

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1023

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1023

DE 29 DE MARÇO DE 2012.

CONCESSIONÁRIA PROLAGOS - VERIFICAÇÃO DOS REAJUSTES
PRATICADOS PELA CONCESSIONÁRIA PROLAGOS.

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. E-
12/020.251/2009, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária
PROLAGOS em face da Deliberação AGENERSA nº. 871, de
31/10/2011, para no mérito, dar-lhe parcial provimento,
retificando os termos do artigo 1º, que passará a ter a seguinte
redação:

"Art. 1º - Baixar o processo em diligência para que a CAPET, em
conjunto com a PROLAGOS, apure os ganhos financeiros, se
ocorridos, referentes aos reajustes de tarifas homologados entre
05/08/2004 e 2007, em decorrência de sua eventual aplicação
antes da data base prevista contratualmente "

Art. 2º - Ficam mantidos os demais artigos da Deliberação

AGENERSA n°. 871, de 31/10/2011.

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigora partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 29 de março de 2012.

José Bismarck Vianna de Souza

Conselheiro -Presidente

Darcilia Aparecida da Silva Leite

Conselheira - Relatora

Moacyr Almeida Fonseca

Conselheiro

Roosevelt Brasil Fonseca

Conselheiro

Mário Flávio Moreira

Vogal

Processo nº E-12/020.251/2009
Data de Autuação 05/08/2009
Concessionária PROLAGOS
Assunto Verificação dos reajustes praticados pela
Concessionária PROLAGOS.
Sessão Regulatória 29/02/2012

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.251/2009

Data 05/08/2009 Fls.: 174

Rúbrica: Relatório

Trata-se de Recurso interposto pela Concessionária PROLAGOS¹
em face da Deliberação AGENERSA nº. 871, de 31/10/2011².

Inicialmente, aponta a tempestividade do recurso apresentado³,
apresenta um “Resumo dos Fatos” e requer a concessão de efeito suspensivo ao
mesmo⁴.

A seguir, alega a “(...) efetiva perda de objeto do feito por conta do
julgamento do Processo relativo à 2ª Revisão Quinquenal”⁵, argumentando que, *U*

¹ Cópia encaminhada mediante fac-símile às fls. 131/141 e original às fls. 142/153, ao qual é acostada procuração (cópia às fls. 153 e 155, e original às fls. 157, encaminhada a esta Agência mediante a carta de fls. 156).

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 871 DE 31 DE OUTUBRO DE 2011.

CONCESSIONÁRIA PROLAGOS – VERIFICAÇÃO DOS REAJUSTES
PRATICADOS PELA CONCESSIONÁRIA PROLAGOS.

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 E-12/020.251/2009, por unanimidade,

DELIBERA:

Art.1º - Baixar o processo em diligência para que a CAPET, em conjunto com a PROLAGOS, apure os ganhos financeiros, se ocorridos, anteriormente a 2007, em decorrência de reajustes de tarifa praticados antes da data base prevista contratualmente.

Art.2º - Fixar o prazo de 90 (noventa) dias para a apresentação pela CAPET de laudo conclusivo sobre a matéria, podendo tal prazo ser eventualmente prorrogado, até igual período, por motivação do Conselheiro-Relator, desde que formalmente fundamentado e submetido previamente em Reunião Interna.

Art.3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2011.

José Bismarck Vianna de Souza - Conselheiro-Presidente; Darcília Aparecida da Silva Leite - Conselheira; Moacyr Almeida Fonseca - Conselheiro-Relator; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro; Sérgio Burrowes Raposo - Conselheiro; Mário Flávio Moreira - Vogal.

³ “Considerando-se que a publicação da deliberação ora embargada ocorreu em 16.11.2011, o prazo final para a interposição do presente recurso, com fulcro no dispositivo legal acima reproduzido, é o dia 26.11.2011. Sendo o dia 26 um sábado, o aludido termo final fica transferido para o dia 28.11.2011 (segunda-feira).”

⁴ Alegando que “(...) não há apuração a fazer, razão pela qual o trabalho eventualmente incumbido à CAPET seria absolutamente inútil, caso esse recurso venha a ser provido, gerando custos não apenas à Administração Pública, (...), mas à própria concessionária, visto que esta também deverá tomar parte na citada apuração. Por outro lado, a concessão de efeito suspensivo não trará prejuízo algum para qualquer das partes envolvidas, pois, caso seja desprovido o presente recurso (o que só se admite para argumentar), apenas se postergará, por algumas semanas, a apuração determinada pela decisão atacada.”

