

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

Processo nº.: E-12/003/100189/2018  
Data de Autuação: 29/10/2018  
Concessionárias: Prolagos  
Assunto: Reajuste Tarifário da Concessão a partir de 01 de dezembro de 2018.  
Sessão Regulatória: 26 de Fevereiro de 2019

## RELATÓRIO

Trata-se de analisar Recurso<sup>1</sup> interposto pela Concessionária Prolagos em face da Deliberação AGENERSA 3.632/2018<sup>2</sup>, publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 12/12/18.

Em sua peça recursal, a Concessionária, representada por seus advogados, de início, sustenta, a tempestividade da peça recursal, *verbis*:

### **"I - DA TEMPESTIVIDADE**

*Inicialmente, cumpre ressaltar que a Deliberação AGENERSA nº 3.632/18 foi publicada no DOERJ em 12/12/2018, sendo este o marco inicial para o cômputo do prazo de 10 (dez) dias corridos para o manejo deste Recurso, na forma do art. 79 do Regimento Interno dessa AGENERSA.*

*Isto posto, é inequívoca a tempestividade da presente peça, porque interposta dentro do prazo regimental."*

Em seguida, no tópico que intitula como "**II - DO BREVE HISTÓRICO**", a Concessionária, em suma, faz um resumo das manifestações proferidas no âmbito do presente processo e, no final, expõe: "*Diante da notória não conformidade da supramencionada Deliberação com os estritos termos do instrumento concessivo, impõe-se à Concessionária o manejo do presente recurso, objetivando alcançar a reforma parcial do julgado, para majorar a parcela de reajuste que foi indevidamente suprimida, de modo que seja alcançado o percentual de 8,6230% nos termos do Contrato de Concessão. Em outras palavras, o reajuste no*

<sup>1</sup> Fls. 40 a 77.

<sup>2</sup> DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3632 DE 29 DE NOVEMBRO DE 2018

CONCESSIONÁRIA PROLAGOS - REAJUSTE TARIFÁRIO DA CONCESSÃO A PARTIR DE 01 DE DEZEMBRO

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-12/003/100189/2018, por unanimidade, **DELIBERA**,

**Art. 1º** - Deferir parcialmente o pleito de reajuste tarifário solicitado através da carta Prolagos PRO-2018-002561-CTE, autorizando o reajuste tarifário pelo acumulado do IPCA de setembro a setembro, no valor de 4,526%, para vigorar a partir de 01/12/2018;

**Art. 2º** - Determinar que a Prolagos publique a nova estrutura tarifária nos moldes acima informados, no prazo de 15 (quinze) dias, encaminhando, imediatamente, cópia da publicação a AGENERSA;

**Art. 3º** - Determinar que a CAPET proceda a conferência da nova estrutura tarifária agora aprovada, no prazo de 10 (dez) dias;

**Art. 4º** - Determinar que eventuais diferenças sejam avaliadas a partir do mês de maio/2018 ou no bojo da 4ª Revisão Quinquenal da Prolagos.

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

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

percentual de 4,526% deferido pela Deliberação AGENERSA nº 3.632 e que vem sendo aplicado, constitui parte incontroversa da decisão, restando que se discuta, neste momento processual, a glosa incidente sobre o direito da Concessionária, correspondente a 4,097%. É esta diferença, portanto, que constitui exclusivamente o objeto recursal e que, assim, se devolve à reavaliação dessa Agência Reguladora."

Após, no item "III - **PRELIMINARMENTE** - DO RECEBIMENTO DO PRESENTE RECURSO APENAS E TÃO SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO", a Concessionária traz as seguintes alegações, na íntegra:

*"Em atenção à literalidade do art. 79, § 2º do Regimento Interno da AGENERSA, requer seja o presente Recurso recebido e processado por essa Autarquia exclusivamente no efeito devolutivo.*

*Como já esclarecido, o cerne deste recurso corresponde à diferença obtida entre o percentual de reajuste devido, de 8,6230%, e aquele já homologado por essa Agência, de 4,526%, de modo que se pleiteia o reconhecimento da necessidade da complementação do dito reajuste com a adição de 4,097%, na data base de 29/11/18, conforme determina a Cláusula Décima Terceira do Contrato de Concessão.*

*Em sendo assim, ante a natureza do direito em discussão e tendo em vista ser parte incontroversa o reajuste parcial já homologado de 4,526%, malgrado insuficiente para a real recomposição do valor de face da moeda expressada nas tarifas em vigor, a ora recorrente deixa deliberadamente de requerer a concessão de efeito suspensivo, já que tais efeitos aprofundariam o prejuízo já sentido.*

*Nesse diapasão, pede-se vênias para expressar que a suspensão dos efeitos da deliberação recorrida, sem provocação da recorrente e sem que se tutele qualquer bem jurídico maior, constituiria julgamento extra petita, verdadeira reformatio in pejus, ainda que temporária, e, em última análise, equivaleria à punição da Concessionária pelo exercício de seu direito ao recurso, o que a ordem jurídica pátria não admite."*

Já no mérito, a Concessionária traz, de início, o tópico "IV - **DO MÉRITO** - DO DESVIRTUAMENTO DO ATO HOMOLOGATÓRIO DE REAJUSTE TARIFÁRIO", no qual aduz:

*"Conforme se demonstrará de maneira mais detalhada, no tópico a seguir, compete a essa AGENERSA, na forma do inc. I do art. 4º da Lei Estadual nº 4.556/05, 'zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições'.*

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

*Nessa seara, impende sublinhar que o valor, os critérios e procedimentos de reajuste das tarifas dos serviços públicos concedidos consubstanciam cláusula essencial do Contrato de Concessão na forma do art. 23 da Lei nº 8.987/1995, motivo pelo qual o seu cumprimento é de ordem cogente ao Poder Concedente, estando fora do espectro de disposição dessa Agência Reguladora.*

*A referida norma legal prevê, ainda, como verdadeiro encargo do Poder Concedente, cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão, dentre as quais se destaca a homologação dos reajustes, conforme o teor dos incs. V e VI do art. 29:*

**DOS ENCARGOS DO PODER CONCEDENTE**

**Art. 29. Incumbe ao poder concedente:**

(...)

