Determinar que, relativamente ao **Contrato de Seguro de Operação**, que a UTE Marlim Azul apresente os termos contratuais relativos ao seguro da operação e manutenção do gasoduto GASMAZ tão logo sua celebração tenha sido finalizada, até a data limite de 10/12/2022.

Art. 8º. Fixar a data limite de **17/11/2022** para que a CEG Rio envie documento contendo as **condições mínimas necessárias para a operação e manutenção do gasoduto dedicado**, para **posterior análise pela UTE Marlim Azul** até a data limite de **22/11/2022**.

Na documentação em voga deverá constar, no mínimo, os seguintes requisitos:

1. Identificação/qualificação da Concessionária e do Consumidor Livre;
2. Localização da unidade usuária;
3. Identificação do Ponto de Recepção e do Ponto de Entrega;
4. Condições de qualidade, pressões no Ponto de Recepção e no Ponto de Entrega e demais características técnicas do serviço;
5. Capacidade Contratada;
6. Condições de referência e os critérios de medição do gás;
7. Classe tarifária e o segmento da Unidade Usuária;
8. Regras para faturamento e pagamento pelo Serviço;
9. Definição das responsabilidades do consumidor e do operador;
10. Direitos e obrigações dos usuários;
11. Direitos e obrigações dos prestadores do serviço;
12. Critérios de reajuste e revisão, bem como indicação dos encargos fiscais incidentes;
13. Cláusula específica que indique a fiscalização e regulação da AGENERSA, conforme vínculo contratual já pactuado, e a consequente necessidade do pagamento da Taxa Regulatória específica à AGENERSA, por parte do Agente Livre;
14. Penalidades aplicáveis;
15. Cláusula condicionando à eficácia jurídica dos Contratos de Fornecimento e de Operação e Manutenção de Gasodutos Dedicados, para o Consumidor Livre;
16. Data de início do Serviço e o prazo de vigência contratual;
17. Condições de suspensão ou interrupção do Contratos de Fornecimento e de Operação e Manutenção de gasodutos dedicados;
18. Procedimentos para as emergências, com respectiva elaboração de Relatório de Avaliação de Riscos e Planos de Contingência;
19. Contratação de Seguro contra danos causados a terceiros por ação da operação e manutenção do gasoduto dedicado que cubra, inclusive, o Poder Concedente e a AGENERSA;

20. Em anexo, o Contrato de Comercialização entre o Consumidor Livre e o Fornecedor.

Art. 9º. Entender pela incidência tarifária de acordo com o Contrato de Concessão da CEG Rio e com a Deliberação AGENERSA nº 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 4.068/2020 e nº 4.142/2020, determinando a **postergação do pagamento da remuneração tarifária para 180 (cento e oitenta) dias após o início da operação** do gasoduto dedicado GASMAZ. Considerando: que aspectos referentes à transferência de propriedade do gasoduto da Marlim Azul ainda carecem de definições; que tal definição tem impacto direto no cálculo tarifário; que não se concluíram os estudos para a definição da Tarifa no Processo Regulatório nº SEI-220007/002145/2020; a garantia à Concessionária ao direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, conforme Contrato de Concessão; a urgência para o início das operações do gasoduto dedicado; que a definição de uma Tarifa provisória, sem a devida análise de seus impactos na concessão, poderia gerar prejuízo às partes, se traduzindo em sinalização inadequada aos agentes do mercado.

Art. 10º. Determinar que a CAPET e a CAENE, no prazo de 30 (trinta) dias, mediante elaboração de Nota Técnica, analisem os documentos enviados pela UTE Marlim Azul para a **comprovação da capacidade técnica e financeira** da Empresa Intech.

Art. 11º. Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação”.(Grifos como no original).

Visando dar celeridade seguimento ao processo, encaminhei^[iii] Ofício aos interessados solicitando atenção aos prazos descritos no Artigo 6º da Deliberação supracitada, que culminaram na **visita técnica** realizada^[iii] pela Regulada nas dependências da termoelétrica, bem como no **aceite**^[iv] **expresso para operação do gasoduto pela CEG Rio**, que alegou, resumidamente, “*ter interesse e condições de prestar o serviço*”.

Nesta oportunidade, o feito retorna à Sessão Regulatória para análise dos **Embargos**^[v] opostos pela CEG Rio, que, após atestar a tempestividade da peça e trazer nota inicial com breve relato dos autos, embargou, em linhas gerais, os tópicos que seguem: **(i)** Da incorporação do Gasoduto ao Patrimônio Estadual; **(ii)** Manutenção da Condição de Gasoduto Dedicado; **(iii)** Contrato de Seguro de Operação; e **(iv)** Postergação do Pagamento da Remuneração Tarifária. Confira-se:

“**CEG RIO S.A.** (“**CEG Rio**” ou “**Concessionária**”), já qualificada nos autos do processo regulatório em epígrafe, vem, por seus advogados, com fundamento no art. 78 do Regimento Interno dessa Agência, opor **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO** contra a Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022, pelos fatos e fundamentos expostos a seguir.

TEMPESTIVIDADE

1. A Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022 foi publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 07.11.2022. Nesse sentido, considerando o prazo previsto no art. 78, caput, do Regimento Interno dessa Agência, o prazo de 5 (cinco) dias para a oposição dos embargos se encerrará em 16.11.2022, razão pela qual é manifestamente tempestiva a presente peça.

I – NOTA INICIAL

2. Trata-se de processo regulatório que tem como objeto a operação e manutenção do gasoduto da UTE Marlim Azul. Nesse sentido, em Sessão Regulatória Extraordinária realizada em 04.11.2022, esse órgão regulador editou a Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022, oportunidade em que se deliberou diversos aspectos, tais como a natureza jurídica do gasoduto, detalhes técnicos do gás a ser transportado e o regime tarifário incidente.

3. Desde logo, a CEG RIO registra o belo trabalho desenvolvido pelo Conselheiro Relator e por todo o Conselho Diretor na condução do presente do processo. De fato, trata-se de processo de incontestável complexidade técnica, o qual demandou diversas reuniões e pareceres das câmaras competentes. Ademais, a principal legislação que disciplina o caso – qual seja, a Lei 14.134, de 08 de abril de 2021 – é recente, sendo certo que essa Agência Reguladora está sendo pioneira em sua disciplina e aplicação.

4. Nesse contexto, não se pretende, com os presentes embargos, desmerecer o trabalho realizado até aqui por essa Agência. Pelo contrário. O escopo exclusivo desta peça é elucidar alguns aspectos da decisão embargada, de modo a viabilizar a operação do gasoduto. Isto porque, para repetir as

palavras do eminente Ministro Marco Aurélio de Mello – relator do julgamento do AgRg-ED nº 163.047 –, “os embargos declaratórios não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe ao aprimoramento”.

5. Por fim, registra-se que os embargos de declaração estão sendo opostos nos estreitos limites estabelecidos pelo art. 1.022 do Código de Processo Civil e art. 78 do Regimento Interno, não significando, por parte da Concessionária, concordância em relação aos demais pontos. Esses serão objeto de manifestação no momento processual oportuno, se for o caso.

6. Passa-se, assim, a explorar os pontos da decisão passíveis de aprimoramento por intermédio dos presentes embargos.

II – ART. 3º DA DELIBERAÇÃO: OMISSÃO DA DECISÃO EMBARGADA

7. O art. 3º da Deliberação asseverou que “o gasoduto deverá “ser incorporado ao patrimônio estadual”, conforme preconiza o Artigo 29 da Lei Federal 14.134/2021, mediante justa e prévia indenização”. De fato, como muito bem apontado na fundamentação, “a incorporação do gasoduto ao patrimônio estadual é ponto pacífico”. Contudo, estabeleceu-se que “dada a necessidade de melhor compreensão de todos os aspectos envolvidos, (...), entendo que até posicionamento do Poder Concedente – titular da concessão – mantém-se o status quo do tema”.

8. Nesse sentido, a Concessionária, imbuída de espírito colaborativo, registra que dois pontos necessitam ser esclarecidos. ***Em primeiro lugar***, a decisão não estabeleceu a forma, o modo e o prazo do posicionamento do Poder Concedente. Em outras palavras, não se apontou sobre quais pontos específicos o Estado deveria se manifestar. Nesse ponto, ressalta-se que, como apontado em razões finais, **são diversas as manifestações do Poder Concedente anuindo e corroborando expressamente com a incorporação do gasoduto à concessão, como, por exemplo, o ofício enviado à Concessionária solicitando que a construção dos gasodutos fosse incluída no Plano de Negócios da 4ª Revisão Tarifária.**

9. Por isso, entendimento contrário constituiria atentado contra o postulado da segurança jurídica e seus consectários, como *venire contra factum proprium*, confiança legítima e *pacta sunt servanda*, além de frontal violação ao princípio da legalidade – afinal, o próprio art. 29, da Lei 14.134/21, determina que os dutos devem ser incorporados à concessão. Como observa Celso Antônio Bandeira de Mello, “o princípio da segurança jurídica é, provavelmente, o maior de todos os princípios fundamentais do Direito, já que se encontra em sua base, em seu ponto de partida” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Reforma da Previdência. RJ, Conamp, 2004, p. 67).

10. ***Em segundo lugar***, a decisão não mencionou em que momento deveria ocorrer a incorporação do gasoduto à concessão. Embora não se desconheça a complexidade do tema, entende-se que essa discussão é eminentemente de direito. Conforme se demonstrou em sede de razões finais, uma vez estabelecido que os dutos devem ser operados pela CEG RIO, frisa-se que o art. 29 da Lei 14.134/21 e o art. 4º da Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022 determinam que “as instalações e dutos deverão ser incorporados ao patrimônio estadual mediante declaração de utilidade pública e justa e prévia indenização, por ocasião da sua total utilização”. Ou seja, **os dutos devem ser incorporados à concessão imediatamente após a sua construção.**

11. Nesse contexto, em contraponto ao que foi colocado na sessão de mediação realizada no dia 11.10.2022 e pelos representantes da Marlim Azul na Sessão Regulatória Extraordinária de 04.11.2022, explica-se que, quando a lei utiliza a expressão “por ocasião da sua total utilização”, faz referência à finalização das obras e entrada em operação dos dutos, e não ao fim de sua operação. Caso a vontade do legislador fosse a de transformar a Concessionária em um “ferro velho” para receber equipamentos depreciados, teria utilizado a expressão “por ocasião da sua utilização ***final***”, o que não foi feito.

12. Ou seja, o entendimento defendido na mediação e na Sessão Regulatória Extraordinária implicaria em transformar os dutos em verdadeiros “**duto piratas**”, o que não se pode admitir. Aliás, a incorporação do duto ao fim de sua operação é, ainda, incompatível com a declaração de utilidade pública, pois, ao fim de sua utilização, o equipamento não terá qualquer utilidade ao interesse público. Antes, o que se pretende é imputar ao erário os custos com a desmobilização do duto, o que deve ser coibido pela AGENERSA.

13. Ressalta-se que a omissão em se estabelecer o momento em que os gasodutos serão incorporados não se trata de uma posição isenta, mas algo que vai de encontro ao art. 29 da Lei 14.134/21. De fato, qualquer definição de tempo além da imediata incorporação vai contra o entendimento aqui exposto. Ademais, a ausência de definição do *timing* inviabiliza a plena definição de questões operacionais imprescindíveis à operação do gasoduto, como a contratação dos seguros e a fixação do valor da tarifa.

14. Como se denota, os argumentos apresentados em razões finais são capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, pelo que se justifica o cabimento dos presentes

embargos de declaração, a teor dos arts. 15, 489, § 1º, IV e 1.022, parágrafo único, todos do CPC/15 c/c art. 78 do Regimento Interno da Agência. Desse modo, a CEG RIO requer sejam conhecidos e acolhidos os presentes embargos declaratórios, para que essa Agência esclareça, quanto à incorporação dos dutos à concessão, (i) a forma e teor da manifestação do Poder Concedente; e (ii) o momento em que deverá ocorrer essa incorporação.

III – ART. 5º DA DELIBERAÇÃO: OMISSÃO DA DECISÃO EMBARGADA

15. O art. 5º da Deliberação entendeu por “*Manter, o gasoduto da UTE Marlim Azul na condição de gasoduto dedicado, nos termos do Artigo 3º da Deliberação AGENERSA no 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 4.068/2020 e nº 4.142/2020, até que a possibilidade de novos entrantes seja estudada e reste comprovado que a ramificação do gasoduto não irá prejudicar a capacidade de fornecimento necessária para os empreendimentos inicialmente projetados*”.

16. Como se depreende, ao analisar a natureza jurídica do gasoduto, a Deliberação entendeu por mantê-lo na condição de gasoduto dedicado. Por evidente, o vocábulo “condição” significa a circunstância em que algo ou alguém se encontra num certo momento, o que faz com que o entendimento firmado nesse tópico seja provisório. Isso está em harmonia com a própria ratio utilizada em todo o voto, no sentido de que “*se afigura prudente e técnico estabelecer, aqui, soluções provisórias para o caso concreto, de modo que as decisões possam ser revistas e ajustadas quando do desenrolar da operação e manutenção em análise*”.

17. Nada obstante, por cautela, e, tendo em vista os estreitos limites estabelecidos para a oposição dos embargos declaratórios, a CEG RIO entende ser necessário aclarar, no dispositivo do voto, o fato de que o entendimento do gasoduto ser dedicado é transitório e precário, podendo ser revisto a qualquer tempo.

18. Outrossim, torna-se importante esclarecer que também é provisória a aplicação do regime jurídico previsto nas Deliberações AGENERSA nº 3.862/2019, 4.068/2020 e 4.142/2020, e isso por ao menos três aspectos. Em primeiro lugar, as Deliberações são anteriores à Nova Lei do Gás (Lei 14.134, de 08 de abril de 2021), o que faz com que a sua aplicação deva ser vista com ressalvas. Em segundo lugar, o caso concreto apresenta particularidades não previstas nessas deliberações. Em outras palavras, as referidas deliberações não preveem uma situação análoga ao caso concreto, em que a Concessionária manifestou, a todo momento, o seu interesse em construir o gasoduto.

19. Por fim, em terceiro lugar, as premissas que fundamentaram a construção do gasoduto diretamente pela Marlim Azul não se concretizaram, em especial, (i) a especificidade do gás a ser tratado, sendo certo que a AGENERSA, por intermédio da Deliberação embargada, corroborou a necessidade de aprovação do gás por parte da Agência Nacional do Petróleo (“ANP”); e (ii) a urgência na construção do gasoduto, eis que a Marlim Azul não cumpriu com o cronograma inicialmente sugerido para a sua construção.

20. Isto posto, a CEG RIO requer que os presentes embargos de declaração sejam conhecidos e acolhidos, para que essa Agência registre, no dispositivo do voto, que os entendimentos sobre a dedicação do gasoduto e a aplicação das Deliberações AGENERSA nº 3.862/2019, 4.068/2020 e 4.142/2020 são precários e transitórios, podendo ser revistos a qualquer tempo.

IV – ART. 7º DA DELIBERAÇÃO EMBARGADA: OMISSÃO DA DECISÃO EMBARGADA

21. No art. 7º da Deliberação, determinou-se que, “*relativamente ao Contrato de Seguro de Operação, que a UTE Marlim Azul apresente os termos contratuais relativos ao seguro da operação e manutenção do gasoduto GASMAZ tão logo sua celebração tenha sido finalizada, até a data limite de 10/12/2022*”.

22. Ocorre que, ao assim se manifestar, o voto se omitiu sobre ponto importante apresentado pela CEG RIO em sede de razões finais, qual seja, o fato de que, do ponto de vista técnico, a apresentação de seguros pela Marlim Azul não é alternativa que melhor mitiga os riscos da operação.

23. Nesse tópico, abre-se parêntesis para relembrar que a CEG-RIO atua no mercado de distribuição de gás desde 1997, atendendo mais de 20 municípios, com rede de gás natural canalizado nas regiões norte e noroeste fluminense, baixada litorânea, região serrana, médio Paraíba e centro-sul do Estado do Rio de Janeiro. Hoje em dia, a CEG RIO faz parte do grupo Naturgy, presente em todos os continentes do mundo. No Brasil, atua através das distribuidoras do Rio de Janeiro e da distribuidora de São Paulo, em 73 municípios, onde conta com mais de 1 milhão de clientes e 7,5 mil kms de redes, dentro de padrões internacionais de segurança e de confiabilidade.

24. Por outro lado, a empresa INTECH, indicada pela Marlim Azul como capaz de operacionalizar

o gasoduto destinado, é uma empresa limitada do ramo de engenharia, não havendo evidências de uma grande atuação no ramo da distribuição de gás natural e tampouco sofrendo as fiscalizações e nível de exigência e qualificação técnica da CEG RIO, devidamente atestado no leilão de privatização. Frisa-se tratar de questão operacional de extrema relevância quando se refere ao serviço de distribuição de gás canalizado que envolve alta complexidade do ponto de vista da segurança.