⁵ A respeito assevera que: “(...) a revisão quinquenal é o momento propício para realizar uma avaliação integral do contrato de concessão, (...), de forma que seja restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro do pacto para os anos vindouros”, que “A intangibilidade da equação econômico-financeira se constitui em princípio inquestionável, que encontra sua regra-matriz na própria Constituição da República (art. 37, XXI e art. 175, além do próprio art. 5º, XXXVI).

naquela ocasião, “Todos os encargos e direitos foram considerados e inseridos na equação econômico-financeira do pacto, inclusive os eventuais erros na prática dos reajustes anuais de tarifa, a que se refere a decisão ora recorrida”⁶; que “(...) os eventuais equívocos em datas de aplicação dos reajustes anuais da tarifa foram todos considerados e ajustados no fluxo de caixa aprovado pela revisão, pelo que foram consolidadas, validadas, chanceladas as receitas auferidas pela concessão frente aos custos incorridos, mantendo-se o equilíbrio contratual.”; que “Não há, portanto, assim como já opinou a CAPET e a Procuradoria, nada a apurar, sob esse título.”⁷; entende que “Pretender retroagir uma apuração que, na verdade, já foi integralmente suprida pelo julgamento da Revisão Quinquenal, significaria alterar o próprio equilíbrio econômico-financeiro da concessão e, em última análise, malferir o princípio da segurança jurídica (...).” e que “(...) consoante o pronunciamento tanto da CAPET, quanto da Procuradoria, o presente feito, efetivamente, perdeu seu objeto, devendo ser arquivado”.

Prossegue, agora alegando “prescrição”; afirma que “Ainda que se entenda, (...), que há algo a se apurar, (...), não seria possível determinar a apuração de reajustes aplicados antes de 2007(...)”⁸, pois se verifica “(...) que os atos administrativos que homologaram os reajustes tarifários foram proferidos e se tornaram definitivos há mais de cinco anos”; defende que “(...) exauriu-se o direito

u

Isso tudo a despeito de todas as normas infraconstitucionais que albergam o aludido princípio, sem o qual não seria possível que o regime de concessões alcançasse seus objetivos”; que “(...) a par das eventuais revisões contratuais, que têm o condão de restaurar a equação econômico-financeira do contrato diante de determinado fato imprevisível que a atinja, a legislação estadual (L. 2.869/97), (...), determinou, em seu art. 9º, que uma revisão seria, ordinariamente, levada a efeito a cada cinco anos.”; transcreve definição de Marçal Justen Filho sobre a equação econômico-financeira: “Em termos simples, a equação econômico-financeira consiste na relação, estabelecida por ocasião da formulação e da aceitação da proposta, entre encargos e vantagens assumidas pelas partes. Sob o prisma jurídico, estabelece-se uma correlação sinalagmática entre os deveres e os direitos, entendidas ambas as expressões com amplitude. Daí se segue que **todas as vantagens e todos os encargos estão abrangidos na equação econômico-financeira de uma concessão.** Ou ainda, na acepção de WALINE, ‘o equilíbrio econômico-financeiro ou equação financeira do contrato, é uma relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, um conjunto de direitos do contratante e um conjunto de encargos deste, que pareceram equivalentes, donde o nome de equação; **desde então esta equivalência não mais pode ser alterada**’ (...)”, para asseverar que “(...) uma vez restabelecida a equação econômico-financeira do contrato de concessão, em sua integralidade, não mais é possível alterá-la, visto que no processo revisional correspondente foram considerados e ajustados todos os encargos e direitos do contratante.” (grifos no original).

⁶ Assevera que “O próprio voto condutor que culminou com a Deliberação nº. 638/2010 apontou essa circunstância, verbis: ‘A Revisão Quinquenal é o momento próprio para se dar azo às pretensões dos entes políticos, da concessionária e da sociedade civil, visto que se cuida de processo por meio do qual se pode realizar uma **avaliação integral** do Contrato de Concessão, **alterando, se preciso for, sempre dentro dos parâmetros legais, as metas, investimentos, estrutura tarifária, prazos etc**’ (fls. 1374 do Proc. E-12/020.051.09) (...) E, no caso concreto, há um capítulo específico, por meio do qual, toda a estrutura tarifária foi destrinchada e alterada, corrigindo os desequilíbrios ocorridos nos últimos cinco anos, e preparando a concessão para os anos vindouros.” (grifos como no original).

⁷ Entende que “(...) o presente feito só não foi encerrado no próprio bojo da Revisão Quinquenal, como outros processos o foram, simplesmente porque não se encontrava completamente instruído, vale dizer: dele não constavam os necessários pareceres da CAPET e da Procuradoria. Essa a única razão pela qual este processo foi desapensado para que se finalizasse sua instrução, com a inserção dos aludidos pareceres, e fosse arquivado pelo Conselho Diretor, que é o órgão competente para tanto (...)”. Aduz que “(...) os pareceres foram proferidos, justamente, no sentido da perda do objeto.” e transcreve trechos dos pareceres da CAPET, às fls. 105, e da Procuradoria, às fls. 106.

⁸ “Com efeito, todos os reajustes anuais aplicados desde o início da concessão (1998) até 2006, foram devidamente homologados por essa Agência Reguladora e aplicados pela concessionária sem qualquer tipo de questionamento.”

dessa Agência Reguladora de rever os próprios atos, consoante estipula o art. 54 da L. 9.784/99 (...)⁹; que "(...) mesmo que (...) houvesse ganho financeiro decorrente da prática de reajustes antes da data base prevista contratualmente (...), não é mais possível, nesse momento, rever tais atos à vista do transcurso do prazo decadencial de cinco anos (...).".