**V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;**

**VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;**

*Não por outra razão, o Parágrafo Terceiro da Cláusula Décima Terceira do Contrato de Concessão dispõe, de forma bastante taxativa, que os reajustes tarifários serão praticados, anualmente, com lastro em mero ato homologatório, a cargo da AGENERSA, como sucessora da ASEP-RJ. Em textual:*

**CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA - DO REAJUSTE DA TARIFA DE CONCESSÃO**

**PARÁGRAFO TERCEIRO**

**O reajustamento do valor de tarifa da concessão será homologado pela ASEP-RJ.**

*Como é cediço, a homologação é ato administrativo unilateral, de natureza vinculada, por meio do qual a autoridade pública apenas analisa e chancela a legalidade de determinado ato jurídico. No presente caso, a AGENERSA verifica a correção dos cálculos elaborados pela Concessionária para a incidência do reajuste tarifário no serviço de distribuição e abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto. Colha-se, a esse respeito, a lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:*

**'Homologação é o ato unilateral e vinculado pelo qual a Administração Pública reconhece a legalidade de um ato jurídico. Ela se realiza sempre a posteriori e examina apenas o aspecto de legalidade, no que se distingue da aprovação.**

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

Nesta mesma esteira, veja-se o entendimento de EGON BOCKMANN MOREIRA, que repisa o caráter vinculado do reajuste tarifário:

*'Desde que expressamente previstos todos os itens de sua composição e modo de incidência, a homologação do reajuste é ato vinculado da Administração: não lhe resta qualquer discricionariedade para deferir (ou não) a manutenção do valor da tarifa. Como destaca Carlos Ari Sundfeld, a competência relativa ao reajuste da tarifa 'é de simples homologação, a qual, além de vinculada (afastando-se, destarte, qualquer apreciação subjetiva), não é condição para o reajuste, envolvendo simples reconhecimento de direito existente'. Mesmo porque o indeferimento do reajuste equivale a ato de diminuição real do valor pactuado - o que exigiria as correspondentes medidas de reequilíbrio'*

Como bem se vê, a homologação difere essencialmente do ato de aprovação porque, diversamente deste, **o ato de homologação não comporta o exame de conveniência e oportunidade por parte do agente público**, análise típica de atos discricionários.

Deste modo, uma vez preenchidos os requisitos estabelecidos contratual e legalmente, sendo eles, *in casu*, (i) a fluência do prazo de 01 (um) ano, na forma do Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima Terceira do Contrato de Concessão, e (ii) a elaboração e submissão dos respectivos cálculos, baseados no índice de reajuste previsto contratualmente, na forma dos Parágrafos Segundo e Sétimo da Cláusula Décima Terceira do Contrato de Concessão, **aperfeçoa-se o direito da PROLAGOS** de aplicar o reajuste de tarifas, impondo-se à AGENERSA a homologação do novo patamar tarifário.

Tanto procede a obrigação dessa r. Agência Reguladora de homologar o reajuste tarifário, na forma estipulada no contrato de concessão, que o i. Conselheiro Relator (...), como já citado, destacou em seu voto a correção dos cálculos levados a conhecimento dessa AGENERSA pela Concessionária, para afirmar o direito da Concessionária ao reajuste.

Como se vê, a deliberação e o voto que alterou unilateralmente o índice aplicável, avaliando e sopesando questões manifestamente subjetivas e estranhas à lei e ao respectivo Contrato de Concessão, e que definiu apenas em parte o reajuste tarifário o qual a Prolagos faz jus, deturpou o ato homologatório vinculado em ato discricionário, desvirtuando a natureza da conduta que deveria ser adotada pela Agência.

Não é demais destacar, por oportuno, que o **Enunciado nº 14 da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, ao tratar do tema, deixe indene de dúvida a natureza vinculada

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

do ato de reajustamento em contratos administrativos, mormente ao concebê-lo como direito do contratado. Transcreva-se:

**Enunciado nº14 da PGE: Reajuste de preços nos contratos**

**4.1. O reajustamento de preços - seja no sentido genérico ou no restrito, denominado no âmbito federal de repactuação - tem por objetivo recompor o valor da proposta do contratado, em razão do impacto da inflação nos preços dos custos que a integra.**

(...)

**4.2. Tendo sido fixado o termo inicial da contagem do reajuste, conforme previsão no edital e no contrato, 12 (doze) meses depois, o contratado tem direito à sua concessão, passando, a partir de então, a ser fixada a data do seu aniversário.**

Afirmada a natureza vinculada do ato de homologação de reajuste tarifário, o que significa a inexistência de espaço valorativo, subjetivo, para a tomada de decisão por parte da autoridade regulatória, é conveniente que se compreenda a sua razão de ser.

Com efeito, o reajuste tarifário corresponde a mero cumprimento do Contrato de Concessão, e não à sua alteração. Como mecanismo de preservação da economia do Contrato no tempo, com o expurgo dos efeitos da inflação sobre o valor da tarifa, compete à AGENERSA a simples conferência da exatidão dos respectivos cálculos, sob os influxos do pacta sunt servanda, ou da força obrigatória dos contratos.

(...)

Diante do específico objetivo de compensar os efeitos da inflação, é forçoso considerar, por consequência, que o reajuste não comporta margem de valoração, seja para se discutir a respeito da sua implementação (ou não), ou mesmo para se flexibilizar a respeito do percentual a ser homologado.

(...)

Como se percebe, o reajuste apenas e tão somente mantém as bases econômico-financeiras do contrato no tempo, em contraponto à incidência da inflação sobre as tarifas, o que torna óbvio e absolutamente necessário o caráter vinculante da atuação da agência reguladora, neste quesito. Se assim não fosse, estar-se-ia admitindo que o regulador pudesse alterar o contrato ao seu bel prazer, ao invés de primar pela sua manutenção. **MARCUS VINICIUS CORRÊA BITTENCOURT** é bastante assertivo a esse respeito, veja-se:

**'Quanto à homologação de reajustes e revisão de tarifas, o Estado não detém total liberdade para conceder ou negar tais reformas, pois, uma vez presentes os**

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

requisitos legais e contratuais, caberá ao poder concedente realizar as modificações necessárias, seja aumentando ou diminuindo tais valores. O poder concedente não poderá omitir-se nem precisa aguardar provocação do concessionário, se presentes as condições necessárias. Poderá sponte própria implementar as novas tarifas. Nada impede, contudo, o pedido de revisão do concessionário, mediante a instauração de processo administrativo para apreciação.'

(...)

No âmbito da atividade de controle externo, o Colendo Tribunal de Contas da União (TCU) também já repreendeu atos de desvirtuamento de procedimentos de reajustamento de tarifas. É o que consta, por exemplo, do r. Acórdão n 3.182/2014 - Plenário, relatado pelo Ministro AROLDO CEDRAZ, in verbis:

"97. Verifica-se, inicialmente, que os reajustes tarifários deveriam decorrer da aplicação de cláusula contratual, e a Aneel apenas realizaria o cálculo nela previsto, declarando o resultado. No momento da realização de cada reajuste, o ato administrativo não deveria inovar em relação aos contratos de concessão."

(...)

Em virtude desse fluxo de considerações, é necessário se ter confiança na melhor reapreciação da matéria por essa AGENERSA, tal como permite a presente instância recursal, inclusive para se afastar o risco da repetição de graves erros do passado, quando critérios políticos de regulação tarifária ocasionaram vultosos prejuízos a concessionários de serviços públicos e vieram posteriormente a ser reprimidos pelo Judiciário brasileiro, com a imposição ao Estado do dever de indenizar.