25. Não bastassem esses pontos, e aqui se fecha os parêntesis, a operação dos dutos pela CEG RIO e a sua incorporação à concessão permitirá que a Concessionária inclua os dutos nos seguros necessários e obrigatórios já contratados para operação do sistema, conforme determina a Cláusula Quarta, § 1º, 8, do Contrato de Concessão¹, o artigo 40, inciso XIV, alínea “e”, da Lei 8.666/93 e o artigo 31, inciso VII, da Lei 8.987/95, que estabeleceram, como **obrigação do parceiro privado, “zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente”**.

26. Desse modo, os embargos de declaração devem ser conhecidos e acolhidos, de modo a que a AGENERSA se manifeste sobre os riscos técnicos de operação e contratação do seguro por parte da Marlim Azul.

V – ARTIGO 9º DA DELIBERAÇÃO: OMISSÃO DA DECISÃO EMBARGADA

27. Por intermédio do art. 9º da Deliberação embargada, essa Agência entendeu *“pela incidência tarifária de acordo com o Contrato de Concessão da CEG Rio e com a Deliberação AGENERSA nº 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 4.068/2020 e nº 4.142/2020, determinando a postergação do pagamento da remuneração tarifária para 180 (cento e oitenta) dias após o início da operação do gasoduto dedicado GASMAZ”*.

28. Nesse tópico, uma vez mais imbuída de espírito colaborativo, a CEG RIO, embora louve a tentativa de se atender aos interesses envolvidos, registra a impossibilidade prática do entendimento proposta por essa Agência, o qual, necessariamente, implicaria em violações tributárias por parte da Concessionária, além de causar um desequilíbrio econômico-financeiro no Contrato de Concessão.

29. Como é notório, ao estabelecer as normas complementares do sistema tributário brasileiro, o Código Tributário Nacional (“CTN”) determinou que o contribuinte possui dois tipos de obrigação para com o fisco. A primeira delas é a obrigação principal, que *“surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente”* (art. 113, § 1º, do CTN). Por outro lado, há a obrigação acessória, a qual *“decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”* (art. 113, § 2º, do CTN).

30. Nesse sentido, **caso seja adotada a solução proposta por essa Agência, os dois tipos de obrigação tributária seriam violados**. Afinal de contas, o fato gerador do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (“ISSQN”), por exemplo, é a mera prestação dos serviços (art. 1º da Lei Complementar nº 116/2003). Logo, a partir do momento em que o duto começar a ser operado, surgirá a necessidade de desembolsos tributários por parte da CEG RIO, os quais não serão possíveis caso a Concessionária não seja remunerada pelos serviços.

31. Ademais, a CEG RIO não teria as informações necessárias para emitir a guia de recolhimento dos tributos e para escriturar os seus livros fiscais, incorrendo, assim, em violação de obrigações tributárias acessórias. Em outras palavras, sem a emissão da nota fiscal eletrônica, não é possível gerar o débito fiscal e, conseqüentemente, fazer o pagamento.

32. Nesse ponto, ressalta-se que, a todo o momento, a CEG RIO tem informado a sua disponibilidade em efetuar o pagamento da indenização devida à Marlim Azul pela construção do gasoduto após a homologação dos custos pela AGENERSA e pelo Poder Concedente. Assim, a Concessionária não pode ser penalizada por uma mora que não lhe é imputável.

33. Diante disso, a solução que melhor atende ao interesse público e harmoniza os interesses das partes é a incidência integral da tarifa, na forma do Contrato de Concessão. Para tanto, enquanto o valor de construção do gasoduto não for homologado, a CEG RIO se prontifica a oferecer uma garantia líquida, a qual será contratada na forma da Lei de Licitações e da Lei de Concessões. Reitera-se que a Concessionária não ressarciu os custos do gasoduto, única e exclusivamente, porque o seu valor não foi homologado. Contudo, a CEG RIO não pode ser penalizada, sendo certo que a medida proposta irá satisfazer os interesses de todos os envolvidos, inclusive o da Marlim Azul, que terá a garantia idônea de recebimento dos valores devidos.

34. Por fim, caso esse entendimento não seja acolhido, o que se admite por extremo apego ao princípio da eventualidade, destaca-se que, em seu voto, o i. Conselheiro Relator concluiu que *“um encontro de contas, com a compensação dos pagamentos em suspenso, quando da futura*

indenização do gasoduto, é a forma mais adequada e com menor impacto à CEG Rio e à Marlim Azul, para equacionar o período em voga. Em outras palavras, momento em que o valor da tarifa devido pela UTE poderá ser compensado na indenização – pela incorporação do gasoduto - a ser paga pela Concessionária” (p. 36).

35. No entanto, a destinação dos pagamentos em suspensão – qual seja, encontro de contas com abatimento do valor a ser pago na indenização – não veio prevista no corpo da Deliberação. Assim, a oposição dos presentes aclaratórios se torna importante para suprir essa omissão e fornecer segurança jurídica a todos os envolvidos.

36. Diante disso, os embargos de declaração devem ser conhecidos e acolhidos, para que seja determinada a incidência integral da tarifa para a operação do gasoduto, na forma do Contrato de Concessão, bem como a apresentação de garantia idônea e líquida, por parte da CEG RIO, para assegurar o pagamento da indenização enquanto o valor da obra não for homologado pelo Poder Concedente e pela AGENERSA. Caso não seja esse o entendimento, o que se admite apenas para argumentar, deve se esclarecer no corpo da Deliberação a destinação que será dada aos pagamentos em suspensão.

VI – CONCLUSÃO

37. Diante de todo o exposto, a CEG RIO requer sejam conhecidos e acolhidos os presentes embargos de declaração, para que essa Agência (i) esclareça, quanto à incorporação dos dutos à concessão, (i.a) a forma e teor da manifestação do Poder Concedente, e (i.b) o momento em que deverá ocorrer essa incorporação; (ii) registre, no dispositivo do voto, que os entendimentos sobre a dedicação do gasoduto e a aplicação das Deliberações AGENERSA nº 3.862/2019, 4.068/2020 e 4.142/2020 são precários e transitórios, não gerando qualquer tipo de benefício ou direito adquirido, podendo ser revistos a qualquer tempo; (iii) se manifeste sobre os riscos técnicos de operação e contratação do seguro por parte da Marlim Azul; e (iv) determine a incidência integral da tarifa para a operação do gasoduto, na forma do Contrato de Concessão, bem como a apresentação de garantia idônea e líquida, por parte da CEG RIO, para assegurar o pagamento da indenização enquanto o valor da obra não for homologado pelo Poder Concedente e pela AGENERSA. Caso não seja esse o entendimento, o que se admite apenas para argumentar, deve se esclarecer no corpo da Deliberação a destinação que será dada aos pagamentos em suspensão.

38. Por fim, a CEG Rio registra que os presentes embargos de declaração foram opostos nos estreitos limites estabelecidos pelos arts. 1.022 do CPC e 78 do Regimento Interno, pelo que eventuais pontos que não foram abordados poderão ser questionados em sede de recurso administrativo, se for o caso”. *(Grifos como no original).*

De plano, faz-se necessário elucidar que diante da oposição dos Embargos, o processo em tela seguiu sua tramitação em duas frentes, a uma, para dar seguimento às tratativas relativas à Minuta do Contrato para a efetiva operação do gasoduto GASMZ, diante da urgente necessidade da Marlim Azul, que possuía prazo pouco maior que 30 (trinta) dias para o termo inicial do seu Contrato de fornecimento de energia e, a duas, para análise dos Embargos opostos pela Regulada.

A Procuradoria desta Reguladora, após breve relato e minuciosa análise do feito, em especial dos Embargos em apreço, opinou^[vi] pelo seu desprovimento, eis que não vislumbrou omissões a serem sanadas, como segue:

“(…) II. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

De plano, cumpre esclarecer que não incumbe a esta Procuradoria analisar os aspectos técnicos ou econômico-financeiros da questão, que não são afetos ao exame jurídico, ínsitos ao juízo discricionário do administrador, nos termos do art. 17, II do Regimento Interno da AGENERSA.

Saliente-se que as manifestações da Procuradoria são meramente opinativas, podendo o gestor dela discordar, devendo, para tanto, apresentar as razões de fato e de direito que lhe deem sustentação.

II.1 – ESCLARECIMENTOS INICIAIS

Logo de saída, é salutar sublinhar que o ineditismo é o ponto nevrálgico das questões debatidas neste expediente. O voto do i. Conselheiro Relator é certo ao endereçar essa circunstância:

Desta forma, visando discutir **questões inéditas** e de **ordem prática**, trazidas pela Marlim Azul e pela CEG Rio e, em observância aos preceitos de garantia da segurança jurídica e da preservação da concessão, trago ao presente Voto **fundamentações jurídica e técnica**, que

balizarão as decisões desta Reguladora, e todas as demais questões que envolvam as definições necessárias para esse primeiro caso concreto.

O Parecer nº 197/2022/AGENERSA/PROC consignou observação semelhante:

(...) do ponto de vista pragmático, a situação também não recomenda uma solução pronta e acabada. A uma, por se tratar de um contexto bastante específico. A duas, por se tratar de situação nova e disruptiva, que rompe com padrões até então estabelecidos para a prestação de serviço no setor. A três, pelo risco das consequências práticas sobre uma ampla gama de stakeholders, já que há uma situação de fato já instaurada com direitos, expectativas, empregos e investimentos em jogo.

Com isso em mente, revela-se que a prudência é elemento que deve marcar o processo decisório. É de todo indesejável qualquer passo aodado, sob pena de se enviar sinais equivocados aos agentes do mercado, de modo a possivelmente comprometer os investimentos em infraestrutura no Estado – consequência essa que não é de interesse de nenhum dos envolvidos.

Por conta desse contexto, o Conselheiro Relator acolheu sugestão desta Procuradoria e salientou que as decisões tomadas pelo Conselho, espelhadas na Deliberação embargada, possuem caráter provisório:

Após debatida, e confirmada, a competência do Estado e da AGENERSA para a solução das questões apresentadas pela Marlim Azul, importante se faz contextualizar o caso concreto em apreço.

Como se sabe, os pontos a serem definidos no presente Voto são inovadores, uma vez que as matérias aqui tratadas possuem certo ineditismo - do ponto de vista prático - não só no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, mas, na grande maioria dos Estados-Membros da federação que, assim como o Rio de Janeiro, seguem - cada um a seu ritmo - na regulamentação do Novo Mercado de Gás. Em outras palavras, **este é o primeiro caso de gasoduto dedicado construído pelo Agente Livre a ser balizado por esta Reguladora.**

Entretanto, importante pontuar que **o ineditismo do caso não prejudica as decisões aqui tomadas**, uma vez que estão **balizadas dentro das legislações e normativas vigentes**. Contudo, **se afigura prudente e técnico estabelecer, aqui, soluções provisórias para o caso concreto**, de modo que as decisões possam ser revistas e ajustadas quando do desenrolar da operação e manutenção em análise. Pode-se concluir, portanto, que os contornos do caso concreto se amoldam ao *Sandbox Regulatório*, possibilitando uma maior flexibilização na regulamentação aqui tratada, visando, especialmente, **a segurança e efetividade da operação e dos agentes envolvidos.** (...)

Nesse contexto, em sintonia com a sugestão da Procuradoria desta Autarquia, entendo que, diante do caráter inovador e desafiador do caso em tela, se traduz em decisão mais segura e técnica, **a adoção de soluções provisórias para os pontos que ainda demandam maiores estudos e definições**, medida que possibilitará ajustes e adequações ao longo do tempo, contribuindo, assim, para o enriquecimento e aderência de futuras regulamentações.

Também não é por outra razão que a Agência deu destacado espaço ao debate e ao encontro de saídas consensuais. Nesse sentido, registre-se que mesmo após a oposição dos Embargos ora analisados, foram realizadas duas reuniões com a Marlim Azul e a CEG RIO, nos dias 08 e 20 de dezembro de 2022, objetivando ao máximo dirimir as controvérsias entre os envolvidos para fixar os termos do Contrato de prestação de serviço.

É que, ao privilegiar as soluções de comum acordo entre as partes, a um só tempo se promove um ambicionado empoderamento desses atores na construção dos termos da avença – afinal, eles manterão relação negocial e contratual –, ao passo que também se reforça a legitimidade da decisão da Agência, que precisará exercer seu poder decisório, para por termo às divergências, apenas nos poucos espaços em que as partes não consigam encontrar desfecho dialogado.

Foi com firme apoio nessas premissas que se chegou à minuta final do Contrato (Doc. SEI nº 44711203), enviada às partes para assinatura em 23.12.2022 por meio do Ofício AGENERSA/CONS-02 nº 167 (Doc. SEI nº 44711262).

Assentadas essas considerações inaugurais, passa-se, agora, à análise específica dos argumentos apresentados pela Concessionária em seus embargos de declaração.

II.2 – ANÁLISE DOS ARGUMENTOS VEICULADOS NOS EMBARGOS

II.2.1 –O artigo 3º da Deliberação: incorporação do gasoduto ao patrimônio estadual

O artigo 3º da Deliberação nº 4.508/2022 tem o seguinte teor:

Art. 3º - Pacificar o entendimento de que o gasoduto deverá “ser incorporado ao patrimônio estadual”, conforme preconiza o artigo 29 da Lei Federal 14.134/2021, mediante justa e prévia indenização.

A CEG RIO assevera que, no voto do i. Conselheiro Relator, ficou consignado que “dada a necessidade de melhor compreensão” dos aspectos envolvidos, até o posicionamento do Poder Concedente seria mantido o *status quo* do tema.

Nada obstante, a Embargante argumenta que não foi especificado o modo e prazo de posicionamento do Poder Concedente, destacando que são diversas as manifestações do Estado corroborando a incorporação do gasoduto à concessão. Além disso, não teria sido mencionado o momento em que deveria ocorrer a incorporação do gasoduto, circunstância que a Concessionária pretende ver esclarecida de pronto.

Como já se salientou – e como reconheceu a própria CEG RIO no corpo do seu recurso –, as minúcias de como o gasoduto será transferido ao patrimônio estadual consiste em questão complexa e que necessita de melhor compreensão.

Com efeito, vale rememorar a manifestação desta Procuradoria a respeito do assunto no Parecer nº 197/197/2022/AGENERSA/PROC:

(...) Dessa forma, a resolução dessa matéria não parece suficientemente madura no momento. Tal como posta a questão em termos jurídicos, seria interessante o maior aprofundamento do tema pelo agente regulador e pelo Poder Concedente, incorporando também aportes relacionados às consequências práticas da decisão (art. 20 da LINDB).

Dessa forma, deve-se superar o argumento trazido pela Naturgy no sentido de que esta apenas poderia prestar o serviço caso o bem fosse integrado à concessão. Vale dizer, considerando-se a situação excepcional e a urgência já mencionadas, é possível uma decisão provisória da Agência determinando as condições para a operação e manutenção do duto o responsável pelo serviço, o tipo de gás prioritariamente utilizado, e a tarifa a ser aplicada, mas, deixando a discussão quanto a integração ou não do bem à concessão e a consequente indenização para momento posterior.

Em igual sentido, na Ata da Reunião de Mediação e Conciliação realizada em 11.10.2022 (Doc. SEI nº 40983336), o Poder Concedente deixou claro que as análises quanto à propriedade do gasoduto ainda não tinham sido finalizadas.

Municiado dessas informações, o i. Conselheiro Relator assim pontuou:

Assim, como base em todo o exposto, e considerando que tanto o Poder Concedente quanto a Procuradoria desta Autarquia se manifestaram no sentido de **impossibilidade de decisão no presente momento**, dada a necessidade de melhor compreensão de todos os aspectos envolvidos, curto prazo até o termo inicial de operação da UTE, bem como necessidade de manifestação prévia do Estado sobre aspectos referentes à tal incorporação, entendo que **até posicionamento do Poder Concedente - titular da concessão - mantém-se o *status quo* do tema.**

Aqui é importante revisitar as premissas estabelecidas no subtópico II.2 deste Parecer. Naturalmente, a prudência manda que não sejam apressadas decisões de questões que não estão maduras e carecem de maiores discussões, sob pena de fabricar maiores litígios e acabar por desconsiderar eventuais elementos importantes, com impactos que não tenham sido adequadamente previstos. Por outro lado, o vital neste momento é dar solução – mesmo que provisória – aos problemas principais, de maneira a permitir que a UTE Marlim Azul entre em funcionamento.

Ou seja, à Agência coube definir, nesta etapa, os elementos nodais da propriedade do gasoduto – e assim o fez, ao estabelecer justamente que o bem deverá ser revertido ao patrimônio estadual, mediante justa e prévia indenização, de acordo com o que preconiza a Nova Lei do Gás.