Em novo tópico, que intitula "(...) Vedação de retroatividade de novo critério interpretativo. Proibição de comportamento contraditório. Segurança Jurídica. A Agência Reguladora sempre aprovou e homologou a aplicação dos reajustes anuais nos mesmos moldes desde 1998", assevera que "(...) a concessionária, desde a celebração do contrato de concessão, (...) vem utilizando, com base nas cláusulas contratuais, como critério de aplicação do reajuste anual, o regime de data-base."¹⁰; aponta que "(...) essa mudança interpretativa¹¹ não pode abarcar os atos anteriores, legitimamente praticados pela concessionária, com fulcro no critério exegético há muito chancelado pelo próprio órgão regulador e jamais questionado."¹²; entende que "A par disso, há de prevalecer aqui o dever de agir com boa-fé no âmbito das relações contratuais em geral (...); aponta que "(...) o princípio da boa-fé possui determinadas funções essenciais, que lhe atribuem efeito prático"; que "Uma dessas funções (...) atina com a limitação de direitos subjetivos e, nesse ponto, se interrelaciona com a teoria do abuso do direito"; que "Nesse sentido, a boa-fé funciona como parâmetro de valoração de comportamento dos contratantes com a finalidade de afastar aquelas condutas consideradas arbitrárias e irregulares."; sustenta que "(...) é justamente nesse contexto que se faz referência ao princípio do venire contra factum próprio, ou

⁹ "Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé".

¹⁰ Afirma que "(...) em estabelecendo o contrato que a data-base para o reajuste anual é o mês de dezembro, a concessionária, a cada ano, no referido mês, passava a expedir as respectivas faturas, (exceção para os anos onde o reajuste de tarifa/aprovação se deu após dezembro tais como 1999, 2000, 2001, 2006) sobre elas incidindo o percentual de majoração correspondente.", esclarece ser "Este o critério objetivo praticado pela concessionária, escorada em norma contratual expressa, e que contou sempre com a homologação da Agência Reguladora do setor – primeiramente a ASEP-RJ e, a partir de 2005, a AGENERSA."; que "Durante mais de dez anos, a Agência Reguladora vem chancelando o critério de reajuste fundado na data-base do contrato, escorada nos pronunciamentos da CAPET, sem qualquer centelha de discussão a respeito de sua correção.".

¹¹ Argumenta que "Eis que agora, quando do julgamento do Processo nº E-12/020.419/2007, percebeu-se que o critério não se afigurava o mais adequado, porquanto fazia incidir a nova estrutura tarifária sobre o consumo medido ainda sob a égide da estrutura anterior, quando a ratio da regra contratual seria permitir que o usuário, cliente do reajuste, pudesse adaptar o seu consumo, se assim desejasse, à nova tarifa que passará a vigorar".

¹² A esse respeito, alega ainda que "A questão, relativa aos efeitos prospectivos de alteração na interpretação de norma jurídica, já foi enfrentada pelos tribunais, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, quando do exame da aplicabilidade do art. 54 da Lei 9.784/99, que limitou a cinco anos o prazo para que a Administração possa rever seus próprios atos"; que "Entendeu o STJ que o novo entendimento, consagrado na lei, deveria ser aplicado apenas a partir da entrada em vigor da lei, não podendo retroagir para alcançar os atos praticados pela Administração anteriormente e que esta pretendesse rever." e que "(...) se a atividade legislativa formal se tem por circunscrita pela cláusula de vedação à irretroatividade da lei, com maior razão a mesma cláusula há de incidir em relação à consagração de um novo critério para estabelecimento de reajuste contratual decorrente de norma regulatória".

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/020.251/
Data 05/08/2009 Fls.: 176
Rubrica: +

seja, a ninguém é dado vir contra o próprio ato.”¹³; alega que “Se essa Agência sempre homologou o reajuste de tarifa da concessionária aplicado mediante critério da data-base, pode até alterar tal comportamento daqui pra frente, mas não pode punir a empresa ou rever tais atos, afirmando que esta praticou um ato irregular no cumprimento do contrato.”¹⁴; realça que “A decisão ora recorrida (...) fere de morte o princípio da segurança jurídica, constitucionalmente assegurado, visto que retira, completamente, a confiança e as legítimas expectativas depositadas nos atos da Administração, in casu, a Agência Reguladora, ao analisar e homologar, sempre no mesmo sentido, durante mais de dez anos, os reajustes tarifários contratualmente previstos.”¹⁵.

Conclui, afirmando que “(...) urge que esse E. Conselho Diretor, inicialmente, **atribua efeito suspensivo ao presente recurso**”¹⁶ e, no mérito, lhe dê provimento para reformar integralmente as determinações contidas na Deliberação nº. 871, de 31.10.11, decretando a perda do objeto do presente processo.”

Às fls. 158 consta cópia da Resolução do Conselho-Diretor nº. 266, de 08/12/2011, na qual se verifica a distribuição do presente recurso à minha Relatoria¹⁷.

Instada a se manifestar¹⁸, a Procuradoria da AGENERSA apresenta Parecer¹⁹, no qual aponta a tempestividade da peça recursal apresentada; recomenda “(...) o deferimento do pedido preliminar de concessão de efeito suspensivo, uma vez que não haverá prejuízo à concessão e, pelo contrário, tal

¹³ Traz à colação entendimento de Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosendal: “a vedação do comportamento contraditório obsta que alguém possa contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido, em outra pessoa, uma determinada expectativa. É, pois, a proibição da inesperada mudança de comportamento (vedação da incoerência), contradizendo uma conduta anterior adotada pela mesma pessoa, frustrando as expectativas de terceiros.”