(...)

Uma vez mais, portanto, agora em homenagem à insuperável natureza vinculada do ato de homologação de reajustes tarifários por essa Agência Reguladora, como medida voltada à manutenção da equação econômico-financeira do Contrato de Concessão, espera-se a reforma parcial da Deliberação recorrida, para a desconSIDERAÇÃO da glosa imposta sobre os cálculos do índice de reajuste encaminhados pela Concessionária."

A Concessionária, também no mérito, defende: "**V - DO MÉRITO - DA AFRONTA AO CONTRATO DE CONCESSÃO E DA ILEGALIDADE EM RELAÇÃO À GLOSA DE 4,097% DO PERCENTUAL DE REAJUSTE**", nestes termos:

"Como segunda questão de mérito a se abordada em sede recursal, impõe-se denunciar o flagrante descumprimento do Contrato de Concessão por parte dessa respeitada Agência, ao se realizar a substituição da fórmula contratual de reajustamento por índice diverso e aleatoriamente escolhido pela nobre Relatoria originária deste processo.

Conforme sabido e consabido, o Contrato de Concessão possui cláusula específica e sobejamente clara a respeito dos parâmetros técnicos a serem utilizados para o reajuste de tarifas, sem que se atribua ao órgão regulador qualquer espaço para valorações subjetivas e/ou modificações de qualquer natureza. O inarredável direito da Concessionária ao reajuste anual de tarifas assim consta do Contrato de Concessão:

*Cláusula Décima Terceira - Do Reajuste da Tarifa de Concessão*

*Parágrafo Primeiro*

*O valor da tarifa da concessão e demais serviços serão reajustados na periodicidade da legislação em vigor considerando-se como data base do CONTRATO dezembro de 1996.*

*PARÁGRAFO SEGUNDO*

*O reajuste da tarifa da concessão e demais serviços serão determinados através da equação abaixo definida:*

$$Tcn = Tco * ((1 + (30\% * (IPCn - IPCo) / IPCo + 70\% * (IGPn - IGPo / IGPo));$$

*onde:*

*Tcn = Tarifa da concessão e demais serviços reajustados;*

*Tco = Tarifa da concessão e demais serviços vigentes na data base da proposta;*

*IPCn = Valor do IPC publicado pela Fundação Getúlio Vargas no segundo mês anterior ao da data prevista do reajuste;*

*IPCo = Valor do IPC publicado pela Fundação Getúlio Vargas no segundo mês anterior ao da data base da proposta;*

*IGPn = Valor do IGP-DI publicado pela Fundação Getúlio Vargas no segundo mês anterior ao da data prevista para o reajuste;*

*IGPo = Valor do IGP-DI publicado pela Fundação Getúlio Vargas no segundo mês anterior ao da data base da proposta.*

*(...)*

*PARÁGRAFO QUARTO*

*Para fins de reajuste de que trata este item são aditadas as seguintes definições:*

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

- a) *Tarifa da concessão: é a tarifa correspondente a prestação de serviços de água mais esgoto constante do ANEXO III do Edital;*
- b) *O valo inicial da tarifa da concessão: é o valor indicado no Anexo III do Edital;*
- c) *Periodicidade: é o intervalo de tempo para o reajuste do valor da tarifa da concessão;*
- d) *Índice de reajuste: são os índices relativos aos principais componentes de custos considerados na formação do valor da tarifa da concessão, ou outros que venham a ser definidos;*
- e) *Índices iniciais: são os índices definidos no subitem anterior, correspondente a data base de reajuste;*
- f) *Data-base: é a data inicial para o cálculo da variação dos índices de reajuste, ou seja, dezembro de 1996;*
- g) *Parâmetros: são os coeficientes que retratam a participação dos principais componentes de custos considerados na formação do valor da tarifa da concessão;*

#### PARÁGRAFO QUINTO

*O valor da tarifa da concessão será reajustado para mais ou menos, de acordo com a variação dos índices de reajustes.*

(...)

#### PARÁGRAFO SÉTIMO

*O cálculo do reajuste do valor da tarifa de concessão será feito pela Concessionária e submetido à ASEP-RJ para a aprovação de sua correção.*

#### PARÁGRAFO OITAVO

*A ASEP-RJ terá o prazo de até 30 (trinta) dias corridos para verificar e homologar o reajuste da tarifa;*

*A completude da cláusula contratual acima transcrita e o histórico da AGENERSA de homologação de reajustes tarifários, sempre com integral respeito e aderência aos contratos de concessão que se submetem a sua fiscalização, fazem com que a presente argumentação beire a obviedade. O presente reajustamento tarifário deveria ter acompanhado, à literalidade, o acima disposto, de modo que a aplicação do IPCA, ou mesmo de qualquer outro índice, materializa cabal descumprimento do Contrato de Concessão.*

(...)



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

*Reconhecido, pois, o dever da AGENERSA de garantir o cumprimento do Contrato de Concessão, como um impositivo legal que não aceita tergiversações, convém ressaltar que a atuação de uma agência reguladora em descompasso com esse mandamento assume gravidade tal que chega a autorizar a hipótese excepcional de cabimento de recurso hierárquico impróprio, dirigido ao Poder Executivo.*

(...)

*Em vista de todas estas questões, e considerando que o próprio voto condutor da Deliberação ora recorrida reconhece que o reajuste, na forma dos cálculos encaminhados pela PROLAGOS, constitui 'direito assegurado à empresa', impõe-se a revisão da Deliberação ora recorrida para a sua parcial reforma, especificamente para que se complemente o percentual de reajuste até o gradiente correto de 8,6230% em 29/11/18, calculado com base no Contrato de Concessão."*

Ainda no mérito, a Concessionária abre o tópico "**VI - DO MÉRITO - DO DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**", no qual alega:

*"O rito dos processos regulatórios em trâmite perante a AGENERSA é definido em seu Regimento Interno, assegurando de maneira clara o direito da parte se pronunciar em alegações finais - na verdade em toda e qualquer fase se seu transcurso, uma vez concluída a instrução processual.*

*Esta premissa foca exatamente em permitir ao interessado o oferecimento de manifestação em relação ao conteúdo do processo, podendo, com isso, contribuindo diretamente para o atingimento de uma decisão final acerca da matéria submetida ao crivo dessa r. agência.*

(...)

*No caso em apreço, todavia, a i. Relatoria ad quo, apenas no dia da Sessão de Julgamento, ao arrepio de pronunciamento favorável da CAPET e da Procuradoria ao reajuste anual ordinário tarifário - cuja homologação materializa verdadeiro ato administrativo vinculado, surpreendeu a Concessionária com um encaminhamento absolutamente inédito e sem qualquer previsão legal ou contratual, em relação ao qual não se assegurou o seu direito de manifestação prévia.*

(...)