Sendo assim, entendemos que não há que se falar em omissão em relação ao que restou definido pelo artigo 3º, simplesmente porque o que pretende a Embargante, na verdade, é provocar a resolução de certos aspectos que não são objeto de aprofundada análise neste momento.

II.2.2 – O Artigo 5º da Deliberação: manutenção do gasoduto Marlim Azul na condição de gasoduto dedicado

O artigo 5º da Deliberação nº 4.508/2022 tem esta redação:

Art. 5º - Manter, o gasoduto da UTE Marlim Azul na condição de gasoduto dedicado, nos termos do Artigo 3º da Deliberação AGENERSA nº 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 4.068/2020 e nº 4.142/2020, até que a possibilidade de novos entrantes seja estudada e reste comprovado que a ramificação do gasoduto não irá prejudicar a capacidade de fornecimento necessária para os empreendimentos inicialmente projetados.

A Embargante aqui argumenta que é necessário aclarar que o entendimento de o gasoduto ser dedicado é situação transitória e precária, podendo ser revisto a qualquer tempo, assim como também é provisória a aplicação do regime jurídico previsto nas Deliberações nº 3.862/2019, nº

Neste particular, o i. Conselheiro Relator assim se pronunciou no voto condutor:

Como se sabe, o gasoduto dedicado da Marlim Azul foi construído pelo consumidor livre com o propósito de **atender especificamente** os seus empreendimentos termelétricos, a serem construídas no Complexo Logístico e Industrial de Macaé - CLIMA, ou seja, desde a sua concepção, a infraestrutura em análise foi projetada e dimensionada para ser dedicada aos empreendimentos do grupo econômico.

Tal realidade foi pleiteada com base no Artigo 4º da Deliberação AGENERSA nº 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 4.068/2020 e nº 4.142/2020, a qual dispõe sobre as possibilidades de construção de gasodutos dedicados, pelo Agente Livre, para o seu uso específico e, também, com base no § 1º do Artigo 3º da mesma normativa, que veda a conexão de terceiros após a sua construção, ressalvadas algumas excepcionalidades, sendo uma delas a possibilidade de expansão do empreendimento pertencente ao mesmo grupo econômico - situação aqui considerada.

Em sentido contrário, a CEG Rio alegou que a manutenção da infraestrutura dedicada teria por consequência o atendimento exclusivo dos interesses da UTE, e feriria, assim, o objetivo de universalização do serviço público de distribuição de gás natural, **impedindo**, por consequência, o atendimento à população localizada no entorno do traçado do gasoduto. Em suas palavras, traria “*impactos negativos à modicidade tarifária, seja por reduzir os despachos das demais Geradoras Termelétricas do Estado, seja por impedir a expansão do serviço e o atendimento à população da região de travessia do gasoduto*”. (...)

De início, deve-se deixar pacificado o entendimento de que **os empreendimentos termelétricos projetados pelo grupo econômico quando da concepção do projeto não podem ser prejudicados em nenhuma hipótese**, sob pena de ameaça à **segurança jurídica**, situação que geraria **impactos negativos à economia estadual** impossíveis de se dimensionar nesse momento. Dito isso, se revela de grande importância, também, trazer alguns questionamentos à discussão, visando amparar toda e qualquer possibilidade de atendimento ao interesse público no caso concreto.

Fato é, que a **Concessionária vem manifestando seu interesse na ramificação do gasoduto sem, no entanto, apresentar justificativa para seu pleito**. Veja-se, certo é que para a universalização de uma região, faz-se necessária uma gama de análises e estudos mercadológicos, e não há como se conceber que uma concessão do porte da CEG Rio realize tal pleito sem nem, ao menos, apresentar justificativa fundamentada que o ampare - sob o risco de seu pedido soar um tanto protelatório.

Por outro lado, deve-se, também, avaliar de forma cautelosa **se há a possibilidade de novos entrantes no gasoduto**, desde que - repita-se - tal hipótese não prejudique a capacidade de fornecimento necessária para os empreendimentos inicialmente projetados. Como se vê, essa possibilidade demanda maiores análises, **não sendo possível, portanto, afirmativa segura para nenhum dos cenários nesse momento**.

Desse modo, em sintonia com o entendimento da Procuradoria desta Reguladora, entendo, nesse momento, pela **manutenção da condição de gasoduto dedicado**, nos termos do Artigo 3º da Deliberação AGENERSA nº 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 4.068/2020 e nº 4.142/2020.

Como se sabe, a Deliberação é fruto dos votos fundamentados dos Conselheiros acerca da matéria objeto de determinado processo. Não é por outra razão que a Deliberação é disponibilizada em conjunto com a íntegra dos votos.

No caso em tela, o voto condutor explicita detidamente que é preciso estudar de maneira mais cautelosa a possibilidade de novos entrantes no gasoduto, desde que não haja prejuízo à capacidade de fornecimento necessária para os empreendimentos inicialmente projetados. Como a definição acerca da questão depende, como consignado expressamente no voto, de maiores análises, não seria possível, naquele momento, afirmativa segura acerca de nenhum dos cenários vislumbrados.

Em igual sentido, o art. 5º da Deliberação nº 4.508/2022 é bastante claro quando estabelece que o gasoduto será mantido na condição de gasoduto dedicado até um estudo mais aprofundado que indique a melhor alternativa entre as acima postas.

Não nos parece haver, portanto, omissão no dispositivo em questão, pois está de todo claro o caráter provisório das definições estabelecidas na Deliberação em questão – sobretudo quando lidas à luz da premissa central estabelecidas no voto condutor – isto é, de “**adoção de soluções provisórias para os pontos que ainda demandam maiores estudos e definições**, medida que possibilitará ajustes e adequações ao longo do tempo, contribuindo, assim, para o enriquecimento e aderência de futuras regulamentações”.

II.2.3 – O Artigo 7º da Deliberação: contratação de seguro de operação pela Marlim Azul

Do artigo 7º da Deliberação nº 4.508/2022 consta o seguinte:

Art. 7º - Determinar que, relativamente ao Contrato de Seguro de Operação, que a UTE Marlim Azul apresente os termos contratuais relativos ao seguro da operação e manutenção do gasoduto GASMAZ tão logo sua celebração tenha sido finalizada, até a data limite de 10/12/2022.

A CEG RIO assinalou que “a apresentação do seguro pela Marlim Azul não é a alternativa que melhor mitiga os riscos da operação”, notadamente porque a Embargante teria experiência no mercado de distribuição de gás, enquanto a empresa Intech, apontada pela Marlim Azul para operacionalizar o duto, não teria a seu favor – de acordo com a Concessionária – evidências de grande atuação no ramo.

Em consequência disso, salienta que a operação do gasoduto pela CEG RIO e a sua incorporação à concessão permitiria a inclusão desses dutos nos seguros necessários e já contratados para operação do sistema pela Regulada.

Aqui é de se destacar que a Deliberação nº 4.508/2022, em seu art. 6º, acentuou que a prioridade para operação do gasoduto é da própria CEG RIO:

Art. 6º - Diante da urgente necessidade de início da operação da UTE Marlim Azul em 01/01/2023 e com amparo no dispositivo regulamentador, determinar:

1. que a CEG Rio realize visita técnica à infraestrutura construída pela UTE Marlim Azul até a data limite de 11/ 11/2022
2. que a CEG Rio manifeste sua vontade - aceite ou recusa - para operar nos termos estabelecidos na presente Decisão, até a data limite de 15/11/2022. Ressalta-se que o silêncio da CEG Rio em relação ao aceite após a data limite, será considerado uma recusa tácita à operação e manutenção do gasoduto GASMAZ; e
3. em caso de aceite, que o Contrato celebrado entre as partes seja encaminhado à AGENERSA até a data limite de 25/11/2022, a fim de que não reste prejudicado o prazo para início da operação da UTE.

O voto do i. Conselheiro Relator fez as seguintes considerações a respeito da operação e manutenção do gasoduto pela Embargante:

Em função das obrigações assumidas junto ao setor elétrico e as suas penalizações caso não seja realizado o fornecimento de energia ao SIN na data fixada, a Marlim Azul **solicitou à AGENERSA e ao Poder Concedente a assunção da operação e manutenção do gasoduto dedicado por ela construído, ainda que de forma provisória e precária.**

Nesse contexto, ainda propôs que *(i)* caso a Naturgy não aceite operar as instalações, a Empresa Intech assumiria o O&M; e *(ii)* caso a Concessionária decida apenas não operar com o gás não tratado, a partir do momento em que o gás movimentado deixasse de ser tratado, a Marlim Azul, através da Empresa, assumiria a operação. Para tanto, o Consumidor Livre já avançou suas tratativas com a Intech, para a sua imediata operação, caso haja alguma recusa por parte da CEG Rio.

A Regulada, por sua vez, **demonstrou interesse na operação do ativo**, e na última Reunião de Mediação e Conciliação, após reafirmar sua *expertise* para assumir o O&M, propôs a realização de visitas técnicas para entender as particularidades da operação do gasoduto e para alinhar todas as questões técnicas envolvidas.

Sobre esse tema, o Artigo 8ª da Deliberação AGENERSA nº 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 4.068/2020 e nº 4.142/2020, determina que caso a operação seja realizada, de forma provisória e precária pelo Agente Livre, **deverá ser comprovada a capacidade técnica e a capacidade financeira do operador.**

Em manifestação sobre o tema, a Procuradoria desta Reguladora asseverou que **a decisão sobre a operação e manutenção do gasoduto é de competência estadual**, em que pese o contido no Artigo 29 da Lei Federal nº 14.134/2021, no qual determina que o Agente Livre deverá celebrar contrato de operação e manutenção com a Distribuidora. Em continuidade, esclareceu que **a operação pela Concessionária traz mais segurança jurídica**, no entanto, **caso a CEG Rio apresente e mantenha exigências desnecessárias e protelatórias ou se negue a celebrar o contrato, mesmo após a mediação pela AGENERSA, o Agente Livre poderá operar, de forma provisória, as instalações.**

Desse modo, considerando a finalização das tratativas entre a CEG Rio e a Marlim Azul, cujo **prazo máximo** para a celebração do contrato de forma consensual é a

data de **24/11/2022**, determino que a **CAPET** e a **CAENE**, no prazo de 30 (trinta) dias, **analisem os documentos enviados pela Marlim Azul para a comprovação da capacidade técnica e da capacidade financeira da Empresa Intech.** (...)

Ao longo de toda a instrução processual, restou comprovada a conformidade técnica da infraestrutura para a movimentação de gás tratado e não tratado. Adicionalmente, em cumprimento aos comandos deliberativos, a Marlim Azul informou que **o órgão ambiental, INEA, já realizou a vistoria das instalações para a concessão da Licença de Operação** e que a Licença de Instalação, obtida na fase de construção, ainda está vigente e cobre as atividades do período pré-operacional das instalações.

Em diversas manifestações, a CEG Rio - como já anteriormente dito - se mostrou interessada na operação e manutenção do gasoduto dedicado e, ao longo das discussões e mediações realizadas no presente feito, sinalizou alguma flexibilização das exigências iniciais e, ao final, propôs visita técnica às instalações, previamente à celebração do Contrato de O&M a ser firmado entre as partes.

Dentro desse cenário, pautado por **diversas divergências de entendimento entre os interessados ao longo do processo**, em que, *de um lado*, tem-se a Marlim Azul, que buscou, durante o feito, se apoiar em comando normativo que autoriza a operação, pelo Agente Livre, em caráter precário e provisório, desde que comprovada a capacidade técnica e financeira do operador, além do cumprimento da legislação vigente e devida autorização do Poder Concedente e da AGENERSA, *do outro lado*, tem-se a Distribuidora Estadual, detentora da concessão, que, ao longo do processo, trouxe muitos impedimentos à operação, chegando, em dado momento, a deixar esta Reguladora em dúvida se, de fato, o interesse pelo O&M - manifestado formalmente - condizia realmente com os interesses e planos da Concessionária.

Por seu turno, a Procuradoria desta Agência, como explicitado anteriormente, **entendeu pela viabilidade da operação precária e provisória da Marlim Azul, desde que esgotadas todas as possibilidades de negociação e mediação entre as partes - CEG Rio e Marlim Azul - pelo órgão regulador.** Posicionamento ao qual **me filio integralmente**, por entender que, de fato, com base nas diretrizes vigentes, **o aceite ou a recusa da Concessionária deve vir antes de qualquer outra possível solução para o O&M.**

Desta forma, **é do interesse deste Conselho-Diretor que a legislação e a normativa vigentes sejam integralmente cumpridas, zelando, sempre, pelo Contrato de Concessão, bem como pelas novas diretrizes federais para o Novo Mercado de Gás.** Portanto, em busca de solução conciliatória entre as partes, visando compatibilizar todas as diretrizes e interesses, não medi esforços - entre análises, estudos e reuniões - para chegar à presente Decisão, que considero ser **a decisão mais justa, razoável e técnica**, tendo em vista todo o cenário do caso concreto em apreço.

Depois da publicação da Deliberação, a Concessionária manifestou seu interesse em prestar o serviço (Doc. SEI nº 42779352). Então, seguiram-se as tratativas até que fosse alcançada a minuta final do Contrato (Doc. SEI nº 44711203), após Reunião Interna do Conselho Diretor da Agência para resolver as últimas divergências restantes entre as partes (Doc. SEI nº 44820196).

O que se percebe é que os Embargos, neste ponto, não objetivam sanar quaisquer dos vícios que autorizam a sua oposição nos termos do artigo 78 do Regimento Interno: a bem da verdade, têm apenas o condão de manifestar irresignação com os termos da decisão proferida pelo Conselho Diretor. No entanto, deve ser manejado o recurso adequado para essa finalidade.

Tanto é assim que a CEG RIO se vale dos aclaratórios para, em relação ao art. 7º, lançar dúvidas a respeito das credenciais da Intech para operar o gasoduto – o que somente ocorreria caso não se costurasse saída que garantisse à Concessionária a prestação do serviço –, bem como para, uma vez mais, tentar obter posicionamento definitivo da Agência acerca dos termos finais da incorporação do gasoduto ao patrimônio estadual.

Contudo, como já se salientou, não é este o momento oportuno para tomar uma decisão aprofundada a respeito dos detalhes em que se dará o repasse do bem ao Estado – embora isso vá ocorrer. De todo modo, naturalmente é necessária a contratação do seguro para que seja viabilizado o (imminente) funcionamento do gasoduto, como bem explicou o voto condutor da Deliberação:

Um dos requisitos essenciais para o início do O&M do gasoduto dedicado consiste na **contratação de seguro para a infraestrutura.**

Nesse sentido, a Marlim Azul esclareceu que o seguro da atividade de **construção** continua vigente e que o seguro da atividade de **operação** ainda está em fase de negociação e **deverá cobrir toda a operação da UTE**, incluindo a operação do gasoduto dedicado, dada a necessidade de garantia do fornecimento de energia elétrica ao SIN e a aplicação de multas

no caso de falta de abastecimento do setorelétrico.

A CEG Rio, por sua vez, informou que na Cláusula 4ª do Contrato de Concessão está prevista a contratação de seguros de responsabilidade civil e de danos materiais. Esclareceu, ainda, que **só poderia realizar o seguro do gasoduto GASMAZ após o reconhecimento formal do ativo pelo Poder Concedente, com a sinalização de que o gasoduto seria incorporado ao patrimônio estadual**, logo, pertencente à concessão, viabilizando, portanto, a contratação do seguro nos moldes do Contrato de Concessão.

Diante dos fatos, e, considerando que a incorporação do gasoduto ainda não foi concluída, entendo pela necessidade de envio, pela Marlim Azul, do seu Contrato de Seguro de Operação, que se encontra em fase de celebração. Assim, determino que a Marlim Azul **apresente os termos contratuais relativos ao seguro da operação e manutenção do gasoduto GASMAZ** tão logo sua celebração tenha sido finalizada, **até a data limite de 10/12/2022**.

Nesses termos, entendemos que não merecem prosperar os aclaratórios da CEG RIO em relação ao art. 7º, uma vez que os argumentos lançados não buscam sanar inexatidão material, contradição, omissão ou obscuridade, mas tão somente manifestar descontentamento com os termos da Deliberação nº 4.508/2022.