¹⁴ Afirma que esta Autarquia durante cerca de dez anos aprovou a interpretação da concessionária e que “(...) não pode agora contrariar tal comportamento para impor a outra parte uma penalidade e, pior, determinar-lhe a devolução de valores percebidos consoante uma legítima expectativa”. Entende que “Tal decisão feriria de morte o princípio da boa fé objetiva, especialmente na sua função restritiva (...)”

¹⁵ Traz à baila o entendimento de Gustavo Binbenjimin: “A segurança jurídica representa, como se sabe, uma das idéias mais caras ao Estado de direito. Isto porque, para que as pessoas possam viver em paz e liberdade, é fundamental assegurar alguma estabilidade às relações jurídicas de que participam, o que impõe a articulação de mecanismos jurídicos que confirmam previsibilidade à aplicação do direito e limitem o arbítrio do Estado, visando à proteção da confiança e das legítimas expectativas nutridas pelos cidadãos e agentes econômicos e sociais em relação às leis e atos da Administração Pública (...) Neste sentido, pode-se afirmar que a proteção da segurança jurídica é um requisito necessário para que um ordenamento jurídico possa qualificar-se como justo...”; ademais, sobre o tema, cita e transcreve trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar F. Mendes, do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Medida Cautelar nº. 2900-3/RS.

¹⁶ Grifos no original.

¹⁷ Mediante o despacho da SECEX, às fls. 159, o feito é encaminhado ao meu Gabinete em 12/12/2011.

¹⁸ Tendo em vista o despacho de fls. 159v.

¹⁹ Fls. 160/161, com o “de acordo” do Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento.

Serviço Público Estadual
Processo n.º E-12/020.251/2009
Data 05/08/2009 Fls.: 177
Rúbrica: f

medida trará resultado útil ao processo, pois se evitará diligências e custos antes mesmo do julgamento final do presente processo” e solicita “(...) prévia manifestação da CAPET, em atenção ao seu entendimento sobre o objeto do presente processo face ao que foi decidido, e as razões recursais”.

Mediante a decisão de fls. 162, esta Relatoria defere o efeito suspensivo pleiteado pela PROLAGOS, o que é comunicado à Concessionária mediante correspondência eletrônica²⁰ de fls. 163.

Na data de 27/12/2011, o feito é remetido à CAPET²¹, que apresenta despacho²² reiterando “(...) a informação prestada de que o tema foi tratado nos autos do processo E-12/020.419/2007 que, por sua vez, é decorrência da deliberação AGENERSA 189/2007, homologação do reajuste tarifário da concessionária para vigorar a partir de 06/12/2007” e “(...) o entendimento de que a apuração dos valores ocorrida à época (restituição de R\$ 279.659,29 aos usuários identificados, saldo de R\$ 3.713,29 de usuários não identificados, R\$ 38.801,19 de ganho financeiro, os dois últimos com sugestão de consideração no âmbito da revisão quinquenal, o que foi contemplado) exaure a atuação desta CAPET quanto ao presente” e mantém “(...) o entendimento expresso no despacho de 25/04/11, às folhas 105 do presente”.

A seguir, o presente processo é encaminhado à Procuradoria²³, que oferece Parecer²⁴ no qual afirma que “De fato, os argumentos da PROLAGOS, no que concerne à prescrição, merecem prosperar visto que a Administração Pública dispõe de 5 (cinco) anos para anular os atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis para os administrados”; ilumina o disposto no artigo 53 da Lei Estadual nº. 5.427/2009²⁵; aponta que “Os reajustes de tarifas praticados pela concessionária até 2006 foram todos homologados por esta agência reguladora ou por sua antecessora, sendo esta homologação um ato administrativo”; cita a sugestão da CAPET de arquivamento do feito; entende que “(...) a prescrição macula o

²⁰ E-mail AGENERSA/ASSESS/DL nº. 107, de 26/12/2011, recebido pela concessionária na mesma data conforme aviso de leitura e recebimento às fls. 164/166.

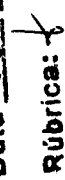
²¹ Despacho de fls. 166, *in fine*.

²² De 29/12/2011 – fls. 167.

²³ Mediante o despacho de fls. 167v.

²⁴ Parecer nº. 03/2012 – IAPS – Procuradoria/AGENERSA – fls. 168/169.

²⁵ “Art. 53: A Administração Pública tem o prazo de cinco anos, a contar da data da publicação da decisão final proferida no processo administrativo, para anular os atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis para os administrados, ressalvado o caso de comprovada má-fé”.

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/020.251/2009
Data 05/08/2009 Fls.: 178
Rúbrica: 

mérito do administrativo (...); que "(...) houve a perda do objeto dos autos" e opina "(...) no sentido de que o recurso deva ser conhecido e provido, com o conseqüente arquivamento do presente processo".