*A sobredita decisão, em verdade, ultrapassa a simples identificação da natureza jurídica do ato (já abordada anteriormente), externando, inclusive, a importância do reajuste para*

a manutenção do Contrato de Concessão e para a continuidade da prestação dos serviços concedidos, em benefício da coletividade e, necessariamente, da satisfação do interesse público coletivo.

O decisum em questão reforça, ainda, a inafastabilidade das condições e cláusulas contratuais incidentes, que não podem deixar de ser observadas e aplicadas tanto pelas partes signatárias, quanto pelo próprio agente regulador daquela atividade, sendo vedado a este último inovar ou interpretar de maneira extensiva as suas disposições.

Dito isto, com a devida vênia, retomando à discussão processual referente ao direito de manifestação (contraditório e ampla defesa), essa i. AGENERSA inovou o procedimento regulatório ao trazer, já em fase decisória, argumento não discutido anteriormente, que sequer foi objeto de apreciação por parte da unidade técnica competente (CAPET) ou do corpo jurídico dessa autarquia, e menos ainda pôde a Concessionária se pronunciar de maneira antecipada e tempestiva quanto ao seu conteúdo.

Inovou a AGENERSA ao suprimir percentual devido de reajuste tarifário expressamente previsto em cláusula contratual, chancelado pela CAPET e assegurado pela legislação em vigor. **Inovou a AGENERSA ao utilizar premissa técnica - equivocada - trazida tão somente no dia do julgamento**, qual seja, uma redução do reajuste em prol de um suposto benefício dos usuários por hipossuficiência, argumento que, além de desacompanhado de estudos e laudos técnicos, deixou de ser submetido ao debate direto e antecipado com os signatários do contrato de concessão.

O direito da Concessionária, neste particular, restou prejudicado sob dois enfoques: (i) o de lhe ter sido tolhido o poder de influenciar diretamente na decisão tomada no procedimento administrativo; e (ii) o de ter sido surpreendida com o conteúdo e os efeitos do decisum, pontos que serão esmiuçados adiante em razão se sua importância. Pois bem, uma vez elevados ao patamar de garantia constitucional, o contraditório e a ampla defesa são assegurados a todos os indivíduos, seja em um processo judicial, seja em um procedimento administrativo.

As partes envolvidas em um processo têm o direito garantido de tomar ciência prévia de todos os atos processuais, com o fito de poder, com isso, influenciar a decisão administrativa, contribuindo com elementos para a convicção dos julgadores.

(...)

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

*A r. decisão proferida pelo ínclito colegiado da AGENERSA deixou de participar a Concessionária no processo a partir do momento em que trouxe argumento inédito, supostamente técnico, tão somente no dia do julgamento, o que acabou por lhe suprimir o direito de contribuir direta e ativamente com elementos informativos e de prova.*

*(...)*

*Portanto, igualmente sob este enfoque, propugna-se que a recente decisão proferida por essa i. AGEENRSA, adotada ao arrepio das conclusões técnicas da CAPET e da Procuradoria, padece de hialina e indiscutível nulidade parcial no que toca à glosa do percentual de reajuste contratualmente garantido à Concessionária, uma vez que os fundamentos utilizados para a formação da convicção desse i. Colegiado se valeram de argumentos novos e não contraditados pelas demais partes envolvidas, sem que se tenha observado o direito de manifestação formal da PROLAGOS nos autos, medida que vulnerou as garantias fundamentais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inc. LV e LVI da Constituição da República Federativa do Brasil).*

*Ao agir assim, a r. AGENERSA esvaziou o direito da Concessionária à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal administrativo e, ainda, afrontou os princípios da não surpresa e da segurança jurídica.*

*Considerando que o reajuste tarifário em questão (i) já havia sido submetido ao crivo de apreciação da CAPET, não tendo aquele órgão técnico feito qualquer ressalva quanto à homologação em questão, (ii) foi apresentado cálculo escorreito e capaz de sedimentar o exercício do direito da concessionária e, finalmente, (iii) obteve-se parecer favorável da Procuradoria, merece a decisão combatida ser revista, adequada à realidade e ao direito, para o expurgo da glosa imposta sobre o índice de reajuste efetivamente devido."*

E no último item do mérito, "**VII - DO MÉRITO - DA CARÊNCIA DE COMPROVAÇÃO TÉCNICA E FÁTICA, E DA DECISÃO BASEADA EM ARGUMENTO FALSO E, AINDA, SUBJETIVO**", a Concessionária argui:

*"O r. colegiado da AGENERSA, sob o argumento de que a fórmula de reajuste correta, prevista em cláusula contratual, extrapolaria a capacidade contributiva dos usuários, optou por aplicar um percentual menor de reajuste tarifário, mediante o aleatório emprego do IPCA.*

*Contudo, o i. Voto condutor da sobredita decisão, com a máxima vênia, adotou premissa incorreta, afastada do bom direito e das disposições contratuais incidentes, tendo baseado*

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

*a sua linha de raciocínio e pautado a sua decisão em uma inadequada ponderação de interesses e no momento econômico vivenciado no Brasil.*

*Primeiramente, é cogente salientar que a r. decisão adotada prejudica diretamente o usuário, ao invés de ampará-lo, já que a imposição de defasagem de receita à Concessionária acarreta restrições econômico-financeiras que inevitavelmente serão sentidas na manutenção da operação e na realização de investimentos.*

*Nessa linha de raciocínio, convém lembrar que o percentual de reajuste contratualmente previsto e, por essa razão, submetido pela Concessionária à AGENERSA, guarda correlação direta com todos os compromissos assumidos pela PROLAGOS, com vistas ao fiel cumprimento do próprio ajuste.*

*Além disso, impende destacar que, por meio da decisão adotada, a AGENERSA priva a Concessionária da aplicação da tarifa reajustada exatamente no momento de maior demanda de serviços, portanto, durante o período de maior ingresso de receitas. Quer isso dizer que, passado este momento de grande fluxo de veranistas, será a população fixa que custeará a recomposição do prejuízo ora imposto, o que demandará maior elevação do percentual de reajuste.*

*(...)*

*Ademais, a ilustrada Relatoria ad quo entendeu que garantir à PROLAGOS **o reajuste tarifário nos termos do contrato de concessão - direito certo, assegurado e reconhecido pelo sobredito julgador** - impossibilitaria a população de acessar os serviços essenciais em debate.*

*Esta premissa, com todo o respeito ao alto saber dos membros desse Conselho-Diretor, não encontra qualquer embasamento técnico, já que nenhum estudo foi realizado para corroborar a tese suscitada de maneira surpreendente na sessão de julgamento. O r. Voto condutor da deliberação não trouxe qualquer releves comprovação fática da realidade sugerida, no sentido de que o correto, justo e devido patamar tarifário seria insuportável.*