II.2.4 – O Artigo 9º da Deliberação: incidência tarifária nos primeiros 180 dias de operação e reflexos tributários

O último dispositivo alvo de questionamento pela CEG RIO em seus Embargos de Declaração é o artigo 9º. Confira-se o que ele prescreve:

Art. 9º - Entender pela incidência tarifária de acordo com o Contrato de Concessão da CEG Rio e com a Deliberação AGENERSA nº3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 4.068/2020 nº 4.142/2020, determinando a postergação do pagamento da remuneração tarifária para 180 (cento e oitenta) dias após o início da operação do gasoduto dedicado GASMAZ. Considerando: que aspectos referentes à transferência de propriedade do gasoduto da Marlim Azul ainda carecem de definições; que tal definição tem impacto direto no cálculo tarifário; que não se concluíram os estudos para a definição da Tarifa no Processo Regulatório nº SEI-220007/002145/2020; a garantia da Concessionária ao direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, conforme Contrato de Concessão; a urgência para o início das operações do gasoduto dedicado; que a definição de uma Tarifa provisória, sem a devida análise de seus impactos na concessão, poderia gerar prejuízo às partes, se traduzindo em sinalização inadequada aos agentes do mercado.

Aqui, a Concessionária assevera que a postergação do pagamento de tarifa por 180 (cento e oitenta) dias causaria a violação de obrigações tributárias. Isso porque, segundo narra, a partir do momento em que o duto começar a ser operado, surgirá a necessidade de desembolsos tributários a título de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, que não seriam possíveis caso deixasse de ser remunerada.

Para além disso, a CEG RIO salienta que não teria as informações necessárias para emitir a guia de recolhimento dos tributos e para escriturar os livros fiscais, incorrendo em alegada violação de obrigações acessórias.

Calculada nessas considerações, aponta que a melhor solução seria a incidência integral da tarifa – e enquanto o valor de construção do gasoduto não fosse homologado, poderia a Embargante oferecer garantia líquida.

Subsidiariamente, propõe que conste do corpo da Deliberação que os pagamentos em suspenso serão equacionados em futuro encontro de contas, com o abatimento do valor a ser pago a título de indenização do gasoduto.

A fim de dar sustentação às suas alegações, a Concessionária apresentou parecer da Dra. Bianca Xavier (Doc. SEI nº 44518209, no processo SEI-220007/004516/2022). Ali, a jurista argumenta que *“diante da impossibilidade de se aferir no momento uma remuneração tarifária justa para as atividades que serão desenvolvidas, recomenda-se ao menos a fixação de uma tarifa temporária pelo órgão regulador, com a cautela necessária que permita à Consulente cumprir as obrigações tributárias e fiscais perante o Município de Macaé de forma segura”*.

Posteriormente, foi encartada aos autos nova manifestação da CEG-RIO (Doc. SEI nº 45008821, no Processo SEI-220007/004784/2022). A Concessionária destaca sua preocupação em dar cumprimento à assinatura do contrato sem que haja posicionamento da Agência a respeito das possíveis penalidades tributárias decorrentes da Cláusula 7 da avença.

Em reforço, apresentou parecer complementar também de lavra da Dra. Bianca Xavier (Doc. SEI nº 45008822), no qual é apontado a existência do risco de a Embargante sofrer lançamento por arbitramento, em razão de a tarifa zerada poder ser entendida como prestação de serviço aparentemente não remunerado.

De início, é indispensável frisar que as lições mais comezinhas de Direito Empresarial ensinam que toda atividade econômica implica a assunção de riscos - e parte deles são de ordem tributária.

Naturalmente, o objetivo é sempre o de mitigar, tanto quanto o possível, a possibilidade de os riscos se concretizarem e se traduzirem em consequências negativas. Esse é a finalidade que todos os envolvidos neste processo buscam alcançar, inclusive esta Agência Reguladora.

É dizer: não existe solução pronta e acabada neste caso, embora, mais uma vez se diga, o trabalho seja direcionado para fornecer o arranjo que melhor resguarde e harmonize os interesses das partes e da sociedade. No entanto, a eliminação total dos riscos é desfecho utópico e inalcançável, sobretudo no processo em tela, pautado pela complexidade e inovação.

Nesse sentido, a respeito da fixação de tarifa no início da operação, o voto do i. Conselheiro Relator assim explicou:

Desse modo, deve-se considerar: **(i)** que aspectos referentes à transferência de propriedade do gasoduto da Marlim Azul ainda carecem de definições; **(ii)** que tal definição tem impacto direto no cálculo tarifário; **(iii)** que não se concluíram os estudos para a definição da Tarifa no Processo Regulatório nº SEI-220007/002145/2020; **(iv)** a garantia à Concessionária ao direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, conforme Contrato de Concessão; **(v)** a urgência para o início das operações do gasoduto dedicado; e **(vi)** que a definição de uma Tarifa provisória, sem a devida análise de seus impactos na concessão, poderia gerar prejuízo às partes, se traduzindo em sinalização inadequada aos agentes do mercado.

Nesse passo, diante da singularidade do caso concreto e do caráter inovador da presente Decisão, acredito que o tema não esteja estudado e maduro o suficiente para definição de tarifa, ainda que em caráter provisório. Entendo, portanto, que **a aplicação da Tarifa apenas após 180 (cento e oitenta) dias do início da operação do gasoduto dedicado** - momento em que a metodologia de cálculo deverá estar definida -, é medida que **resguarda** as partes de possível tarifa prejudicial à ambas.

Ressalta-se, ainda, que tal medida só se tornou viável diante **da capacidade financeira das partes**, restando evidente que ambas possuem condições de arcar, sem prejuízo, pela operação nesses 180 (cento e oitenta) dias, se traduzindo, portanto, em decisão mais acertada para o caso concreto nesse momento, em que, *de um lado*, a operação do gasoduto dedicado dentro do prazo estabelecido pela ANEEL está demasiadamente próximo e, *do outro*, a remuneração da Concessionária, e seu respectivo equilíbrio, não devem ser impactados sem os devidos estudos tarifários.

Por fim, acrescenta-se que, após me debruçar sobre o tema, concluí que um **encontro de contas**, com a compensação dos pagamentos em suspenso, quando da futura indenização do gasoduto, é a forma mais adequada e com menor impacto à CEG Rio e à Marlim Azul, para equacionar o período em voga. Em outras palavras, momento em que **o valor da tarifa devido pela UTE poderá ser compensado na indenização - pela incorporação do gasoduto - a ser paga pela Concessionária**.

Pela leitura do voto, percebe-se cristalinamente a preocupação do Conselho Diretor em fornecer a melhor decisão regulatória possível, sem que qualquer das partes saia prejudicada e, claro, pautada pela observância do interesse público, considerando a necessidade de a usina entrar em operação em curto lapso de tempo.

Ou seja, procurou-se ajustar todos os elementos envolvidos, chegando-se à conclusão de que o mais adequado, no momento, era postergar a incidência da tarifa por 180 (cento e oitenta) dias, com compensação dos pagamentos a ser feita em futuro acerto de contas, quando do momento da indenização pela incorporação do gasoduto.

Em compasso com o que ficou decidido na Deliberação em questão, assim foi redigida a Cláusula 7 do Contrato de prestação de serviço a ser firmado entre a CEG RIO e a Marlim Azul:

7. CLASSE TARIFÁRIA E O SEGMENTO DA UNIDADE USUÁRIA

7.1 Tendo em vista a inviabilidade momentânea de definição do valor da tarifa, o valor mensal a ser faturado pela CONTRATADA será igual a zero, para fins de comprovação e registro do volume de gás movimentado na operação, até a definição do valor da tarifa pela AGENERSA.

7.2 Fica garantido o direito de remuneração da CONTRATADA pelos serviços prestados, com base em tarifa a ser definida pela AGENERSA ao final do presente CONTRATO, conforme Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022 e suas posteriores complementações, e de acordo com o Contrato de Concessão da CONTRATADA.

7.3 No período de vigência desse CONTRATO provisório, não será realizado pagamento pela CONTRATANTE.

7.4 Os aspectos tarifários serão deliberados e aclarados pela AGENERSA.

Saliente-se que, como reconhecida pela própria parecerista no primeiro trabalho apresentado, incumbe ao órgão regulador estadual – *in casu*, a AGENERSA – a fixação da tarifa de prestação do serviço na hipótese analisada, conforme art. 29, §1º, da Lei nº 14.134/2021. E, realmente, isso está em plena consonância com o que estabelece o Regimento Interno da Agência, dentre as suas finalidades institucionais, bem como com o art. 4º da Lei Estadual nº 4.556/05, que elenca as atribuições desta autarquia especial.

Nessa ordem de ideias, definiu a AGENERSA, em estrita observância às suas atribuições e no exercício de sua discricionariedade técnica (a qual merece especial deferência), que a tarifa deve ser zero até a definição do valor adequado pela Agência.

Essa decisão regulatória foi tomada fundamentadamente, por ainda pender de definição certos aspectos relacionados à transferência de propriedade do gasoduto que impactam na definição do valor da tarifa. Logo, uma decisão apressada e sem a apreciação adequada de todos os elementos necessários à solução regulatória segura tem o potencial de mandar uma mensagem negativa aos agentes interessados nesse novo mercado.

Ademais, a forma de incorporação do bem à concessão também pode ter reflexos sobre o equilíbrio econômico-financeiro, questão sensível e que merece atenção redobrada pelo regulador. Sem falar que, do ponto de vista prático, ambas as partes possuem capacidade financeira suficiente para viabilizar essa postergação de pagamento.

Ainda neste contexto, é bastante importante chamar a atenção para a Cláusula Sétima do Contrato de Concessão firmado com a CEG RIO, que cuida das tarifas a serem praticadas pela Concessionária. Veja-se o que o item contratual prescreve:

CLÁUSULA SÉTIMA – TARIFAS

As tarifas para distribuição de gás canalizado terão como limites máximos os valores indicados no ANEXO I do presente instrumento, que são indicados já considerada a alíquota de 12% (doze por cento) do ICMS.

§1º - Observados os limites indicados no ANEXO I, a CONCESSIONÁRIA poderá cobrar tarifas diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de consumidores.

§2º - Os limites tarifários serão revistos a cada 5 (cinco) anos, com base no custo dos serviços, incluída a remuneração do capital, considerando-se, ainda, a necessidade de estímulo ao aumento da eficiência operacional através da redução de custos, a evolução efetiva desses custos, e da produtividade da CONCESSIONÁRIA e do setor de gás. (...)

§4º - A estrutura tarifária e o limite máximo das tarifas propostos por classes e faixas de consumo serão elaborados considerando os custos referentes ao quarto ano de cada quinquênio, devidamente atualizados (com base no IGP-M publicado pela Fundação Getúlio Vargas) para o último mês daquele ano, que serão alocados por cada tipo de consumidor ou, no caso de custos em que não for possível a alocação, serão rateados, segundo critério a ser devidamente justificado pela CONCESSIONÁRIA.

§5º - Para efeitos do disposto no parágrafo anterior, serão considerados custos todos aqueles referentes a: (i) aquisição de gás, (ii) demais despesas e custos operacionais, excetuadas as despesas financeiras, (iii) depreciação dos ativos operacionais, (iv) tributos, inclusive os incidentes sobre o faturamento mas não os incidentes sobre a renda e (v) remuneração líquida de imposto de renda, a incidir sobre o ativo operacional imobilizado, a título de remuneração de capital, de acordo com a metodologia indicada nos parágrafos 6º a 9º abaixo. No que se refere ao cálculo da remuneração líquida de imposto de renda, será considerado o imposto de renda ajustado, ou seja, aquele que seria devido pela CONCESSIONÁRIA caso não tivesse qualquer despesa financeira. (...)

§6º - A base de cálculo da remuneração dos ativos da CONCESSIONÁRIA, para efeitos de fixação e revisão de tarifas, corresponderá à soma dos seguintes valores:

- a) a parcela não depreciada dos ativos operacionais registrados na contabilidade da CONCESSIONÁRIA, ao final do quarto ano de cada quinquênio;
- b) a parcela não amortizada dos intangíveis da CONCESSIONÁRIA, ao final do quarto ano de cada quinquênio;
- c) total da depreciação dos ativos operacionais da CONCESSIONÁRIA que tenham sido imobilizados nos cinco exercícios anteriores ao da apresentação, pela CONCESSIONÁRIA, da proposta de revisão tarifária para vigorar no quinquênio seguinte, sendo que no caso da primeira revisão quinquenal será considerado o total da depreciação dos ativos operacionais da CONCESSIONÁRIA que tenham sido imobilizados nos quatro exercícios anteriores.

§7º - O valor dos intangíveis a que se refere a alínea (b) do parágrafo anterior será equivalente à diferença entre o valor mínimo fixado para o total de ações de emissão da CONCESSIONÁRIA na data em que o controle dela esteja sendo alienado pelo ESTADO, no âmbito do Programa Estadual de Desestatização, e o valor de tais ações com base no patrimônio líquido contábil da CONCESSIONÁRIA na data da liquidação financeira da venda do controle acima aferida.

§8º - Os ativos operacionais imobilizados, os intangíveis e a depreciação dos ativos operacionais serão indicados em contas específicas do Plano de Contas da CONCESSIONÁRIA a que se refere o §5º, da Cláusula OITAVA, do presente instrumento, atualizando-se tais contas monetariamente, com base no IGP-M, publicado pela Fundação Getúlio Vargas, inclusive para efeitos do disposto no §6º acima. A depreciação dos ativos operacionais imobilizados se dará na forma da regulamentação que esteja em vigor para as companhias abertas, e amortização dos intangíveis se dará linearmente, em 20 (vinte) anos. A correção monetária dos ativos operacionais imobilizados existentes no início da concessão incidirá a partir da data da alienação a que se refere o parágrafo anterior.

Como se percebe, o cálculo das tarifas previstas no Contrato de Concessão toma em conta a depreciação dos ativos operacionais. Nada obstante, o caso discutido nestes autos comporta exemplar singularidade, tendo em vista que o gasoduto é, por enquanto, propriedade da Marlim Azul.

Torne-se a ressaltar que ainda não estão totalmente definidos os detalhes da incorporação do bem ao patrimônio estadual, de modo que não é tarefa simples, como quer fazer crer a CEG RIO, a definição de uma tarifa neste momento. Isso porque as já existentes, praticadas pela Concessionária, escoram-se em premissa que não é verificada no caso concreto – justamente porque o gasoduto não está integrado aos bens da concessão.

Esses elementos reforçam a posição definida por esta Agência, no sentido de postergar a definição da tarifa até que estejam suficientemente claros todos os aspectos a serem levados em consideração para que, de maneira técnica e organizada, a remuneração adequada possa ser definida.

Ou seja, para todos os efeitos, **enquanto a Agência não revisitar essa determinação, o preço do serviço, neste espaço de tempo, é zero.** Nessa linha, se a base de cálculo do ISS é zero, a inexorável conclusão é a de que o imposto devido é igualmente zero.

Em consonância com o que aqui se diz, a doutrina aponta que os serviços prestados mediante a utilização de bens e serviços públicos explorados mediante autorização, permissão ou concessão são tributáveis pelo ISS, **desde que haja o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final.** *A contrario sensu*, ausente o pagamento de tarifa, não há que se falar em incidência do referido imposto municipal. É com base nesses dados, portanto, que a Embargante deve cumprir suas obrigações acessórias.

De mais a mais, revela-se oportuno mencionar uma crucial decisão do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no bojo do Processo nº 16561.720032/2015-02, que guarda certa semelhança com a problemática aqui enfrentada.

Naqueles autos, o CARF avaliou caso em que o Fisco lavrou auto de infração de IRPJ e CSLL contra determinada empresa. Na ocorrência em questão, o Termo de Verificação Fiscal efetuou a glosa da despesa com amortização de ágio porque havia sido utilizada empresa veículo para a qual foi transferido o ágio.

Para o que aqui interessa, cabe chamar atenção para o fato de que o contribuinte se sagrou exitoso nessa contenda justamente porque o Conselho reconheceu, de forma oportuna, que **a existência de restrições societárias e regulatórias é que orientaram a criação da empresa veículo.** Confira-se trecho do voto vencedor, que negou provimento ao recurso especial da Procuradoria:

Adoto as razões do acórdão recorrido, acima colacionado, para confirmar a legitimidade do ágio tratado nos autos, sem que se vislumbre artificialidade na criação das empresas acima citadas. Acrescento às razões de decidir que no caso dos autos havia imposições da CVM e ANEEL que justificam por questões societárias e regulatórias – a organização societária da forma procedida, isto é, a existência da “empresa veículo”. O artigo 15, da Instrução 319 da CVM atesta que haveria “abuso” do poder de controle caso o contribuinte nãoconstituísse a “empresa veículo” em discussão nestes autos.

Com efeito, a conclusão a que chegou o CARF, **além de demonstrar o respeito à autoridade da agência reguladora**, advinda da sua expertise técnica para resolver os assuntos circunscritos à sua área de atuação, está em perfeito compasso com o que aqui se defende. É que a melhor decisão regulatória não pode deixar de ser dada por conta de possíveis reflexos tributários indesejados. Ao contrário: é a tributação, como expressão de um direito de sobreposição, que deve se conformar à realidade que lhe é previamente existente.