Em 31/01/2012²⁶, o Procurador Geral, Dr. Luiz Marcelo M. Nascimento, aprova o parecer apresentado, "(...) considerando que, em se tratando de homologação de reajustes tarifários, a prescrição deve ser calculada a partir do ato administrativo de homologação, quando o ente regulador chancela o reajuste tarifário aplicado, havendo, no presente caso, incidência do princípio da segurança jurídica"²⁷ e observa que "(...) a CAPET (fls. 105) ressalta que o ganho financeiro da concessionária foi inserido na última revisão quinquenal (Deliberação nº. 545/2010), tendo sido comprovadas as devoluções determinadas pela decisão colegiada, restando, apenas, clientes que não puderam ser identificados ou não ligados ao sistema, aos quais foi conferido o mesmo tratamento aplicado aos ganhos financeiros".

Mediante correspondência eletrônica²⁸, a assessoria deste Gabinete encaminha à Prolagos cópia digitalizada do presente feito, comunica a conclusão de sua instrução e assina o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de razões finais.

É o Relatório.



Darcilia Leite

Conselheira-Relatora

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.251/2009

Data 05/08/2009

Rúbrica:

²⁶ Fls. 170.

²⁷ Grifos como no original.

²⁸ E-mail AGENERSA/ASSESS/DL nº. 010, de 06/02/2012 – fls. 171/172, com o respectivo aviso de leitura às fls. 172.

Processo nº: E-12/020.251/2009
Data de autuação: 05/08/2009
Concessionária: PROLAGOS
Assunto: Verificação dos reajustes praticados pela
Concessionária PROLAGOS.
Sessão Regulatória: 29/02/2012

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.251/2009Data 05/08/2009 Fls.: 180VotoRúbrica: 

Trata-se de apreciar o Recurso interposto tempestivamente¹ pela Concessionária PROLAGOS em face da Deliberação AGENERSA nº 871, de 31/10/2011², através da qual este Conselho-Diretor determinou a baixa do processo em diligência, para que a CAPET, em conjunto com a PROLAGOS, apure os ganhos financeiros anteriores ao ano de 2007, decorrentes da prática dos reajustes, pela Concessionária, em período anterior à data-base prevista no Contrato de Concessão.

A Concessionária requereu a concessão de efeito suspensivo ao Recurso, o que foi indeferido por esta Relatoria, "*Com base nos fundamentos expostos pela Procuradoria da AGENERSA (...)³*".

No mérito, defende, inicialmente, a perda do objeto por entender que "(...) a revisão quinquenal é o momento propício para realizar uma avaliação integral do contrato de concessão, alterando, se preciso for, as metas, investimentos, estrutura tarifária, prazos e etc., de forma que seja restabelecido o equilíbrio econômico-financeiro do pacto para os anos vindouros"; que "(...) os eventuais equívocos em datas de aplicação dos reajustes anuais foram todos considerados e ajustados no fluxo de caixa aprovado pela revisão, pelo que foram consolidadas, 

¹ Protocolizado nesta AGENERSA em 28/11/2011, observou o prazo de 10 (dez) dias estabelecido no art. 77 do respectivo Regimento Interno: conforme consta às fls. 127, a Deliberação AGEBERSA nº. 871/2011 foi publicada na Imprensa Oficial em 16/11/2011, de maneira que o prazo para protocolização do Recurso ora apreciado encerrou em 26/22/2001, sábado, estendendo-se para o primeiro dia útil subsequente, qual seja 28/11/2011.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 871 DE 31 DE OUTUBRO DE 2011. CONCESSIONÁRIA PROLAGOS – VERIFICAÇÃO DOS REAJUSTES PRATICADOS PELA CONCESSIONÁRIA PROLAGOS. 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 do Processo Regulatório E-12/020.251/209, DELIBERA:

Art. 1º - Baixar o processo em diligência para que a CAPET, em conjunto com a PROLAGOS, apure os ganhos financeiros, se ocorridos, anteriormente a 2007, em decorrência de reajustes de tarifa praticados antes da data base prevista contratualmente.

Art. 2º - Fixar o prazo de 90 (noventa) dias para a apresentação pela CAPET de laudo conclusivo sobre a matéria, podendo tal prazo ser eventualmente prorrogado, até igual período, por motivação do Conselheiro-Relator, desde que formalmente fundamentado e submetido previamente em Reunião Interna.

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2011.

José Bismark Vianna de Souza - Conselheiro-Presidente; Darcilia Aparecida da Silva Leite - Conselheira; Moacyr Almeida Fonseca - ConselheirRelator; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro; Sérgio Burrowes Raposo - Conselheiro; Mário Flávio Moreira - Vogal.

³ Decisão às fls. 162.

validadas, canceladas as receitas auferidas pela concessão frente aos custos incorridos, mantendo-se o reequilíbrio contratual" e que "Não há, portanto, assim como já opinou a CAPET e a Procuradoria, nada a apurar, sob esse título".

Ocorre que o objetivo deste feito, que é a verificação da correta aplicação do reajuste tarifário contratualmente garantido à Concessionária e que, segundo o pactuado, deve ser suficiente para manter o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, não foi abordado naquela Revisão Quinquenal.