*Se a r. AGENERSA considera juridicamente possível a supressão parcial de direito líquido e certo da Concessionária (o que equivale a uma expropriação de direito) fazendo com isso letra morta de um Contrato de Concessão plenamente válido e ajustado entre as partes signatárias, deveria minimamente existir nos autos robusta, farta e incontestável demonstração desta imperiosa necessidade.*



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

*Ao revés, foram apresentadas no Voto apenas conjecturas despidas de qualquer fundamentação, que permanecem, até agora, no campo da imaginação. Não há nos autos indicação de estudos, dados estatísticos do IBGE, variações de Índice de Desenvolvimento Humano, enfim, qualquer elemento que de algum modo pudesse minimamente amparar a tese da incapacidade contributiva da população usuária.*

*(...)*

*Ocorre, contudo, que além de a r. decisão ora recorrida restar viciada por ausência de fundamentação, é cogente afirmar que as conjecturas constantes do r. voto são, além de tudo, inverídicas.*

*(...)*

*Em municípios como Armação dos Búzios, Iguaba Grande, São Pedro da Aldeia, Arraial do Cabo, Cabo Frio e outros, todos integrantes da Região dos Lagos, percebeu-se uma maior geração de empregos, o recebimento de valores mais expressivos a título de royalties do petróleo e um aumento de consumo da população. Todos estes elementos são suficientes para afastar a invocada - e não provada - incapacidade contributiva da população local.*

*A toda evidência, a restauração fática acima promovida é motivo suficiente para concluir que essa r. AGENERSA, com a devida vênia, se baseou em premissas equivocadas ao afastar o correto índice de reajuste tarifário garantido contratualmente à Concessionária. O fez a partir do momento em que desconsiderou dados técnicos e estatísticos replicados pelos meios de comunicação e reconhecidos por renomados institutos de pesquisa, argumento que por si só desgasta substancialmente as bases do r. Voto condutor.*

*Dito isso, considerando as falhas nas premissas - motivação - que embasaram o r. Voto condutor e, principalmente, a decisão colegiada que o acompanhou, não se pode negar a invalidade destes argumentos (conjecturas e avaliações pessoais dotadas de verdadeiro subjetivismo) para os fins que se propõem.*

*Ora, é justo e jurídico afirmar que, uma vez desconstituídos os argumentos fáticos e técnicos que motivaram o r. Voto condutor (e dirigiram a decisão colegiada), tem-se como consequência jurídico-constitucional óbvia a desconstituição da motivação do ato administrativo decisório que conduziu a glosa de percentual de reajuste contratualmente assegurado. Isso porque, com base na Teoria dos Motivos Determinantes, deve haver*

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

*indesviável conexão entre a motivação dada pela Administração Pública e a realidade fática, sem a qual o ato administrativo se torna nulo de pleno direito.*

(...)

*Assim sendo, torna-se inafastável o reconhecimento das falhas nas premissas e metodologia utilizada no r. Voto condutor em questão, mais forte ainda o acolhimento dos argumentos trazidos no presente recurso, com a consequente e justa reforma da decisão combatida, com vista ao restabelecimento da integralidade do reajuste devido, na forma dos cálculos oportunamente apresentados pela Concessionária."*

Por fim, no item que encerra a sua peça recursal (**VIII. DA CONCLUSÃO**), a recorrente prescreve:

*"Em face de todo o exposto, espera e confia a ora Recorrente seja o presente recurso conhecido e, no mérito, provido, para a reforma parcial da Deliberação AGENERSA nº 3.632/18, especificamente para a complementação do percentual de reajuste tarifário de 4,097%, de modo que seja assegurado o percentual contratual de 8,6230% em 29/11/2018."*

Apresentado o recurso e sorteada a peça à minha relatoria, conforme Resolução AGENERSA CODIR nº 664/2019<sup>3</sup>, o processo foi encaminhado ao meu gabinete.

Encaminhados os autos à CAPET, a Câmara Técnica de Política Econômica e Tarifária se manifestou no seguinte sentido:

*"1. O reajustamento contratualmente pactuado pressupõe efeitos sobre as receitas da Concessionária de forma a manter a equação de equilíbrio econômico-financeiro. Ressalvando-se que não há exatamente uma projeção de receitas mês a mês, esta CAPET elaborou um modelo teórico, de forma a produzir um quadro comparativo de receitas sob 02 (duas) condições. No primeiro momento, partimos de uma receita mensal hipotética de 100,000 unidades monetárias, durante o período de 12 meses a contar do reajuste objeto do presente feito, ajustada pelo índice de 8,6230% calculado para vigorar a partir de 01/12/2018. O quadro síntese é:*

Receita de tarifa aplicando-se o reajuste pactuado

Total:	2.503,476										
dez/17	jan/18	fev/18	mar/18	abr/18	mai/18	jun/18	jul/18	ago/18	set/18	out/18	nov/18
100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000
dez/18	jan/19	fev/19	mar/19	abr/19	mai/19	jun/19	jul/19	ago/19	set/19	out/19	nov/19
108,623	108,623	108,623	108,623	108,623	108,623	108,623	108,623	108,623	108,623	108,623	108,623

*1.1. A receita presumida é de 2.503,476 unidades monetárias;*

<sup>3</sup> Fls. 99.

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

2. Ao ser adotado o índice de 4,5260%, diverso daquele previsto em contrato, produz-se um quadro hipotético de desequilíbrio que, a partir das premissas básica adotadas no tópico 1., acima, resulta no seguinte quadro:

Receita de tarifa aplicando-se o reajuste da deliberação 3632/18

Total	2.454,312										
dez/17	jan/18	fev/18	mar/18	abr/18	mai/18	jun/18	jul/18	ago/18	set/18	out/18	nov/18
100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000
dez/18	jan/19	fev/19	mar/19	abr/19	mai/19	jun/19	jul/19	ago/19	set/19	out/19	nov/19
104,526	104,526	104,526	104,526	104,526	104,526	104,526	104,526	104,526	104,526	104,526	104,526

- 2.1. A receita presumida sob o reajuste diverso é de 2.454,312 unidades monetárias;
3. Tem-se, portanto, uma diferença de 49,164 unidades monetárias, a ser compensada durante um determinado período até o fim do ciclo tarifário que, no caso em tela, possui uma previsão, pela Procuradoria, de maio de 2019, o que significa 07 (sete) meses completos;
- 3.1. A partir desta base, tem-se uma repartição teórica de 7,023 unidades monetárias por mês, a partir de maio/2019, com o que seria possível compensar a receita não obtida no período de dezembro/2018 a abril/2019, sem o reajuste contratual ordinário. O quadro sintético é:

Receita de tarifa compensando-se o reajuste a menor

Total	2.503,472										
dez/17	jan/18	fev/18	mar/18	abr/18	mai/18	jun/18	jul/18	ago/18	set/18	out/18	nov/18
100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000	100,000
dez/18	jan/19	fev/19	mar/19	abr/19	mai/19	jun/19	jul/19	ago/19	set/19	out/19	nov/19
104,526	104,526	104,526	104,526	104,526	111,549	111,549	111,549	111,549	111,549	111,549	111,549