Some-se a tudo isso a constatação de que, como definido pela AGENERSA, haverá um posterior

encontro de contas, momento em que se dará a compensação dos pagamentos em suspenso com o montante devido pela futura indenização do gasoduto. Ou seja, o Município não sairá prejudicado, tendo em vista que a tributação poderá ser definida justamente nesse momento, quando se quantificará o que é devido pela prestação do serviço.

O que não parece acertado é, em razão de possíveis, hipotéticos e projetados riscos tributários, arbitrar de maneira açodada uma tarifa a ser praticada. É que ao adotar essa postura, além da considerável possibilidade de fixação de contraprestação que pode se revelar inadequada, pois ainda não há amadurecimento suficiente, a Agência transmitiria sinais inadequados aos agentes econômicos e, de quebra, violaria a LINDB, já que não estariam sendo observadas, com as cautelas necessárias, as consequências práticas da decisão.

De toda forma, não se pode deixar de notar que mesmo que a pretensão da CEG RIO fosse acolhida, com a fixação de tarifa integral desde o início de operação, fato é que o indicado objetivo dessa conduta – a eliminação dos riscos tributários – não seria alcançado.

Isso porque, como já dito, esses riscos são inerentes à atividade, sobretudo em arranjo complexo e inovador como o aqui analisado. Ou seja, a fixação de tarifa neste momento, qualquer que seja ela, não apenas não servirá para blindar a Concessionária, ao passo que também poderá fabricar novos riscos que não estão sendo considerados.

Dito tudo isso, não nos parece haver omissão a ser sanada no que diz respeito à fixação da tarifa, uma vez que o voto do i. Conselheiro Relator perpassa fundamentadamente pelas razões que justificam a tarifa zero neste momento, ao passo que também faz constar o encontro de contas posterior.

Na mesma linha, o art. 9º da Deliberação nº 4.508/2022 explica que essa decisão tem como premissa “a garantia à Concessionária ao direito ao reequilíbrio econômico-financeiro”, o que também está adequadamente espelhado na Cláusula 7 da minuta de Contrato a ser firmado entre CEG RIO e Marlim Azul.

III - CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, e com base nas explicações acima delineadas, não vislumbramos quaisquer omissões a serem sanadas na Deliberação nº4.508/2022, de modo que opinamos pelo conhecimento e **desproimento** dos Embargos de Declaração (Doc. SEI nº 42779347) opostos pela CEG RIO.

É o parecer”. (Grifos como no original).

Em seguimento, os interessados^[vii] foram instados a apresentar suas Razões Finais, momento em que repisaram seus argumentos, concluindo: **(i)** Marlim Azul^[viii]: “Adicionalmente, cumpre ressaltar que, ao exigir ao longo do Processo Regulatório o pagamento da tarifa cheia e com a margem de distribuição, a CEG Rio não observa a regulação específica sobre a TUSD-E já vigente no Estado do Rio de Janeiro, conforme discutido nas Manifestações e endereçado na Deliberação. Em linha com a atual regulação, a Marlim Azul entende que a remuneração da atividade via TUSD-E deverá ser calculada de acordo com os custos de operação e manutenção específicos do gasoduto dedicado, expurgando-se, ainda, qualquer parcela de remuneração de ativos, visto que o gasoduto dedicado foi construído e custeado integralmente pela Marlim Azul. A posição defendida pela CEG Rio conduziria a um resultado totalmente irrazoável que seria compensar a CEG Rio por um investimento que esta nunca realizou, configurando um caso flagrante de violação a diversos princípios jurídicos, em especial o da vedação ao enriquecimento sem causa. Nesse sentido, vale destacar ainda que tanto a CAPET (por meio de nota técnica) como a própria Procuradoria da AGENERSA (por meio de parecer) já se pronunciaram nesse sentido no âmbito do Processo Regulatório, sendo emblemática a seguinte passagem do Parecer SEI 41454762 da Procuradoria da AGENERSA: ‘não é juridicamente possível que o valor estabelecido desconsidere os investimentos realizados pela Marlim Azul que construiu o gasoduto dedicado e que hoje é proprietária desse ativo. Ignorar esses valores violaria o direito de propriedade (art. 5º, XXII, CR/88) e consubstanciaria hipótese de expropriação inconstitucional’. Diante do exposto, não havendo nenhuma inexistência material, contradição, omissão e/ou obscuridade a ser sanada na Deliberação através de embargos, em linha com o disposto no art. 78 do Regimento Interno da AGENERSA, requer a Marlim Azul seja negado provimento aos Embargos de Declaração apresentados pela CEG Rio”; e **(ii)** CEG Rio^[ix]: “Diante de todo o exposto, a CEG RIO reitera o pedido para que sejam conhecidos e acolhidos os embargos de declaração opostos, para que essa Agência (i) esclareça, quanto à incorporação dos dutos à concessão, (i.a) a forma e teor da manifestação do Poder Concedente, e (i.b) o momento em que

deverá ocorrer essa incorporação; (ii) registre, no dispositivo do voto, que os entendimentos sobre a dedicação do gasoduto e a aplicação das Deliberações AGENERSA n° 3.862/2019, 4.068/2020 e 4.142/2020 são precários e transitórios, não gerando qualquer tipo de benefício ou direito adquirido, podendo ser revistos a qualquer tempo; (iii) se manifeste sobre os riscos técnicos de operação e contratação do seguro por parte da Marlim Azul; e (iv) determine a incidência integral da tarifa para a operação do gasoduto, na forma do Contrato de Concessão, bem como a apresentação de garantia idônea e líquida, por parte da CEG RIO, para assegurar o pagamento da indenização enquanto o valor da obra não for homologado pelo Poder Concedente e pela AGENERSA. Caso não seja esse o entendimento, o que se admite apenas para argumentar, deve se esclarecer no corpo da Deliberação a destinação que será dada aos pagamentos em suspenso. Por fim, a CEG RIO reitera o seu interesse na operação e manutenção de gasoduto dedicado da UTE Marlim Azul, nos termos e condições da regulamentação vigente, e em ter a Marlim Azul como cliente, atendendo-a nos mesmos termos e condições que oferta para as demais Usinas Termoelétricas estabelecidas em sua área de concessão”.

Em nova manifestação^[x], a Concessionária pontuou, outra vez, “sua preocupação com as questões tributárias abordadas nos pareceres jurídicos independentes elaborados pela professora Doutora Bianca Xavier, uma vez que, conforme demonstrado nos estudos, tal como está, a celebração do contrato apresenta riscos de autuação e pode causar prejuízos das mais diversas ordens à Concessionária. A CEG Rio reforça que uma vez sanadas as questões tributárias anteriormente apontadas, decorrentes da Cláusula 7ª do Contrato elaborado pelo Órgão Regulador, o aludido instrumento será submetido para a aprovação aos órgãos de governança internos da Concessionária, a fim de viabilizar sua respectiva assinatura. Por fim, a CEG RIO ratifica todas as manifestações já evidenciadas nestes autos, sobretudo os embargos de declaração opostos, ressaltando que as condições negociais em debate não significam a renúncia de seus direitos contratuais”.

Diante de tal cenário, concluí que a medida mais prudente e eficiente seria, por óbvio, oficial^[xi] a Secretaria de Fazenda da Prefeitura de Macaé, município em que se encontra o gasoduto GASMAZ, para solicitar orientação acerca da adequação dos procedimentos a serem adotados pela Regulada no que tange a incidência tributária em tela. Em resposta, A Fazenda de Macaé salientou^[xii] que “a cláusula sete do Contrato de Serviço em Atendimento à Deliberação AGENERSA n° 4.508/2022, estipula que devido à indefinição quanto ao valor da tarifa, o valor faturado será igual a zero durante um prazo de 180 dias, sendo após esse prazo definido o valor e realizada a remuneração de todo o período com base na tarifa definida. Dessa forma, o município protocolou o processo administrativo n° 3879/2022 com a documentação apresentada pela AGENERSA e encaminhou os autos para a Coordenadoria Especial de Tributos a fim de obter um posicionamento quanto à tributação, tendo sido emitido parecer favorável à adoção de regime especial para emissão de Nota Fiscal eletrônica por parte da empresa prestadora do serviço, a fim de que o ISS devido seja recolhido quando da emissão do documento fiscal nos termos do contrato”. Segue, portanto, o citado Parecer, ratificado pelo Procurador Executivo da Fazenda e pelo Secretário Municipal de Fazenda de Macaé. Confira-se:

“PARECER

Atendendo à solicitação da Agencia Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA) lavra-se o seguinte parecer sobre o enquadramento do contribuinte no ISS, alíquota e emissão especial de documentos fiscais.

Foi informado nos autos que o serviço a ser realizado no Município será o de transporte de gás através de gasoduto localizado no Município. O mesmo terá como ponto de entrada e ponto de chegada do gás sítios localizados no território municipal, como se observa em Cláusulas 3.1 e 3.2, reproduzidas abaixo. Tal fato implica no enquadramento do serviço ao imposto de competência municipal e consequentemente na determinação da alíquota de ISS que incidirá sobre o preço do serviço.

3.1 O ponto de entrega situar-se-á no ponto imediatamente à jusante ao flange que antecede a estação de tratamento de condensados e de medição de propriedade de contratante que por sua vez será situado no Município de Macaé.

3.2 O ponto de recepção situar-se-á imediatamente a jusante da solda de transferência custódia da Shell (fornecedor) ou de terceiros por ela contratados, que, por sua vez, estará situada nas coordenadas: Longitude UTM 21835,00 m Ee Latitude UTM 7532173 m S.

Assim demonstrado, conforme a descrição no Contrato de Prestação de Serviço em atendimento à deliberação AGENERSA Nº 4.508, de fls. 04 a 21, verifica-se que trata-se de serviço de transporte de natureza municipal, em conformidade ao subitem 16.02 da Lista de Serviços disposta no Anexo I da LC 282/2018, e assim sujeito a uma alíquota de 5% (cinco percentuais).

Requer ainda, em vista da Legislação Tributária Municipal, em que pese especialmente o Art. 191, II da LC 282/2018, reproduzido abaixo, que haja concordância SEMFAZ com a dilatação de prazo de 180 (cento e oitenta) dias após início das operações das atividades para a declaração do ISS devido e emissão da primeira nota fiscal de serviço, na qual será somada todo valor compreendido como base de cálculo dos serviços realizados nesse período e estabelecido o ISS em conformidade com o CTMM.

Art. 191. Ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em Lei, o recolhimento do imposto ocorrerá de acordo com os prazos e condições previstos no calendário fiscal fixado pelo Órgão Tributário, na forma seguinte:

II Quando o serviço for prestado pelos demais contribuintes, o recolhimento do ISS será feito mensalmente, aplicando-se a respectiva alíquota sobre a base de cálculo correspondente.

Tal dilatação do prazo para declaração do ISS e emissão da primeira nota fiscal de serviço se justifica na medida em que, conforme a previsão contratual de fls. 05v, o mencionado Contrato será firmado em caráter provisório, com vigência de 180 (cento e oitenta) dias, conforme se observa na reprodução da Cláusula 2.3. Ainda se verifica nos autos cópia da Deliberação AGENERSA de fls. 22 e 23, cujo Art. 9º propõe a postergação do pagamento da remuneração tarifária para 180 (cento e oitenta) dias após o início da operação do gasoduto, conforme se verifica na reprodução do dispositivo.

2.3 O presente contrato será firmado em caráter provisório em cumprimento à deliberação da AGENERSA nº 4.508/2022, com vigência de 180 (cento e oitenta) dias podendo ser aditado ou encerrado ou prorrogado mediante deliberação da AGENERSA.

Art. 9º. Entender pela incidência tarifária de acordo com o contrato de concessão da CEG-RIO e com a Deliberação AGENERSA nº 3862/2019. Integrada pelas Deliberações AGENERSA Nº 4068/2020 E Nº 4142/2020. Determinando a postergação do pagamento da remuneração tarifária para 180 (cento e oitenta) dias após o início da operação do gasoduto dedicado a GASMAZA. Considerando que aspectos referentes à transferência de propriedade do gasoduto da Marlim Azul ainda carecem de definições; que tal definição tem impacto direto no cálculo tarifário. [...]

Em vista das necessidades das empresas interessadas frente as exigências contratuais determinadas pela Agencia Reguladora competente; considerando da importância da atividade para o Município, uma vez que sua receita é extremamente fundamentada nos rendimentos provenientes da extração, transformação e transporte de hidrocarbonetos e considerando que não haverá nenhuma perda de receitas derivada da sistemática de emissão de documentos fiscais proposta pelo contribuinte, uma vez que o valor integral será totalizado em um documento fiscal, a Fiscalização Tributária Municipal, no exercício da função de observar às normas da Legislação Fazendária, não faz qualquer restrição para o atendimento do pedido, visto que a situação se enquadra no regulamento previsto no Art. 210. Parágrafo Único, conforme se verifica em reprodução abaixo.

Art. 210. Os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2019 serão obrigatoriamente acobertados pela emissão de NFS-e. Parágrafo único. Os contribuintes que, pela natureza de sua atividade comprovem a real necessidade de adoção dos regimes especiais de recolhimento do ISS ou de emissão de documentos fiscais, poderão ser objeto de tratamento diferenciado homologado pela Secretaria Municipal de Fazenda.

Adverte-se que, no caso de autorização do Secretário de Fazenda à aplicação do Regime Especial de Emissão de Notas Fiscais, não caberão as sanções previstas no Art. 432, I e II da LC 282/2018 e caberá a atualização monetária somente sobre o valor correspondentes a parte dos fatos geradores, caso ocorram, que forem realizados em um exercício e declarados no seguinte, em obediência à determinação do Art 432, III da LC 282/2018, em conformidade a variação da Unidade de Referência Municipal (URM).

Art. 432. O crédito tributário não integralmente pago até o seu vencimento ficará sujeito à incidência de:

I - juros de mora de 1% (um por cento) ao mês ou fração de mês;

II - multa moratória de 0,33% (trinta e três centésimos por cento) por dia de atraso, limitado a 20% (vinte por cento) no seu somatório; e

III – atualização monetária com base na variação da URM.

§ 1º O disposto nos incisos I e II não se aplica na pendência da análise consulta ou pedido

de reconhecimento de isenção, imunidade ou não incidência apresentados, quando formulados pelo contribuinte antes do vencimento do prazo legal para pagamento do crédito.

Em vista do exposto, opino pelo encaminhamento dos autos ao Secretário Municipal de Fazenda para a decisão sobre a autorização da forma de declaração do ISS e emissão da nota fiscal de serviços em conformidade ao Art. 210, Parágrafo Único da LC 282/2018”.

A Procuradoria da AGENERSA, por seu turno, após análise da manifestação da Secretaria de Fazenda da Prefeitura de Macaé, complementou seu Parecer Conclusivo, como segue:

“(…) II. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

De plano, cumpre esclarecer que não incumbe a esta Procuradoria analisar os aspectos técnicos ou econômico-financeiros da questão, que não são afetos ao exame jurídico, ínsitos ao juízo discricionário do administrador, nos termos do art. 17, II do Regimento Interno da AGENERSA.

Saliente-se que as manifestações da Procuradoria são meramente opinativas, podendo o gestor dela discordar, devendo, para tanto, apresentar as razões de fato e de direito que lhe deem sustentação.

Dito isso, há de se ressaltar também que este Parecer restringir-se-á à análise dos aspectos tributários que envolvem a fixação temporária da tarifa zero, uma vez que foi esta a questão submetida à apreciação deste órgão jurídico (Doc. SEI nº 48207106) e, além disso, foi o elemento ventilado nos Embargos e nas Razões Finais que apresentou novidade relevante nestes autos após o último opinamento da Procuradoria (Doc. SEI nº 45580835), em razão da manifestação da Prefeitura de Macaé.

Pois bem. Embora seja compreensível a preocupação vocalizada pela CEG RIO no que diz respeito às implicações tributárias da decisão regulatória, os Embargos de Declaração veiculam mero inconformismo, e as razões finais tampouco trazem qualquer argumento capaz de infirmar as conclusões que foram alcançadas pela Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022.

Com efeito, como a última manifestação da Concessionária limita-se a revolver os argumentos já aduzidos nos aclaratórios que apresentou, permanece inteiramente hígido o raciocínio delineado no Parecer nº 7/2023/AGENERSA/PROC (Doc. SEI nº 45580835).

(…)

Embora todo o exposto até então nestes autos já fosse o suficiente para sustentar juridicamente a tarifa zero nos primeiros 180 (cento e oitenta) dias de operação, como definido pela Deliberação embargada, sobreveio mais um elemento relevante que reforça a tese de que essa é a posição regulatória mais técnica e prudente a ser tomada.