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.251/2009

Data: 05/08/2009 Fls.: 181

Rúbrica: f

Da análise detida dos autos, verifica-se que o mesmo, após ser apensado ao processo regulatório nº. E-12/020.051/2007 - que tratou da 2ª Revisão Quinquenal da PROLAGOS -, de lá foi desapensado, justamente porque a sua instrução não se encontrava concluída, o que impedia a sua análise naqueles autos, conforme expressamente indicado no Voto condutor da deliberação ora atacada:

"Considerando a decisão do Conselho-Diretor em reunião interna, o presente processo foi encaminhado para apensamento aos autos da 2ª Revisão Quinquenal (E-12/020.051/2009), porém, o mesmo não foi nele tratado, em razão de não ter sido completamente instruído".

Ora, se o processo não se encontrava maduro para julgamento, por óbvio, seu objeto não foi apreciado naqueles autos, conforme acima indicado, não sendo, igualmente, os valores aqui discutidos - que frise-se, sequer foram identificados -, lá considerados para efeitos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Demais disso, denoto equívoco praticado pela CAPET, quando defende que "(...) o objeto do presente feito foi tratado nos autos do processo E-12/020.419/2007, por ser consequência da decisão exarada da deliberação AGENERSA 189/2007, que homologou o reajuste tarifário da concessionária Prolagos para vigorar a partir de 06/12/2007", justamente porque os presentes autos não foram instaurados para a apuração referente àquele ano, mas sim, para a apuração de eventuais equívocos praticados pela PROLAGOS na atualização das tarifas referentes aos anos anteriores a 2007, conforme bem salientado u

no Voto de Vista apresentado naqueles autos, pelo Conselheiro Sérgio Burrowes Raposo que, por entender conveniente, transcrevo abaixo:

*"Em seu voto percebeu a ilustre colega que a Prolagos, na verdade, fez incidir o reajuste anual da tarifa de forma antecipada, aplicando-a antes da data base prevista contratualmente. Acredito que a Concessionária assim fez em função de haver mal interpretado as determinações do Contrato de Concessão sobre o assunto. Verifico ainda que **a prática da Concessionária não é nova, tendo havido no passado diversos reajustes feitos sob a mesma ótica** e corroborados por esta Agência, sem houvesse sido percebido o erro". (grifo nosso)*

Essa constatação bastaria para afastar a tese de perda de objeto defendida pela CAPET e ratificada pela PROLAGOS.

De fato, os equívocos praticados no ano de 2007 foram tratados no bojo do processo nº. E-12/020.419/2007, no qual foram considerados (i) a restituição dos valores aos usuários identificados; (ii) o saldo referente aos usuários não identificados; e (iii) os ganhos financeiros obtidos pela Concessionária, decorrentes da prática da nova estrutura tarifária em data anterior àquela prevista contratualmente.

Frise-se, tudo referente a 2007, não havendo, sobre tal ano, qualquer consideração a fazer.

Assim, afastada a tese de perda de objeto, passo à análise do próximo tópico apresentado no Recurso de fls. 142/152.

Prosseguindo em suas alegações, a PROLAGOS aponta a ocorrência de "prescrição"⁴, fundamentada no artigo 54, da Lei 9.784/1999⁵, que assim preleciona:

"Art. 54 – O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os

⁴ A Concessionária indica a ocorrência de prescrição, contudo, o dispositivo legal invocado pela mesma refere-se ao instituto da decadência.

⁵ Que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.251/2009

Data: 05/08/2009 Fls.: 193

Rúbrica: *

O referido dispositivo foi recepcionado pela Lei 5.427/2009, que estabelece as normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, assim dispondo em seu artigo 53:

“Art. 53 – A Administração tem o prazo de cinco anos, a contar da data da publicação da decisão final proferida no processo administrativo, para anular os atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis para os administrados, ressalvado o caso de comprovada má-fé”.

Portanto, de fato, assiste parcial razão à Concessionária.

Isso porque, uma vez identificados os equívocos praticados, as suas correções devem ser realizadas dentro da correta prática processual, disposta na citada Lei 9.784/1999.

Assim, considerando-se que o presente processo foi autuado em 05/08/2009, só pode esta Agência Reguladora buscar o cumprimento dos comandos efetivados na Deliberação AGENERSA/CD nº. 871/2011 até o ano de 2004, em estrita observância ao prazo prescricional disposto nos comandos legais acima citados.

O último ponto ventilado no Recurso ora analisado é a alegação de violação ao Princípio da Segurança Jurídica, sob o argumento de que *“Durante mais de dez anos, a Agência Reguladora vem chancelando o critério de reajuste fundado na data-base do contrato, escorada nos pronunciamentos da CAPET, sem qualquer centelha de discussão a respeito de sua correção”*; e que *“(…) essa alteração interpretativa não pode abarcar os atos anteriores, legitimamente praticados pela concessionária, com fulcro em critério exegético há muito chancelado pelo próprio órgão regulador e jamais questionado”*.

Inicialmente, cumpre esclarecer que não se trata de *“(…) um novo critério para estabelecimento de reajuste contratual decorrente de norma regulatória”*⁶. O critério é

⁶ Fls. 150, segundo parágrafo.

exatamente o mesmo, uma vez que a competência da AGENERSA é infracontratual e está adstrita às normas ali previstas.

O que ocorreu durante o período, é bem verdade, foi uma interpretação equivocada da Concessionária, não identificada pela AGENERSA até o ano de 2007.