- 3.2. A receita presumida passa a 2.503,472 unidades monetárias, com um resíduo de 0,004 unidades monetárias, que pode ser desprezado no modelo;
4. O índice que compensaria a não aplicação do reajuste contratual na data pré-estabelecida é de 6,7188%, com o que entendemos que se daria, teoricamente, a compensação;
- 4.1. Esclarecemos, entretanto, que é um modelo teórico, em função de não haver uma projeção de receitas mês a mês. Ademais, não é possível fazer-se um quadro efetivo sem os dados reais de faturamento a partir de dezembro/2018;
- 4.2. Por outro lado, lembramos que está em curso o processo da IV Revisão Quinquenal da Concessionária, que terá meios para se chegar a um modelo mais detalhado do equilíbrio contratual, adicionando-se todas as componentes do fluxo de caixa;
- 4.3. Entendemos que, para o momento, o índice é adequado."

Em seguida, a Procuradoria, após relatar os fatos, entende, respectivamente, nestes termos:

"II - DO MÉRITO

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

## 2 - DO DESVIRTUAMENTO DO ATO HOMOLOGATÓRIO DO REAJUSTE TARIFÁRIO

*Início pelo significado da palavra Homologação<sup>4</sup> extraída do Dicionário usualmente utilizado '... Aprovar, confirmar por autoridade judicial ou administrativa, Reconhecer oficialmente; reconhecer como legítimo...'*

*Na sequência, é interessante que se faça uma análise da etimologia da palavra homologação, isto é, qual a sua formação, sua origem:*

*'...É o Latim HOMOLOGARE, 'confirmar, ratificar, registrar', do Grego HOMOLOGEIN, 'acerto, concordância', formada por HOMO, 'o mesmo, igual', mais LEGEIN, 'falar!'*

*Depreende-se, rapidamente, tanto pelo significado quanto pela etimologia da palavra que o cerne da questão, aqui em discussão, é a essência do ato administrativo praticado. Antes da análise do ato administrativo, em si praticado, discorro um pouco, primeiramente, sobre o significado e, na sequência, sobre a etimologia.*

*Em relação ao significado, a palavra aprovar remete ao ato de discordar ou não de algo ou alguma coisa. Para tanto há necessidade de um padrão, de uma convenção, de um acordo, isto é, algo anterior que possa servir de base para se aferir um juízo. No caso concreto em discussão, o padrão, o acordo firmado, é o próprio Contrato de Concessão. Desta forma, a aprovação deve estar vinculada, isto é ligada, colada, de acordo com o instrumento pactuado.*

*Em relação a etimologia, reforça este entendimento que o ato administrativo deve remeter sua decisão para igualar as condições, juridicamente, remeter ao "status quo ante" e, economicamente, preservar o equilíbrio-econômico-financeiro que é um dos pilares da Regulação.*

*No mesmo rumo das definições acima, segue a Lei das Concessões, Lei 8.987/1995, quando o legislador define no Caput, do artigo 9, que as tarifas devem ser preservadas pelas regras previstas no Contrato de Concessão. Além deste aspecto, destaco o §2º deste artigo que remete ao fato de que a revisão da tarifa busca manter o equilíbrio-financeiro do contrato.*

### Capítulo IV

<sup>4</sup> <https://dicionariodoaurelio.com/homologacao> em 08/02/2019.



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

### **DA POLÍTICA TARIFÁRIA**

*Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.*

*§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.*

*Apesar de concordar com a maioria das considerações elencadas no recurso e com o arcabouço legal, doutrinário e jurisprudencial, o que a princípio encaminha a decisão para dar provimento da peça jurídica da recorrente, tenho dificuldades de seguir esta linha quanto a expressão utilizada para a defesa do Direito da Concessionária, quando afirma que houve desvirtuamento do ato administrativo. Explico, a seguir:*

*A AGENERSA através dos atos de seu Conselho Diretor tem o dever de mediar os conflitos entre as partes, missão esta delegada através da sua Lei de Criação, qual seja, a Lei 4.556/2005, do Estado do Rio de Janeiro, que delineia, dentre suas atribuições, o que está expresso no inciso III, do artigo 3º do dispositivo legal citado. É obrigação desta AGENERSA mediar os conflitos existentes entre as relações jurídicas das partes e, em algumas vezes, postergar ou antecipar algumas decisões, até que os ânimos arrefeçam. Como existem elementos regulatórios de correção, que permitem, de maneira serena, o retorno ao equilíbrio da Concessão, com a devida e tempestiva ação do Ente Regulador. Muitas vezes, há a necessidade do Regulador zelar pela paz social, temperando suas decisões com a temperança própria para cada situação que se apresenta, na realidade complexa do dia a dia do convívio humano.*

*"Art. 3º - No exercício de suas atividades, pugnará a AGENERSA pela garantia dos seguintes princípios fundamentais:*

*I - prestação pelos concessionários, de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, tanto qualitativa quanto quantitativamente;*

*II - a existência de regras claras inclusive sob o aspecto tarifário, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;*

*III - estabilidade nas relações envolvendo o Poder Concedente, concessionários ou permissionários e usuários, no interesse de todas as partes envolvidas;*

*IV - a modicidade das tarifas para os usuários;*

*V - proteção dos usuários contra práticas abusivas e monopolistas;*

*VI - a expansão dos sistemas, o atendimento abrangente da população, a otimização ao uso dos bens coletivos e*



a modernização e aperfeiçoamento, eficiência e economicidade dos serviços prestados;  
**VII** - equidade no tratamento dispensado aos usuários, às diversas entidades reguladas e demais instituições envolvidas na prestação ou regulação dos serviços de energia e saneamento básico, permitidos ou concedidos;"

### 3 - DA AFRONTA AO CONTRATO DE CONCESSÃO E DA ILEGALIDADE EM RELAÇÃO À GLOSA DE 4,097 % DO PERCENTUAL DO REAJUSTE

Mais uma vez tendo a concordar com a maioria do teor dos argumentos jurídicos, mas, insisto em discordar, com os termos que são utilizados no decorrer da defesa e com alguns conceitos obsoletos de analisar, sem pontuar, a modulação dos Princípios na apreciação dos litígios jurídicos.