Em compasso com a postura que vem sendo adotada pelas partes e pela Agência, por meio da condução pelo Ilmo. Conselheiro-Relator, no sentido de harmonizar da melhor forma possível os interesses envolvidos - e sempre buscando evitar prejuízo a qualquer dos atores -, foi enviado o Ofício AGENERSA/CONS-02 Nº 13/2023 (Doc. SEI nº 46399326) ao Município de Macaé. Por meio do referido documento, explicou-se a situação posta para adequar os procedimentos a serem adotados pela Concessionária, com o intuito de afastar percalços tributários.

O Município tributante, pautado em elogiável e notável conduta cooperativa, compreendeu a complexidade e o ineditismo envolvido na operação objeto deste expediente e não levantou óbice ao arranjo jurídico-tributário proposto. Assim, foi emitido parecer favorável da Secretaria de Fazenda de Macaé anuindo com regime especial no caso em tela, com base no art. 210, parágrafo único, do Código Tributário local. Confira-se o teor da manifestação municipal:

Servimo-nos do presente para responder ao ofício AGENERSA/CONS-02 Nº13, no qual é informado os termos do processo regulatório supra referenciado para solicitação de operação e manutenção do gasoduto dedicado construído pela Marlim Azul para abastecimento de sua UTE e que traz no seu bojo questões tarifárias que envolvem a prestação de serviço com reflexos no recolhimento do ISS devido ao município de Macaé.

A cláusula sete do Contrato de Serviço em Atendimento à Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022, estipula que devido à indefinição quanto ao valor da tarifa, o valor faturado será igual a zero durante um prazo de 180 dias, sendo após esse prazo definido o valor e realizada a remuneração de todo o período com base na tarifa definida.

Dessa forma, o município protocolou o processo administrativo nº 3879/2022 com a documentação apresentada pela AGENERSA e encaminhou os autos para a Coordenadoria Especial de Tributos a fim de obter um posicionamento quanto à tributação, tendo sido emitido parecer favorável à adoção de regime especial para emissão de Nota Fiscal eletrônica por parte da empresa prestadora do serviço, a fim

de que o ISS devido seja recolhido quando da emissão do documento fiscal nos termos do contrato.

Sendo esse o contexto, diminuem sensivelmente os riscos tributários que levavam algum temor à Concessionária, já que o ente municipal está ciente da postergação da fixação da tarifa e concordou com a adoção de regime tributário que se adequa à operação em curso.

Portanto, não mais subsistem razões que justifiquem os sucessivos pleitos da Delegatária de ver fixada uma tarifa provisória, já que o motivo que dava azo a tais pedidos – isto é, a alegada violação de obrigações tributárias principal e acessória, com a consequente possibilidade de um lançamento por arbitramento – caiu por terra.

Diante desse quadro, fica, na verdade, revigorada a posição da Agência estampada na Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022, indicando que solução mais adequada é a postergação da definição da tarifa, sob pena de indesejável açodamento.

III. CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, e com base nas manifestações carreadas aos autos, reforçamos tudo que já defendido no Parecer nº 7/2023/PROC (Doc. SEI nº 45580835) - em especial a postergação da definição da tarifa, diante da anuência do Município de Macaé com o regime proposto.

Desse modo, opinamos pelo conhecimento e **desprovemento** dos Embargos de Declaração (Doc. SEI nº 42779347) opostos pela CEG RIO.

É o parecer”. (*Grifos como no original*).

Tendo em vista novidade relevante nos autos, oficiei^[xiii] os interessados para que, em querendo, complementassem suas Razões Finais. Em complementação, a CEG Rio e a Marlim Azul alegaram:

- CEG Rio^[xiv]:

“(…) Tratando do tema, o parecer do Município de Macaé entendeu não haver óbice jurídico na postergação do pagamento tarifário. Em razão disso, a Procuradoria desta Agência Reguladora concluiu que “não mais subsistem razões que justifiquem os sucessivos pleitos da Delegatária de ver fixada uma tarifa provisória, já que o motivo que dava azo a tais pedidos – isto é, a alegada violação de obrigações tributárias principal e acessória, com a consequente possibilidade de um lançamento por arbitramento – caiu por terra”.

Nesse contexto, em que pese o posicionamento do Município de Macaé, ainda resta indefinido qual é o modelo tarifário que ficará suspenso. Explica-se: a deliberação embargada determinou que haveria a suspensão da incidência de tarifa, todavia, se omitiu sobre qual modelo tarifário ficará suspenso no período de 180 dias.

Nesse sentido, conforme já exposto nos Embargos de Declaração, a Concessionária entende que a solução que melhor atende ao interesse público e harmoniza os interesses das partes é a incidência integral da tarifa, na forma do Contrato de Concessão. Para tanto, caso o valor do gasoduto não seja homologado no referido prazo, a CEG RIO se prontifica a oferecer uma garantia líquida, a qual será contratada na forma da Lei de Licitações e da Lei de Concessões. Reitera-se que a Concessionária não ressarcir os custos do gasoduto, única e exclusivamente, porque o seu valor não foi homologado. Contudo, a CEG RIO não pode ser penalizada, sendo certo que a medida proposta irá satisfazer os interesses de todos os envolvidos, inclusive o da Marlim Azul, que terá a garantia idônea de recebimento dos valores devidos.

Por fim, caso esse entendimento não seja acolhido, o que se admite por extremo apeno ao princípio da eventualidade, destaca-se que, em seu voto o i. Conselheiro Relator, concluiu que “*um encontro de contas, com a compensação dos pagamentos em suspenso, quando da futura indenização do gasoduto, é a forma mais adequada e com menor impacto à CEG Rio e à Marlim Azul, para equacionar o período em voga. Em outras palavras, momento em que o valor da tarifa devido pela UTE poderá ser compensado na indenização – pela incorporação do gasoduto - a ser paga pela Concessionária*” (p. 36). (…). (*Grifos como no original*).

- Marlim Azul^[xv]:

“A Marlim Azul Energia S.A. (“**Marlim Azul**”), com sede na Rua Tabapuã, 841, 1º andar, Salas 101, 102 e 103, Itaim Bibi, na Cidade e Estado de São Paulo, CEP 04.533-013, inscrita no CNPJ

sob o nº 29.884.534/0001-00, vem, nos autos do processo regulatório em epígrafe e, em atenção ao Ofício AGENERSA/CONS-02 de 13 de março de 2023, e tendo em vista a manifestação da Secretaria de Fazenda da Prefeitura de Macaé (48207011) e a complementação do Parecer da Procuradoria desta Agência Reguladora (48425478), tempestivamente, manifestar-se em complementação às Razões Finais, nos termos que se seguem:

Ratificação das Razões Finais

A Marlim Azul tomou ciência da manifestação da Secretaria de Fazenda Municipal de Macaé, que superou o ponto relativo às questões de natureza fiscal, e da complementação do Parecer da Procuradoria da Agência Reguladora, que ratifica sua posição no sentido de negar provimento aos Embargos de Declaração opostos pela CEG Rio. Com isso, entende a Marlim Azul que restou definitivamente superado o ponto relativo às questões fiscais levantadas pela CEG Rio em sede de Embargos, pelo que **ratifica integralmente** os termos das suas **Razões Finais** (46650893).

Diante do exposto, não havendo nenhuma inexatidão material, contradição, omissão e/ou obscuridade a ser sanada na Deliberação através de embargos, em linha com o disposto no art. 78 do Regimento Interno da AGENERSA, requer a Marlim Azul seja negado provimento aos Embargos de Declaração apresentados pela CEG Rio.

Assinatura do Contrato e Início da Prestação de Serviços

Adicionalmente, entende a Marlim Azul que, com a superação das questões tributárias suscitadas pela CEG Rio, a ser confirmada quando do julgamento dos Embargos de Declaração, não há mais óbices à assinatura do Contrato de Prestação de Serviços (45542570). Destaca-se que, nos termos do entendimento conjunto da Marlim Azul e da CEG Rio já manifestado nos autos, o início da Prestação de Serviços do Contrato se dará na mesma data em que publicado no Diário Oficial da União o Despacho da ANEEL que liberar o empreendimento UTE Marlim Azul para o início da operação comercial (47695513)". (*Grifos como no original*).

Este é o Relatório.

Vladimir Paschoal Macedo
Conselheiro-Relator

-
- [i] Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022 – DocSEI-42206846;
 - [ii] Ofício AGENERSA/CONS 2 nº 141/2022 – DocSEI-42450279;
 - [iii] Carta CEG Rio – DocSEI- SEI-220007/003927/2022 e Carta Marlim Azul DocSEI-SEI-220007/003932/2022;
 - [iv] Carta CEG Rio – DocSEI- 42779352;
 - [v] Embargos da CEG Rio em face da Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022 – DocSEI-42779347;
 - [vi] Parecer da Procuradoria da AGENERSA – DocSEI-45580835;
 - [vii] Ofício AGENERSA/CONS-02 nº 09/2023 – DocSEI-46225665;
 - [viii] Razões Finais Marlim Azul – DocSEI-46650893;
 - [ix] Razões Finais CEG Rio – DocSEI-46690012;
 - [x] Carta da CEG Rio – DocSEI-46692316;
 - [xi] Ofício AGENERSA/CONS-02 nº 13/2023 – DocSEI-46399326;
 - [xii] Ofício Digital nº 216/2023 da Secretaria de Fazenda da Prefeitura de Macaé – DocSEI-48207011;
 - [xiii] Ofício AGENERSA/CONS-02 nº 22/2023 – DocSEI-48465473;
 - [xiv] Complementação das Razões Finais da CEG Rio – DocSEI-49064092;
 - [xv] Complementação das Razões Finais da Marlim Azul – DocSEI-49057828.

Rio de Janeiro, 30 de março de 2023.



Documento assinado eletronicamente por **Vladimir Paschoal Macedo, Conselheiro Relator**, em 05/04/2023, às 16:30, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 21º e 22º do [Decreto nº 46.730, de 9 de agosto de 2019](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=6, informando o código verificador **49643137** e o código CRC **0D9D0FDF**.

Referência: Processo nº SEI-220007/000256/2022

SEI nº 49643137

Av. Treze de Maio nº 23, 23ª andar- Edifício DARKE - Bairro Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP 20035902
Telefone: 2332-9720



AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO Nº 12/2023/CONS-02/AGENERSA/CODIR/AGENERSA

PROCESSO Nº SEI-220007/000256/2022

INTERESSADO: CONCESSIONÁRIA CEG RIO, MARLIM AZUL ENERGIA S.A

Processo nº: SEI-220007/000256/2022
Data de autuação: 31/01/2022
Regulada: CEG Rio
Assunto: O&M do Gasoduto Dedicado da UTE Marlim Azul - **Embargos**
Sessão Regulatória: 30/03/2023

VOTO

Trata-se de processo instaurado para **análise e definição provisória** da Operação e Manutenção - O&M - do Gasoduto GASMAZ, construído pela Marlim Azul. Nesta oportunidade, o feito retorna à Sessão Regulatória para análise dos **Embargos** opostos pela CEG Rio.

Seguindo a linha do tempo do feito, o Conselho Diretor desta Agência - apoiado nas diversas manifestações técnicas, jurídicas e das partes CEG Rio e Marlim Azul - aprovou, por unanimidade, na Sessão Regulatória Extraordinária de 04 de novembro de 2022, a **Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022**^[1].

Importante pontuar que, em cumprimento ao Artigo 6º da Deliberação supracitada, a CEG Rio realizou **visita técnica** nas dependências da termoeletrica, bem como manifestou seu **aceite expreso para operação do gasoduto**, alegando, resumidamente, “*ter interesse e condições de prestar o serviço*”.

Nesse passo, diante do caráter **inovador** do caso em apreço e após incansáveis tratativas desta Reguladora na mediação entre a Distribuidora Estadual, CEG Rio, e a termoeletrica, Marlim Azul, chegou-se à **Minuta Final do Contrato**^[2] para a prestação do serviço de O&M do gasoduto, a ser celebrado entre as partes.

Diante da publicação da Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022 no DOERJ, a Regulada opôs **Embargos** em face da Decisão. Assim, após atestar a tempestividade da peça e trazer nota inicial com breve relato dos autos, a CEG Rio embargou, em linhas gerais, os tópicos que seguem: **(i)** Incorporação do Gasoduto ao Patrimônio Estadual; **(ii)** Manutenção da Condição de Gasoduto Dedicado; **(iii)** Contrato de Seguro de Operação; e **(iv)** Postergação do Pagamento da Remuneração Tarifária.

De plano, faz-se necessário elucidar que diante da oposição dos Embargos, **o processo em tela seguiu sua tramitação em duas frentes**, *a uma*, para dar seguimento às tratativas relativas à Minuta do Contrato para a efetiva operação do gasoduto GASMAZ, dada sua urgência e, *a duas*, para **instrução dos Embargos opostos pela Regulada**, que passo a analisar.

De início, friso que **o presente Voto é parte integrante da Deliberação**, complementando, assim, seu entendimento e sua *ratio*, e sob o mesmo prisma analisarei as omissões aventadas pela CEG Rio ao longo de sua peça. Consigno, ainda, por ser ponto de convergência que permeia os argumentos da Concessionária nos quatro Artigos embargados, **o entendimento da Procuradoria desta Reguladora**, quando salienta que *“o que pretende a Embargante, na verdade, é provocar a resolução de certos aspectos que não são objeto de aprofundada análise neste momento”*, concluindo, portanto, que, na realidade, a Regulada busca, por vezes, mostrar irresignação com os termos da Deliberação ou a modificação do julgado.

Da tempestividade

Como se sabe, a Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022 foi publicada no DOERJ no dia 07/11/2022, segunda-feira. Assim, considerando o prazo^[3] de 5 (cinco) dias para oposição dos Embargos em apreço, seu termo final seria no dia 12/11/2022, um sábado, que - importante pontuar - veio seguido de ponto facultativo na segunda-feira, dia 14/11/2022, e feriado na terça-feira, dia 15/11/2022. Logo, é **tempestivo** o protocolo da peça pela CEG Rio no dia 16/11/2022, quarta-feira.

Das alegadas omissões na Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022

A CEG Rio, em seus Embargos, alega haver omissões nos Artigos 3º, 5º, 7º e 9º da Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022, requerendo que os respectivos comandos deliberativos tenham suas redações aprimoradas, a fim de que sejam **esclarecidos, aclarados ou complementados**. Desta forma, passo à análise pormenorizada de cada Artigo embargado.

(i) Artigo 3º^[4] | Incorporação do Gasoduto ao Patrimônio Estadual

Em síntese, no que tange à incorporação do gasoduto, a CEG Rio sustenta haver dois pontos que necessitariam de esclarecimento, quais sejam, a forma e o teor da manifestação a ser realizada pelo Poder Concedente e o momento da incorporação em apreço. Sob a ótica da Embargante, entendimento contrário se traduziria em atentado à segurança jurídica. Entende, ainda, que o gasoduto deveria ser incorporado imediatamente após a sua construção.

Já a Procuradoria desta Reguladora, após frisar a complexidade do assunto, sustenta que serão necessárias maiores análises, sob o risco de se aumentar os litígios e se desconsiderar pontos importantes da matéria. E finaliza salientando que, nesta etapa, os elementos essenciais da propriedade do gasoduto foram enfrentados no Voto condutor, de modo a viabilizar o início da operação.

Ainda que nesse momento a definição da forma e do momento para tal incorporação não seja fator imprescindível para o início da operação do gasoduto - este, sim, **ponto central do presente debate** - a sua incorporação ao patrimônio estadual deve, sim, ser analisada de forma eficiente e pormenorizada pelo Poder Concedente e pela AGENERSA, de modo a se chegar a um valor justo para a homologação da indenização a ser paga ao Agente Livre.

Nesse passo, entendo ser medida mais segura^[5] e necessária, pois resguarda o interesse público e as partes, determinar **a abertura de processo regulatório específico para análises e consolidação da incorporação**, por prevenção^[6], a fim de abarcar todos os aspectos relacionados ao

tema, como a manifestação do Poder Concedente acerca das especificidades do caso, inclusive quanto ao momento da incorporação - sem a qual não é possível o enfrentamento do tema por esta Reguladora, eis que não compete ao ente regulador a definição do modo e do prazo da incorporação e, sim, ao titular do serviço público.

Repita-se: a presente discussão necessita de tratamento pormenorizado, ou seja, o presente feito não é a forma mais adequada para discussão e definição da incorporação, este feito trata da **viabilização da operação e manutenção do gasoduto construído pelo Agente Livre** e, por se tratar de inovação regulatória, necessita de modulações que permitam - no campo prático - o seu funcionamento.