Porém, verificado tal equívoco, é imperativo buscar a sua correção, que é não só necessária, mas também obrigatória, sob pena de este Ente Regulador atuar em dissonância com o princípio da legalidade, pilar principal da atividade administrativa.

E isso não pode ser entendido como violação ao princípio do *venire contra factum proprio*⁷, como defendido pela PROLAGOS, porque, como acima citado, não se trata de um comportamento contraditório desta Agência, mas sim zelo pelo fiel cumprimento do contrato de concessão, inclusive com a proteção dos direitos dos usuários, que possivelmente pagaram por uma tarifa em dissonância às regras estipuladas no referido instrumento concessivo.

Igualmente não se pode falar em frustração das legítimas expectativas da Concessionária, que deveria ser a primeira a buscar as correções acima citadas de modo a garantir o regular equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Fato é que o erro foi identificado e deve ser corrigido. O bem jurídico aqui tutelado prepondera sobre os interesses da concessionária, que foi equivocadamente beneficiada com a percepção de valores decorrentes da cobrança da nova estrutura tarifária em data anterior àquela prevista no instrumento concessivo.

Ignorar tal fato implicaria, diretamente, em possível enriquecimento ilícito da PROLAGOS, situação que não se pode admitir.

Ressalte-se que, em momento algum, foi suscitada a má-fé da Concessionária em razão da prática equivocada, tanto o é que a devolução dos valores, no ano de 2007, se deu de forma simples, procedimento que deve ser observado também nos presentes autos.

⁷ Proibição de comportamento contraditório.

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.251/2009

05/08/2009

Rúbrica: 184

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária *PROLAGOS* CEG em face da Deliberação AGENERSA nº. 871, de 31/10/2011, para no mérito, dar-lhe parcial provimento, retificando os termos do artigo 1º, que passará a ter a seguinte redação:

"Art. 1º - Baixar o processo em diligência para que a CAPET, em conjunto com a PROLAGOS, apure os ganhos financeiros, se ocorridos, referentes aos anos de 2004, 2005 e 2006, em decorrência de reajustes de tarifa praticados antes da data base prevista contratualmente".

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.251/2009

Data: 05/08/2009 Fls.: 185

Rúbrica: 

- Ficam mantidos os demais artigos da Deliberação AGENERSA nº. 871, de 31/10/2011.

É o Voto.

**Darcilia Leite**

Conselheira-Relatora

à SECEX,

Encaminha o pp., de ordem superior,
nos termos de art 69, 72º de Regimento Interno.

Com, 23/03/12.


Wladya Mattos
Assessora
Mat. 286.5 - AGENERSA

João Carlos Azevedo da Conceição
Assessor - Mat. n.º 201-4
AGENERSA / SECEX

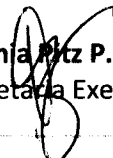
15:55:53 SECEX 23/03/2012 16:16 00000063

DESPACHO DE 27/03/2012

PROCESSO nº E-12/020.251/2009.

AO GABINETE DA CONSELHEIRA DARCILIA APARECIDA DA SILVA LEITE

- 1. Não houve pedido de vistas por interessados;*
- 2. Retorno o presente processo.*


Cíntia Ritz P. Pinheiro
Secretaria Executiva

Processo nº: E-12/020.251/2009
Data de autuação: 05/08/2009
Concessionária: PROLAGOS
Assunto: Verificação dos reajustes praticados pela
Concessionária PROLAGOS.
Sessão Regulatória: 29/03/2012

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.251/2009Data 05/08/2009 Fls.: 187Rúbrica: Voto

Trata-se de Recurso interposto tempestivamente¹ pela Concessionária PROLAGOS em face da Deliberação AGENERSA nº 871, de 31/10/2011².

O processo foi submetido à apreciação deste Conselho-Diretor na Sessão Regulatória ocorrida em 29/02/2012, ocasião em que, após a apresentação do Voto desta Relatoria, durante a fase de discussão e diante das questões e sugestões lá apontadas, solicitei revisão do mesmo para reapresentação do feito nesta Sessão.

Assim, o presente Voto - ao qual incorporo e no qual reitero toda a argumentação e posicionamento expostos naquela oportunidade - presta-se a aprofundar e esclarecer especificamente o alcance do comando então sugerido, tendo em vista a observância ao prazo prescricional.

Ao abordar o tema naquele Voto e com base no disposto no artigo 54, da Lei 9.784/1999 - recepcionado pela Lei 5.427/2009, em seu artigo 53 - considere que:

"Portanto, de fato, assiste parcial razão à Concessionária. Isso porque, uma vez identificados os equívocos praticados, as suas correções devem ser realizadas dentro da correta prática processual, disposta na citada Lei 9.784/1999. 

¹ Protocolizado nesta AGENERSA em 28/11/2011, observou o prazo de 10 (dez) dias estabelecido no art. 77 do respectivo Regimento Interno: conforme consta às fls. 127, a Deliberação AGENERSA nº. 871/2011 foi publicada na Imprensa Oficial em 16/11/2011, de maneira que o prazo para protocolização do Recurso ora apreciado encerrou em 26/22/2001, sábado, estendendo-se para o primeiro dia útil subsequente, qual seja 28/11/2011.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 871 DE 31 DE OUTUBRO DE 2011. CONCESSIONÁRIA PROLAGOS – VERIFICAÇÃO DOS REAJUSTES PRATICADOS PELA CONCESSIONÁRIA PROLAGOS. 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 do Processo Regulatório E-12/020.251/209, DELIBERA:

Art. 1º - Baixar o processo em diligência para que a CAPET, em conjunto com a PROLAGOS, apure os ganhos financeiros, se ocorridos, anteriormente a 2007, em decorrência de reajustes de tarifa praticados antes da data base prevista contratualmente.