Não há hipótese legítima, onde os Entes Reguladores não respeitem o Princípio da Legalidade, imposição constitucional, gravada no artigo 37, da Constituição Federativa da República do Brasil. O que há, e que ainda não foi absorvido pelas bancas jurídicas que defendem as Concessionárias, muitas delas decenárias, é que, com o advento da Regulação no âmbito do Direito, algumas interpretações rígidas do Princípio da Legalidade foram mitigadas pelo aspecto híbrido da Regulação, onde cabe em situações muito específicas e esporádicas, devidamente motivadas, um grau de discricionariedade nas decisões tomadas, no sentido de preservar a continuidade dos serviços de forma pacífica. O caso concreto se apresenta como uma destas situações. Apesar deste fato, este tipo de conduta se lastreia e se mantém entre os limiares da Legalidade e do interesse público, com, o se observa, a partir da leitura do artigo 76, da Lei 5.427/2009, do Estado do Rio de Janeiro, em sua literalidade citada abaixo:

**"Art. 76.** A Administração Pública pode, na persecução de seus fins e nos limites do seu poder discricionário, celebrar quaisquer contratos, consórcios, convênios e acordos administrativos, inclusive pactos de subordinação com seus órgãos ou com administrados, salvo impedimento legal ou decorrente da natureza e das circunstâncias da relação jurídica envolvida, observados os princípios previstos no art. 2º desta Lei."

Desta forma, entendo ser pertinente o pleito de recomposição do equilíbrio-financeiro do Contrato de Concessão, que pode ser efetuado por autotutela, se assim, o Relator e o



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

*CODIR-AGENERSA, entenderem por deliberar. Como a recomposição é futura, já que o aumento efetuado é vigente, em face da ausência do efeito dúplice do presente recurso, esta Procuradoria solicitou que a CAPET calculasse o percentual de equilíbrio, seguindo as diretrizes do próprio artigo 4º, da Deliberação guerreada, conforme fls. 103-104. Caso, a reposição seja concedida em outra data, é necessário remeter o feito à CAPET, para que esta recalcule o percentual para a nova data requerida.*

*A CAPET concluiu, no seu Despacho Técnico, de 30/01/2019, que, para retornar o equilíbrio, caso o reajuste seja aplicado a partir de 01/05/2018, o percentual de reajuste é de 6,7188% (seis inteiros e sete mil cento e oitenta e oito décimos de milésimos por cento) sobre o percentual originariamente aplicado pela Concessionária, homologado pela Deliberação recorrida.*

#### *4 - DO DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO*

*Não dispensarei muito esforço para contradizer as alegações postas, já que o próprio recurso é prova cabal e necessária para afastar as premissas levantadas pela Concessionária e não há dúvidas nos autos de que o CODIR-AGENERSA transpôs os limites constitucionais durante a apreciação deste feito.*

#### *5 - DA CARÊNCIA DE COMPROVAÇÃO TÉCNICA E FÁTICA, E DA DECISÃO BASEADA EM ARGUMENTO FALSO E, AINDA, SUBJETIVO*

*Não há provas dentro dos autos que atestem as afirmativas expressas no título deste item e o que se passou na Audiência Pública em relação à problemas na praia do Siqueira, e na Sessão Regulatória subsequente, onde uma comitiva de pescadores se fez presente na Sessão Regulatória reclamando por seus direitos para exercerem sua profissão, não podem ficar a par das decisões tomadas pelo CODIR AGENERSA.*

*Somado a este evento, não se pode omitir as recorrentes reclamações em relação à Concessionária, em relação as falhas de fornecimento no verão presente, na Região dos Lagos, em municípios de sua área de Concessão, as quais não me estendo descrever, por serem públicas e veiculadas recorrentemente pela imprensa local e, em algumas vezes pela imprensa estadual.*

*Para finalizar e resumindo o que foi exposto acima, entendo que o pleito do recurso é procedente, mas não concordo com a abordagem e os termos utilizados, já que*

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

*não são adequados e muitas vezes impróprios e não sustentados por fatos, o que deve nortear uma defesa imparcial e técnica.*

*A AGENERSA, no meu entendimento, e como defendi acima, agiu de forma legal e própria para a situação real que se apresentava e dentro dos seus limites legais e regulamentares, onde a Deliberação recorrida foi aprovada por unanimidade, o que demonstra o claro entendimento de todos os Conselheiros desta autarquia que, aquela decisão tomada, era a que mais se adequava para o momento, dada as circunstâncias e evidências pesadas para direcionar e que ensejou a modulação da decisão, aplicando o bom senso e a máxima aristotélica do meio termo em que, através do teor desta defesa, ficou provado que não houve e não haverá prejuízo ao interesse das partes e tampouco ao interesse público, razão da existência desta autarquia."*

E conclui a Procuradoria pelo "*conhecimento do recurso, porque tempestivo e o provimento do mesmo, conforme razões expostas acima, ressaltando apenas que, apesar do valor ser diferente, representa o mesmo reajuste, só que calculado para outra data de aplicação e, desta forma, garantindo o reequilíbrio do ciclo de reposição tarifário. Por fim, reforçar que, a data de início contratual para a data do reajuste anual seria 01/12/2018, conforme a própria Prolagos publicou na imprensa, às fls. 13 do presente feito, e não em 29/11/2018, como solicitado no item VIII, do Recurso."*

Através do Of. AGENERSA/CODIR/SS nº 18/2019 foi dada à Concessionária PROLAGOS a oportunidade de se manifestar em sede de razões finais.

É o relatório.

  
**Silvio Carlos Santos Ferreira**  
Conselheiro - Relator

---

Processo n.º.: E-12/003/100189/2018  
Data de Autuação: 29/10/2018  
Concessionárias: Prolagos  
Assunto: Reajuste Tarifário da Concessão a partir de 01 de dezembro de 2018.  
Sessão Regulatória: 26 de Fevereiro de 2019

---

### VOTO

Cuida-se de analisar Recurso<sup>1</sup> interposto pela Concessionária Prolagos em face da Deliberação AGENERSA 3.632/2018<sup>2</sup>, publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro em 12/12/18, que homologou o reajuste tarifário preliminar da Prolagos no montante de 4,526%.

Em sede de razões finais, a CEDAE, em síntese, reforça os argumentos já trazidos por ela no bojo de sua peça recursal.

De início, registro a tempestividade da peça recursal, eis que apresentada dentro do prazo regimental.

Preliminarmente, quanto ao item "Do recebimento do presente recurso apenas e tão somente no efeito devolutivo", registro que, conforme o artigo 79, § 2º do Regimento Interno desta AGENERSA, o efeito suspensivo não é automático em sede recursal, de forma que, somente pode ser concedido o efeito duplice quando requerido pelo recorrente e quando é de seu interesse, o que não é o caso. Logo, as decisões tomadas através da Deliberação em discussão estão vigentes até nova manifestação deliberativa em seja proferida em sede de Sessão Regulatória.

Para melhor elucidação, serão analisadas, ponto a ponto, das objeções expressamente formuladas pela Recorrente, já explanadas de forma mais detalhada no relatório.

#### 1. DO MÉRITO

##### 1.1 - DO DESVIRTUAMENTO DO ATO HOMOLOGATÓRIO DE REAJUSTE TARIFÁRIO

---

<sup>1</sup> Fls. 40 a 77.