Importante pontuar, por fim, que os aspectos como a incorporação de gasoduto, que perpassam as **Condições Gerais do Mercado Livre e seu O&M** são de extrema importância e possuem, inclusive, processo específico em trâmite nesta Agência e são, também, de minha relatoria - Processo Regulatório nº SEI-220007/002146/2020 - que se encontra em estudo para definição de regras basilares de atuação para os Agentes Livres no Estado do Rio. Dessa forma, o *case* do gasoduto GASMAZ será importante peça na modulação de tais regras, por se traduzir em verdadeiro *sandbox* do tema.

Assim, considerando a preocupação das partes - que se mantém desde o início dos estudos do tema - em que, *de um lado*, tem-se a Distribuidora Estadual preocupada com a capacidade de escoamento ociosa do gasoduto e, *do outro lado*, tem-se o Agente Livre, preocupado com a capacidade de escoamento inicialmente projetada pelo grupo econômico para as suas termelétricas, entendo ser necessária manifestação de ambas as partes, no sentido de aclarar e pacificar o entendimento quanto à **efetiva capacidade total do gasoduto GASMAZ**, e a garantia de atendimento ao interesse público sem, contudo, trazer prejuízo aos empreendimentos inicialmente projetados pelo Agente Livre - uma vez comprovada a real perspectiva da concretização de tais empreendimentos.

Dessa forma, sugiro ao Conselho Diretor **conhecer** os Embargos opostos pela CEG Rio em face do Artigo 3º da Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022, **concedendo-lhes parcial provimento** e, em esclarecimento e complementação, acrescento Parágrafo Único com a seguinte redação:

“**Art. 3º.** (...)”

Parágrafo Único: Determinar a abertura, por prevenção, de Processo Regulatório para ‘Acompanhamento da Incorporação do Gasoduto GASMAZ ao Patrimônio Estadual’.

(i) Determinar que as partes - CEG Rio e Marlim Azul - apresentem o que segue, no prazo de 15 (quinze) dias:

a. À Marlim Azul, conforme diretrizes emanadas pelo Governo Federal, mediante o disposto nas “*Instruções para Solicitação de Cadastramento e Habilitação Técnica com vistas à Participação nos Leilões de Energia Elétrica para Empreendimentos Termelétricos*”^[7], elaboradas pela EPE - Empresa de Planejamento Energético, dentre as quais, o Agente Livre deverá apresentar:

1. Projeto da nova termelétrica com potência que comprove o consumo de gás equivalente à capacidade de escoamento disponível no gasoduto, contendo todas as exigências técnicas necessárias para sua operação e manutenção;

2. Licença Ambiental Prévia ou de Instalação do Projeto, com a respectiva autorização de viabilidade ambiental e autorização da implantação do empreendimento ou atividade;

3. Reserva Hídrica ou Outorga para captação de água para atendimento ao Projeto;
e

4. Comprovação do Direito de Uso do Terreno - CDRU - para a implantação do Projeto junto a atual termoelétrica, que se encontra em fase final de implantação.

b. À CEG Rio, para que apresente Estudo de Evolução do Mercado Potencial, a ser apresentado com informações acerca da expansão do mercado na região, constando, ainda, os pretensos novos usuários e estudos mercadológicos para análises da possibilidade de novos entrantes no gasoduto GASMAZ, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

1. Localização geográfica dos potenciais clientes, classificados por tipo de mercado;
2. Volume (firme/inflexível/interruptível/etc.) estimado de consumo;
3. Gasodutos adicionais de interligação da rede (diâmetro, material, extensão e pressão de operação); e
4. Estudos de Rentabilidade do Abastecimento”.

(ii) Artigo 5º^[8] | Manutenção da Condição de Gasoduto Dedicado

Nesse tópico, a CEG Rio, resumidamente, entende que o caráter precário e transitório da condição de gasoduto dedicado, trazida no Artigo 5º, não estaria suficientemente claro no comando deliberativo, estando o entendimento, ao seu sentir, em harmonia com a fundamentação do Voto, entretanto, não claro o suficiente. Ademais, ainda sob o argumento da omissão, busca incorporar entendimento acerca da aplicação - também precária e transitória - das bases estabelecidas pela Deliberação AGENERSA nº 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA n^{os} 4.068/2020 e 4.142/2020 para o gasoduto GASMAZ.

Após ressaltar que a Deliberação é fruto da fundamentação constante no Voto, a Procuradoria desta Agência demonstra preocupação em relação à manutenção da capacidade de fornecimento necessária para os empreendimentos inicialmente projetados, como consta no Voto Embargado. Ao final, salienta que o Artigo 5º é claro ao estabelecer que a condição de gasoduto dedicado se manterá somente até a realização dos estudos necessários, estando, portanto, *“de todo claro o caráter provisório das definições estabelecidas na Deliberação”*.

Sobre esse aspecto, entendo que não há o que se alongar, uma vez que **o caráter provisório do Voto embargado permeia expressamente não só o presente tópico, mas toda a Decisão**, que busca, desde a abertura deste processo, viabilizar a operação do gasoduto, primeiro construído por Agente Livre no Estado do Rio de Janeiro.

No que tange à aplicação das definições estabelecidas na Deliberação AGENERSA nº 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA n^{os} 4.068/2020 e 4.142/2020, **entendo não ser este nem o momento^[9] e nem a via adequada para o debate**, que, em linha com os aspectos técnicos aqui abordados, deverá seguir no processo regulatório que será aberto para tratar da incorporação do gasoduto GASMAZ.

Assim, sugiro ao Conselho Diretor **conhecer** os Embargos opostos pela CEG Rio em face do Artigo 5º da Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022, **concedendo-lhes parcial provimento** e, em esclarecimento, passa a constar nova redação:

“Art. 5º. Manter, em caráter precário e provisório, o gasoduto da UTE Marlim Azul na **condição de gasoduto dedicado**, nos termos do Artigo 3º da Deliberação AGENERSA nº 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 4.068/2020 e nº 4.142/2020,

até que a possibilidade de novos entrantes seja estudada e reste comprovado que a ramificação do gasoduto não irá prejudicar a capacidade de fornecimento necessária para os empreendimentos inicialmente projetados”.

(iii) Artigo 7º^[10] | Contrato de Seguro de Operação

Quanto ao Seguro, a CEG Rio, em suma, assinala que o Voto teria omitido entendimento técnico da Reguladora acerca da contratação de Seguro pela Marlim Azul, de que não seria a melhor alternativa para mitigar os riscos advindos da operação do gasoduto. Na oportunidade, reforça seu extenso *know-how* no mercado de distribuição de gás natural canalizado. Frisa, ainda, que a incorporação do gasoduto à concessão permitiria a sua inclusão nos seguros necessários para a operação. E, por fim, solicita que esta Reguladora se manifeste acerca dos riscos técnicos que a contratação de Seguro pela Marlim Azul implicaria.

Sobre o tema, a Procuradoria desta Autarquia ressalta que “*a prudência é elemento que deve marcar o processo decisório*” e que, neste ponto, os Embargos não objetivam sanar vícios, mas sim manifestar irresignação com a Decisão. Reforça, ainda, que a respectiva contratação do seguro é fator necessário para a viabilização do iminente funcionamento do gasoduto.

De início, importante pontuar, quanto ao questionamento da CEG Rio referente aos riscos relativos ao Seguro a ser contratado pela Marlim, em sede de razões finais, que **as tratativas entre as partes acerca do Seguro evoluíram sensivelmente desde a edição da Deliberação Embargada**, momento em que as partes, inclusive, já chegaram - em consenso - na redação final^[11] acordada para o tema, quando, então, cada agente, dentro de sua *expertise*, transacionou os termos contratuais relativos à contratação de Seguro e entendeu por avença que mantém a operação e o gasoduto, de fato, seguros.

Não cabe, portanto, a este Conselho, se aprofundar nos aspectos relativos à contratação do Seguro, já que se traduz em parcela e risco inerentes às atividades realizadas por ambas as partes e - repita-se - em ponto já exaustivamente debatido e acordado entre a CEG Rio e a Marlim Azul, em que **esta Reguladora atuou, e segue atuando, na modulação e no apoio para que as partes buscassem soluções conciliatórias que viabilizassem a operação do duto de forma célere, eficiente e, sobretudo, segura.**

Desse modo, sugiro ao Conselho Diretor **conhecer** os Embargos opostos pela CEG Rio em face do Artigo 7º da Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022, **concedendo-lhes parcial provimento** e, em esclarecimento, acrescento Parágrafo Único com a seguinte redação:

“**Art. 7º.** (...)”

Parágrafo Único: Determinar que a CEG Rio e a Marlim Azul encaminhem cópia, ao Poder Concedente e à AGENERSA, para ciência, de todas as documentações relativas aos Seguros do Gasoduto GASMAZ e da sua respectiva operação e manutenção em até 5 (cinco) dias antes do início da operação comercial do gasoduto pela CEG Rio. A documentação deverá ser encaminhada pelas partes à AGENERSA nos autos do Processo Regulatório a ser aberto na presente Deliberação, para Acompanhamento do Contrato de Prestação de Serviço”.

(iv) Artigo 9º^[12] | Postergação do Pagamento de Remuneração Tarifária

No que tange os aspectos tarifários, a CEG Rio, em síntese, registra que - ao seu sentir - a postergação do pagamento da tarifa seria uma impossibilidade prática, implicando, necessariamente, em violações tributárias^[13] - principais e acessórias - pela Concessionária e em desequilíbrio econômico-financeiro na concessão. E segue, sustentando que a solução que melhor atenderia ao interesse público e às partes, seria a incidência integral da tarifa nas bases do Contrato de Concessão, com a respectiva incorporação do gasoduto, para a qual se dispôs a oferecer garantia líquida à Marlim Azul, até que o Poder

Concedente e a AGENERSA homologuem o valor referente à construção do duto. Alternativamente, sustenta que a destinação a ser dada aos pagamentos postergados deveria ser esclarecida no dispositivo da Deliberação.

Por seu turno, quanto à questão tarifária, a Procuradoria desta Reguladora salienta que não existe solução “pronta e acabada” para o caso em apreço, ante suas especificidades, mas que, naturalmente, o objetivo sempre é mitigar os riscos inerentes à atividade empresarial das partes. E frisou que a Decisão embargada acertou quando, de forma fundamentada, postergou a definição tarifária, já que as tarifas hoje praticadas não se amoldam às premissas do caso concreto, até que todos os aspectos envolvidos estejam suficientemente claros. E, por fim, relembra que ambas as partes possuem capacidade financeira para viabilizar tal postergação sem prejuízos.

Já na esfera tributária, diante da tese da Concessionária entendendo que a postergação tarifária culminaria em violações tributárias de sua parte, busquei, por cautela, **orientações acerca da tributação em tela junto à Fazenda da Prefeitura de Macaé**, que, em linha com a nossa Procuradoria e com o proposto na Deliberação embargada, esclareceu que não haverá perda de receita fiscal, já que o valor integral do período será totalizado formalmente em documento único junto à Fazenda, que “*não faz qualquer restrição para o atendimento do pedido*” e que já deferiu, inclusive, “**regime especial**” para o caso. Sobre o tema, a Procuradoria desta Autarquia repisou seu entendimento, concluindo que o posicionamento da Fazenda de Macaé “*revigora a posição da Agência*” quanto ao aspecto tributário inserido na postergação da tarifa.

De início, para prosseguimento mais seguro^[14] e eficiente do aspecto tarifário e demais aspectos relevantes que perpassam o Contrato em tela, entendo que determinar **a abertura de processo regulatório específico para acompanhamento do “Contrato de Prestação de Serviço em Atendimento à Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022”**, por prevenção^[15], conforme minuta final^[16] constante nos autos, entregue conjuntamente pelos interessados, denominado, em suas palavras, como “**Contrato Acordado**”. Assim, os esclarecimentos necessários serão devidamente pormenorizados neste processo, já que demandarão maiores estudos, como no que tange à conclusão do Processo Regulatório nº SEI-220007/002145/2020, também de minha relatoria.

Ademais, como bem pontuado pela nossa Procuradoria, **não há, neste momento, tarifa em vigor que contemple as premissas deste caso concreto**, o que significa dizer: a incidência da tarifa está suspensa por 180 (cento e oitenta) dias, a contar do início da operação comercial do gasoduto, para que o ente regulador possa estudar e definir^[17] tarifa que abarque a realidade dos agentes, proposição que se encontra **claramente fundamentada** no Voto condutor da Deliberação embargada. Tanto é, que a Nova Lei do Gás^[18] é clara quando dispõe que as tarifas serão estabelecidas pelo regulador estadual, considerando as “*especificidades de cada instalação*”. Assim, até que sejam concluídos os trâmites para a incorporação do gasoduto ao patrimônio estadual - e a situação fática se altere - cabe à AGENERSA modular os desafios e conduzir o caso com eficiência e segurança, o que não aconteceria com a definição prematura de tarifa nesse momento.

Dessa forma, sugiro ao Conselho Diretor **conhecer** os Embargos opostos pela CEG Rio em face do Artigo 9º da Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022, **concedendo-lhes parcial provimento** e, em esclarecimento e complementação, acrescento Parágrafo Único com a seguinte redação:

“**Art. 9º.** (...)”

Parágrafo Único: Determinar a abertura, por prevenção, de Processo Regulatório para “Acompanhamento do Contrato de Prestação de Serviço em Atendimento à Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022”.

(i) Determinar que a CEG Rio e a Marlim Azul encaminhem cópia, ao Poder

Concedente e à AGENERSA, da versão assinada pelas partes do ‘Contrato de Prestação de Serviço em Atendimento à Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022’ em até 10 (dez) dias antes do início da operação comercial do gasoduto pela CEG Rio, para ciência e acompanhamento”.

Pelo exposto, em sintonia com os entendimentos constantes nos pareceres jurídicos e nas notas técnicas exaradas ao longo da presente instrução pelos órgãos desta Reguladora, sugiro ao Conselho Diretor:

1. Conhecer os Embargos opostos pela CEG Rio em face do **Artigo 3º** da Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022, **concedendo-lhes parcial provimento** e, em esclarecimento e complementação, acrescento Parágrafo Único com a seguinte redação:

“**Art. 3º.** (...)”

Parágrafo Único: Determinar a abertura, por prevenção, de Processo Regulatório para ‘Acompanhamento da Incorporação do Gasoduto GASMAZ ao Patrimônio Estadual’.

(i) Determinar que as partes - CEG Rio e Marlim Azul - apresentem o que segue, no prazo de 15 (quinze) dias:

a. À Marlim Azul, conforme diretrizes emanadas pelo Governo Federal, mediante o disposto nas “*Instruções para Solicitação de Cadastramento e Habilitação Técnica com vistas à Participação nos Leilões de Energia Elétrica para Empreendimentos Termelétricos*”, elaboradas pela EPE - Empresa de Planejamento Energético, dentre as quais, o Agente Livre deverá apresentar:

1. Projeto da nova termoeletrica com potência que comprove o consumo de gás equivalente à capacidade de escoamento disponível no gasoduto, contendo todas as exigências técnicas necessárias para sua operação e manutenção;

2. Licença Ambiental Prévia ou de Instalação do Projeto, com a respectiva autorização de viabilidade ambiental e autorização da implantação do empreendimento ou atividade;

3. Reserva Hídrica ou Outorga para captação de água para atendimento ao Projeto; e

4. Comprovação do Direito de Uso do Terreno - CDRU - para a implantação do Projeto junto a atual termoeletrica, que se encontra em fase final de implantação.

b. À CEG Rio, para que apresente Estudo de Evolução do Mercado Potencial, a ser apresentado com informações acerca da expansão do mercado na região, constando, ainda, os pretensos novos usuários e estudos mercadológicos para análises da possibilidade de novos entrantes no gasoduto GASMAZ, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

1. Localização geográfica dos potenciais clientes, classificados por tipo de mercado;

2. Volume (firme/inflexível/interruptível/etc.) estimado de consumo;

3. Gasodutos adicionais de interligação da rede (diâmetro, material, extensão e pressão de operação); e

4. Estudos de Rentabilidade do Abastecimento”.

2. Conhecer os Embargos opostos pela CEG Rio em face do **Artigo 5º** da Deliberação

AGENERSA nº 4.508/2022, **concedendo-lhes parcial provimento** e, em esclarecimento, passa a constar nova redação:

“**Art. 5º.** Manter, em caráter precário e provisório, o gasoduto da UTE Marlim Azul na **condição de gasoduto dedicado**, nos termos do Artigo 3º da Deliberação AGENERSA nº 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 4.068/2020 e nº 4.142/2020, até que a possibilidade de novos entrantes seja estudada e reste comprovado que a ramificação do gasoduto não irá prejudicar a capacidade de fornecimento necessária para os empreendimentos inicialmente projetados”.

3. Conhecer os Embargos opostos pela CEG Rio em face do **Artigo 7º** da Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022, **concedendo-lhes parcial provimento** e, em esclarecimento, acrescento Parágrafo Único com a seguinte redação:

“**Art. 7º.** (...)”