Art. 2º - Fixar o prazo de 90 (noventa) dias para a apresentação pela CAPET de laudo conclusivo sobre a matéria, podendo tal prazo ser eventualmente prorrogado, até igual período, por motivação do Conselheiro-Relator, desde que formalmente fundamentado e submetido previamente em Reunião Interna.

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.
Rio de Janeiro, 31 de outubro de 2011.

sé Bismark Vianna de Souza - Conselheiro-Presidente; Darcilia Aparecida da Silva Leite - Conselheira; Moacyr Almeida Fonseca - ConselheirRelator; Roosevelt Brasil Fonseca - Conselheiro; Sérgio Burrowes Raposo - Conselheiro; Mário Flávio Moreira - Vogal.

Assim, considerando-se que o presente processo foi autuado em 05/08/2009, só pode esta Agência Reguladora buscar o cumprimento dos comandos efetivados na Deliberação AGENERSA/CD nº. 871/2011 até o ano de 2004, em estrita observância ao prazo prescricional disposto nos comandos legais acima citados."

Por oportuno, cabe apontar que o alcance de tal prescrição se limita aqueles reajustes homologados pelo Conselho-Diretor no período compreendido entre 05/08/2004 e 2007, conforme observa a Procuradoria Geral desta AGENERSA: "(...) considerando que, em se tratando de homologação de reajustes tarifários, a prescrição deve ser calculada a partir do ato administrativo de homologação, quando o ente regulador chancela o reajuste tarifário aplicado, havendo, no presente caso, incidência do princípio da segurança jurídica".

Vale dizer, não se trata aqui da data - equivocada ou não - da prática do reajuste, mas sim da data em que o Conselho-Diretor o homologou.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária PROLAGOS em face da Deliberação AGENERSA nº. 871, de 31/10/2011, para no mérito, dar-lhe parcial provimento, retificando os termos do artigo 1º, que passará a ter a seguinte redação:

"Art. 1º - Baixar o processo em diligência para que a CAPET, em conjunto com a PROLAGOS, apure os ganhos financeiros, se ocorridos, referentes aos reajustes de tarifas homologados entre 05/08/2004 e 2007, em decorrência de sua eventual aplicação antes da data base prevista contratualmente".

- Ficam mantidos os demais artigos da Deliberação AGENERSA nº. 871, de 31/10/2011.

É o Voto.



Darcília Leite

Conselheira-Relatora

Serviço Público Estadual

Processo nº: E-12/020.251/2009

Data: 05/08/2009

Folha: 188

Rúbrica:

AGENERSA

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

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 1023



DE 29 DE MARÇO DE 2012.

**CONCESSIONÁRIA PROLAGOS – VERIFICAÇÃO
DOS REAJUSTES PRATICADOS PELA
CONCESSIONÁRIA PROLAGOS.**

**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. E-12/020.251/2009, por
unanimidade,

DELIBERA:

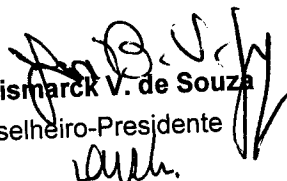
Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária PROLAGOS em face da Deliberação
AGENERSA nº. 871, de 31/10/2011, para no mérito, dar-lhe parcial provimento, retificando os termos
do artigo 1º, que passará a ter a seguinte redação:

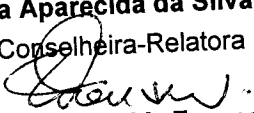
*"Art. 1º - Baixar o processo em diligência para que a CAPET, em
conjunto com a PROLAGOS, apure os ganhos financeiros, se
ocorridos, referentes aos reajustes de tarifas homologados entre
05/08/2004 e 2007, em decorrência de sua eventual aplicação
antes da data base prevista contratualmente".*

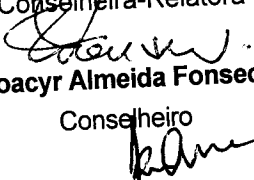
Art. 2º - Ficam mantidos os demais artigos da Deliberação AGENERSA nº. 871, de 31/10/2011.

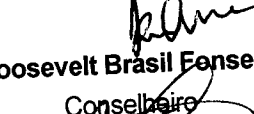
Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

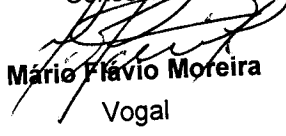
Rio de Janeiro, 29 de março de 2012.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente


Darcilia Aparecida da Silva Leite
Conselheira-Relatora


Moacyr Almeida Fonseca
Conselheiro


Roosevelt Brasil Fonseca
Conselheiro


Mário Flávio Moreira
Vogal

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.251/2009

Data 05/08/2009 Fls.: 189

Rúbrica: +