Parágrafo Único: Determinar que a CEG Rio e a Marlim Azul encaminhem cópia, ao Poder Concedente e à AGENERSA, para ciência, de todas as documentações relativas aos Seguros do Gasoduto GASMAZ e da sua respectiva operação e manutenção em até 5 (cinco) dias antes do início da operação comercial do gasoduto pela CEG Rio. A documentação deverá ser encaminhada pelas partes à AGENERSA nos autos do Processo Regulatório a ser aberto na presente Deliberação, para Acompanhamento do Contrato de Prestação de Serviço”.

4. Conhecer os Embargos opostos pela CEG Rio em face do **Artigo 9º** da Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022, **concedendo-lhes parcial provimento** e, em esclarecimento e complementação, acrescento Parágrafo Único com a seguinte redação:

“**Art. 9º.** (...)”

Parágrafo Único: Determinar a abertura, por prevenção, de Processo Regulatório para “Acompanhamento do Contrato de Prestação de Serviço em Atendimento à Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022”.

(i) Determinar que a CEG Rio e a Marlim Azul encaminhem cópia, ao Poder Concedente e à AGENERSA, da versão assinada pelas partes do ‘Contrato de Prestação de Serviço em Atendimento à Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022’ em até 10 (dez) dias antes do início da operação comercial do gasoduto pela CEG Rio, para ciência e acompanhamento”.

É como voto.

Vladimir Paschoal Macedo
Conselheiro-Relator

[1] Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022, aprovada pelo Conselho Diretor, por unanimidade, na Sessão Regulatória Extraordinária de 04 de novembro de 2022 e publicada no DOERJ no dia 07 de novembro de 2022.

[2] Minuta Final Acordada do Contrato de Prestação de Serviço em Atendimento à Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022 – DocSEI-45542570.

[3] Artigo 78 do Regimento Interna da AGENERSA.

[4] “**Art. 3º.** Pacificar o entendimento de que o **gasoduto deverá “ser incorporado ao patrimônio estadual”**, conforme

preconiza o Artigo 29 da Lei Federal 14.134/2021, mediante justa e prévia indenização”.

[5] LINDB, em seu “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

[6] Observa-se o Instituto da Prevenção no Processo Regulatório a ser aberto, tendo em vista minha relatoria nos processos instaurados para regulamentação dos comandos da Deliberação AGENERSA nº 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA nºs 4.068/2020 e 4.142/2020, neste caso, o Processo Regulatório nº SEI-220007/002146/2020, Condições Gerais de Fornecimento e de Operação e Manutenção de Gasoduto Dedicados, que trata da regra geral do tema analisado para o caso concreto em apreço. Entendimento em sintonia, e balizado, com o CPC e com ilustres juristas, todos citados abaixo:

“Art. 930 do CPC. Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal, observando-se a alternatividade, o sorteio eletrônico e a publicidade.

Parágrafo único. O primeiro recurso protocolado no tribunal tornará prevento o relator para eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo”.

“É, outrossim, de ordem pública o princípio que recomenda o julgamento comum das ações conexas, para impedir decisões contraditórias e evitar perda de tempo da Justiça e das partes com exame das mesmas questões em processos diferentes. Não pode, por isso, o juiz deixar de acolher o pedido de reunião de ações, nos termos do art. 58. Negada a fusão dos processos conexos, haverá nulidade da sentença que julgar separadamente apenas uma das ações, se verificar, de fato, o risco de julgamentos conflitantes”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, Forense, 2018, p. 271).

“Prevenção é a concentração, em um órgão jurisdicional, da competência que abstratamente já pertencia a dois ou vários, inclusive a ele. Podendo a causa, ou causas, ir ter a qualquer desses juízes potencialmente competentes, por algum modo ficam os demais excluídos e resta competente só aquele a quem a atividade tiver sido concretamente atribuída. O latim *proe-venire* significa chegar antes: o juiz que chegou primeiro, recebendo a causa ou o recurso, considera-se prevento”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, 4ª Edição, Malheiros, 2004, p. 442/443).

[7] Disponível no site da EPE, em: <https://www.epe.gov.br/pt/leiloes-de-energia/leiloes/instrucoes-para-cadastramento> >> “Empreendimentos de Geração Térmica”.

[8] “Art. 5º. Manter, o gasoduto da UTE Marlim Azul na **condição de gasoduto dedicado**, nos termos do Artigo 3º da Deliberação AGENERSA nº 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 4.068/2020 e nº 4.142/2020, até que a possibilidade de novos entrantes seja estudada e reste comprovado que a ramificação do gasoduto não irá prejudicar a capacidade de fornecimento necessária para os empreendimentos inicialmente projetados”.

[9] LINDB, em seu “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

[10] “Art. 7º. Determinar que, relativamente ao **Contrato de Seguro de Operação**, que a UTE Marlim Azul apresente os termos contratuais relativos ao seguro da operação e manutenção do gasoduto GASMAZ tão logo sua celebração tenha sido finalizada, até a data limite de 10/12/2022”.

[11] “18. SEGURO

18.1 A CONTRATANTE deverá apresentar à AGENERSA o Seguro de riscos operacionais contemplando a operação e manutenção do gasoduto GASMAZ por terceiros, incluindo danos ao gasoduto, instalações auxiliares, **até 15 (quinze) dias antes do início da operação da UTE MARLIM AZUL**, contemplada condição que não dê direito de regresso da seguradora contra a CONTRATADA ou inclusão da Naturgy como cossegurada.

18.2 A contratação do seguro obrigatório do gasoduto e respectivos equipamentos para cobertura de danos decorrentes de eventos de Força Maior nos termos do Decreto nº 61.867, de 07/12/1967 é de responsabilidade da CONTRATANTE.

18.3 A contratação de seguro para cobertura de responsabilidade civil geral - RCG danos causados a terceiros será contratada por cada PARTE individualmente, para responder pelos próprios atos praticados”.

[12] “Art. 9º. Entender pela incidência tarifária de acordo com o Contrato de Concessão da CEG Rio e com a Deliberação AGENERSA nº 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 4.068/2020 e nº 4.142/2020, determinando a **postergação do pagamento da remuneração tarifária para 180 (cento e oitenta) dias após o início da operação** do gasoduto dedicado GASMAZ. Considerando: que aspectos referentes à transferência de propriedade do gasoduto da Marlim Azul ainda carecem de definições; que tal definição tem impacto direto no cálculo tarifário; que não se concluíram os estudos para a definição da Tarifa no Processo Regulatório nº SEI-220007/002145/2020; a garantia à Concessionária ao direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, conforme Contrato de Concessão; a urgência para o início das operações do gasoduto dedicado; que a definição de uma Tarifa provisória, sem a devida análise de seus impactos na concessão, poderia gerar prejuízo às partes, se traduzindo em sinalização inadequada aos agentes do mercado”.

[13] Entendimento da CEG Rio corroborado pelos Pareceres Jurídicos da lavra da Dra. Bianca Xavier, juntados aos autos do presente feito pela Regulada.

[14] LINDB, em seu “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão”.

[15] Observa-se o Instituto da Prevenção no Processo Regulatório a ser aberto, tendo em vista minha relatoria nos processos instaurados para regulamentação dos comandos da Deliberação AGENERSA nº 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA nºs 4.068/2020 e 4.142/2020, neste caso, o Processo Regulatório nº SEI-220007/002145/2020, Metodologia de Cálculo da TUSD e TUSD-E, que trata da regra geral do tema analisado para o caso concreto em apreço. Entendimento em sintonia, e balizado, com o CPC e com ilustres juristas, todos citados abaixo:

“Art. 930 do CPC. Far-se-á a distribuição de acordo com o regimento interno do tribunal, observando-se a alternatividade, o sorteio eletrônico e a publicidade.

Parágrafo único. O primeiro recurso protocolado no tribunal tornará prevento o relator para eventual recurso subsequente interposto no mesmo processo ou em processo conexo”.

“É, outrossim, de ordem pública o princípio que recomenda o julgamento comum das ações conexas, para impedir decisões contraditórias e evitar perda de tempo da Justiça e das partes com exame das mesmas questões em processos diferentes. Não pode, por isso, o juiz deixar de acolher o pedido de reunião de ações, nos termos do art. 58. Negada a fusão dos processos conexos, haverá nulidade da sentença que julgar separadamente apenas uma das ações, se verificar, de fato, o risco de julgamentos conflitantes”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto, Curso de Direito Processual Civil, Forense, 2018, p. 271).

“Prevenção é a concentração, em um órgão jurisdicional, da competência que abstratamente já pertencia a dois ou vários, inclusive a ele. Podendo a causa, ou causas, ir ter a qualquer desses juízes potencialmente competentes, por algum modo ficam os demais excluídos e resta competente só aquele a quem a atividade tiver sido concretamente atribuída. O latim *proe-venire* significa chegar antes: o juiz que chegou primeiro, recebendo a causa ou o recurso, considera-se prevento”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, 4ª Edição, Malheiros, 2004, p. 442/443).

[16] Minuta Final Acordada entre as partes do ‘Contrato de Prestação de Serviço em Atendimento à Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022’ – DocSEI-45542570.

[17] Com base no Contrato de Concessão da CEG Rio, na Deliberação AGENERSA nº 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA nºs 4.068/2020 e 4.142/2020 e na Nova Lei do Gás.

[18] Nova Lei do Gás | Lei nº 14.134/2021: “Art. 29. O consumidor livre, o autoprodutor ou o autoimportador cujas necessidades de movimentação de gás natural não possam ser atendidas pela distribuidora de gás canalizado estadual poderão construir e implantar, diretamente, instalações e dutos para o seu uso específico, mediante celebração de contrato que atribua à distribuidora de gás canalizado estadual a sua operação e manutenção, e as instalações e dutos deverão ser incorporados ao patrimônio estadual mediante declaração de utilidade pública e justa e prévia indenização, por ocasião da sua total utilização.

§ 1º As tarifas de operação e manutenção das instalações serão estabelecidas pelo órgão regulador estadual em observância aos princípios da razoabilidade, da transparência e da publicidade e às especificidades de cada instalação”.



Documento assinado eletronicamente por **Vladimir Paschoal Macedo, Conselheiro Relator**, em 05/04/2023, às 16:48, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 21º e 22º do [Decreto nº 46.730, de 9 de agosto de 2019](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=6, informando o código verificador **49643172** e o código CRC **E6EC2A55**.



Governo do Estado do Rio de Janeiro

Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

Conselho Diretor da AGENERSA

DELIBERAÇÃO AGENERSA N°. ___, DE 30 DE MARÇO DE 2023

CEG Rio - O&M do Gasoduto Dedicado da UTE Marlim Azul - Embargos.

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, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório n°. SEI-220007/000256/2022, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º. Conhecer os Embargos opostos pela CEG Rio em face do **Artigo 3º** da Deliberação AGENERSA n° 4.508/2022, **concedendo-lhes parcial provimento** e, em esclarecimento e complementação, acrescento Parágrafo Único com a seguinte redação:

“**Art. 3º.** (...)”

Parágrafo Único: Determinar a abertura, por prevenção, de Processo Regulatório para ‘Acompanhamento da Incorporação do Gasoduto GASMAZ ao Patrimônio Estadual’.

(i) Determinar que as partes - CEG Rio e Marlim Azul - apresentem o que segue, no prazo de 15 (quinze) dias:

a. À Marlim Azul, conforme diretrizes emanadas pelo Governo Federal, mediante o disposto nas “*Instruções para Solicitação de Cadastramento e Habilitação Técnica com vistas à Participação nos Leilões de Energia Elétrica para Empreendimentos Termelétricos*”, elaboradas pela EPE - Empresa de Planejamento Energético, dentre as quais, o Agente Livre deverá apresentar:

1. Projeto da nova termoelétrica com potência que comprove o consumo de gás equivalente à capacidade de escoamento disponível no gasoduto, contendo todas as exigências técnicas necessárias para sua operação e manutenção;

2. Licença Ambiental Prévia ou de Instalação do Projeto, com a respectiva autorização de viabilidade ambiental e autorização da implantação do empreendimento ou atividade;

3. Reserva Hídrica ou Outorga para captação de água para atendimento ao Projeto; e
 4. Comprovação do Direito de Uso do Terreno - CDRU - para a implantação do Projeto junto a atual termoelétrica, que se encontra em fase final de implantação.
- b. À CEG Rio, para que apresente Estudo de Evolução do Mercado Potencial, a ser apresentado com informações acerca da expansão do mercado na região, constando, ainda, os pretensos novos usuários e estudos mercadológicos para análises da possibilidade de novos entrantes no gasoduto GASMAZ, contendo, no mínimo, as seguintes informações:
1. Localização geográfica dos potenciais clientes, classificados por tipo de mercado;
 2. Volume (firme/inflexível/interruptível/etc.) estimado de consumo;
 3. Gasodutos adicionais de interligação da rede (diâmetro, material, extensão e pressão de operação); e
 4. Estudos de Rentabilidade do Abastecimento”.

Art. 2º. Conhecer os Embargos opostos pela CEG Rio em face do **Artigo 5º** da Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022, **concedendo-lhes parcial provimento** e, em esclarecimento, passa a constar nova redação:

“**Art. 5º.** Manter, em caráter precário e provisório, o gasoduto da UTE Marlim Azul na **condição de gasoduto dedicado**, nos termos do Artigo 3º da Deliberação AGENERSA nº 3.862/2019, integrada pelas Deliberações AGENERSA nº 4.068/2020 e nº 4.142/2020, até que a possibilidade de novos entrantes seja estudada e reste comprovado que a ramificação do gasoduto não irá prejudicar a capacidade de fornecimento necessária para os empreendimentos inicialmente projetados”.

Art. 3º. Conhecer os Embargos opostos pela CEG Rio em face do **Artigo 7º** da Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022, **concedendo-lhes parcial provimento** e, em esclarecimento, acrescento Parágrafo Único com a seguinte redação:

“**Art. 7º.** (...)”

Parágrafo Único: Determinar que a CEG Rio e a Marlim Azul encaminhem cópia, ao Poder Concedente e à AGENERSA, para ciência, de todas as documentações relativas aos Seguros do Gasoduto GASMAZ e da sua respectiva operação e manutenção em até 5 (cinco) dias antes do início da operação comercial do gasoduto pela CEG Rio. A documentação deverá ser encaminhada pelas partes à AGENERSA nos autos do Processo Regulatório a ser aberto na presente Deliberação, para Acompanhamento do Contrato de Prestação de Serviço”.

Art. 4º. Conhecer os Embargos opostos pela CEG Rio em face do **Artigo 9º** da Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022, **concedendo-lhes parcial provimento** e, em esclarecimento e complementação, acrescento Parágrafo Único com a seguinte redação:

“**Art. 9º.** (...)”

Parágrafo Único: Determinar a abertura, por prevenção, de Processo Regulatório para “Acompanhamento do Contrato de Prestação de Serviço em Atendimento à Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022”.

(i) Determinar que a CEG Rio e a Marlim Azul encaminhem cópia, ao Poder Concedente e à AGENERSA, da versão assinada pelas partes do ‘Contrato de Prestação de Serviço em Atendimento à Deliberação AGENERSA nº 4.508/2022’ em até 10 (dez) dias antes do início da operação comercial do gasoduto pela CEG Rio, para ciência e acompanhamento”.

Art. 5º. Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rafael Carvalho de Menezes
Conselheiro-Presidente

Vladimir Paschoal Macedo
Conselheiro-Relator

Rafael Augusto Penna Franca
Conselheiro

José Antônio de Melo Portela Filho
Conselheiro

Rio de Janeiro, 30 de março de 2023.



Documento assinado eletronicamente por **Vladimir Paschoal Macedo, Conselheiro Relator**, em 03/04/2023, às 11:33, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 21º e 22º do [Decreto nº 46.730, de 9 de agosto de 2019](#).



Documento assinado eletronicamente por **José Antônio de Melo Portela Filho, Conselheiro**, em 04/04/2023, às 14:55, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 21º e 22º do [Decreto nº 46.730, de 9 de agosto de 2019](#).



Documento assinado eletronicamente por **Rafael Carvalho de Menezes, Conselheiro**, em 04/04/2023, às 16:49, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 21º e 22º do [Decreto nº 46.730, de 9 de agosto de 2019](#).



Documento assinado eletronicamente por **Rafael Augusto Penna Franca, Conselheiro**, em 10/04/2023, às 15:49, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento nos art. 21º e 22º do [Decreto nº 46.730, de 9 de agosto de 2019](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.rj.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=6, informando o código verificador **49642828** e o código CRC **7C614C8E**.

Referência: Processo nº SEI-220007/000256/2022

SEI nº 49642828

Av. Treze de Maio nº 23, 23ª andar- Edifício DARKE - Bairro Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP 20035902
Telefone: 2332-9720