<sup>2</sup> DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3632 DE 29 DE NOVEMBRO DE 2018

CONCESSIONÁRIA PROLAGOS - REAJUSTE TARIFÁRIO DA CONCESSÃO A PARTIR DE 01 DE DEZEMBRO

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-12/003/100189/2018, por unanimidade, **DELIBERA**,

**Art. 1º** - Deferir parcialmente o pleito de reajuste tarifário solicitado através da carta Prolagos PRO-2018-002561-CTE, autorizando o reajuste tarifário pelo acumulado do IPCA de setembro a setembro, no valor de 4,526%, para vigorar a partir de 01/12/2018;

**Art. 2º** - Determinar que a Prolagos publique a nova estrutura tarifária nos moldes acima informados, no prazo de 15 (quinze) dias, encaminhando, imediatamente, cópia da publicação a AGENERSA;

**Art. 3º** - Determinar que a CAPET proceda a conferência da nova estrutura tarifária agora aprovada, no prazo de 10 (dez) dias;

**Art. 4º** - Determinar que eventuais diferenças sejam avaliadas a partir do mês de maio/2018 ou no bojo da 4ª Revisão Quinquenal da Prolagos.

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

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

De início, ressalto que, a despeito de concordar com a maioria das considerações trazidas pelas Concessionária no presente, discordo da expressão utilizada por ela quando afirma que houve desvirtuamento do ato administrativo.

Antes de adentrar à análise desta alegação, ressalto que a AGENERSA, através dos atos emanados por seu Conselho Diretor, tem o dever de mediar os conflitos entre as partes, dever este delegado por sua Lei de Criação, qual seja, a Lei 4.556/2005 do Estado do Rio de Janeiro, que prescreve - como princípio fundamental, o que está expresso no inciso III, do artigo 3º, a saber:

*"Art. 3º - No exercício de suas atividades, pugnará a AGENERSA pela garantia dos seguintes princípios fundamentais: III - estabilidade nas relações envolvendo o Poder Concedente, concessionários ou permissionários e usuários no interesse de todas as partes envolvidas;"*

Assim, é obrigação desta AGENERSA intermediar os conflitos existentes entre as decisões das partes e, em alguns casos, postergar ou antecipar algumas decisões a fim de zelar pela paz social, como ocorreu no caso em tela.

De outro giro, insta consignar que a homologação de reajustes tarifários é ato administrativo unilateral, de natureza vinculada, submetido ao princípio da legalidade, ou seja, é aquele procedimento totalmente delineado pela lei, de modo que a autoridade pública apenas analisa e chancela a legalidade de determinado ato jurídico.

Na lição do jurista Juarez Freitas:

*"(...) o ato administrativo é aquele em que o agente público, no âmbito da Administração direta ou indireta não goza de qualquer liberdade, estando jungido a cumprir os comandos legais. Não haveria, de conseguinte, espaço para emissão de juízos de conveniência ou de oportunidade"*

No caso em análise, a AGENERSA tem por dever verificar a correção dos cálculos elaborados pela Concessionária para a incidência do reajuste tarifário no serviço de distribuição e abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto.

Assim, preenchidos os requisitos estabelecidos no contrato de concessão, quais sejam: (i) prazo de 1 (um) ano, na forma do Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima Terceira do Contrato de Concessão e (ii) submissão dos cálculos elaborados pela Concessionária, baseados no índice de reajuste previsto contratualmente, nos termos dos Parágrafos Segundo e Sétimo da Cláusula Décima Terceira do Contrato de

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

Concessão, caberá a esta AGENERSA proceder à homologação do novo patamar tarifário, razão pela qual entendo que deva ser acolhido o pleito da recorrente.

## 1.2. DA AFRONTA AO CONTRATO DE CONCESSÃO E DA ILEGALIDADE EM RELAÇÃO À GLOSA DE 4,097% DO PERCENTUAL DE REAJUSTE

A Lei Estadual nº 4.556/05, que criou a AGENERSA, estipulou a sua competência para agir, em seu art. 4º, inciso I impõe a esta Autarquia o dever de garantir o cumprimento do Contrato de Concessão, nestes termos:

*"Art. 4º. Compete à AGENERSA, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:  
I - zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições;"*

Assim, considerando que o reajuste, na forma dos cálculos encaminhados pela PROLAGOS, constitui direito assegurado à empresa, nos termos da Cláusula Décima Terceira do Contrato de Concessão, entendo que impõe-se a revisão da Deliberação ora recorrida para a sua parcial reforma, especificamente para que se complemente o percentual de reajuste até o montante de 8,6230% em dezembro de 2018, calculado com base no Contrato de Concessão.

## 1.3. DO DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO

Refuto de forma veemente esta colocação inadequada e descabida proferida pela Concessionária PROLAGOS, pois jamais esta AGENERSA assim procedeu.

Pelo contrário, ao compulsar os autos, restou evidente que a recorrente teve total acesso aos autos durante toda a sua tramitação, nos moldes do art. 47 e seu parágrafo único do Regimento Interno da AGENERSA, consubstanciado pelo Of. AGENERSA/CODIR/TM nº 133/2018, que informou a conclusão de sua instrução e oportunizou a Concessionária a se manifestar em sede de razões finais.

Ademais, o próprio recurso é prova cabal para afastar as premissas levantadas pela recorrente.

## 1.4. DA CARÊNCIA DE COMPROVAÇÃO TÉCNICA E FÁTICA E DA DECISÃO BASEADA EM ARGUMENTO FALSO E, AINDA, SUBJETIVO

Neste ponto, a recorrente, uma vez mais, usa termos impróprios para discordar do voto que originou na deliberação ora recorrida.

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

Isso porque não há provas nos autos que atestem as afirmativas expressas no título deste item e, além disso, o que se passou na Audiência Pública do dia 22/11/2018 em relação aos problemas na praia do Siqueira e afins, e na Sessão Regulatória subsequente, onde uma comitiva de pescadores se fez presente na Sessão Regulatória reclamando por seus direitos para exercerem sua profissão, não podem ficar a par das decisões tomadas pelo Conselho Diretor desta AGENERSA.

Isto posto, proponho ao Conselho Diretor:

**Art. 1º.** Conhecer o recurso interposto pela Concessionária Prolagos, porque tempestivo e, no mérito, dar-lhe provimento para que seja homologado o reajuste complementar de 6,7188% (seis inteiros e sete mil cento e oitenta e oito décimos de milésimos por cento), para vigorar a partir de 01 de maio de 2019, conforme tabela tarifária no Anexo I, em razão de ter sido concedido reajuste preliminar de 4,526% (quatro inteiros e quinhentos e vinte e seis milésimos por cento) referente à variação do IPCA acumulado de setembro/17 a setembro/18 (DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3632/2018), que já incorpora os efeitos compensatórios do atraso na aplicação do índice integral na data originariamente prevista, qual seja a de 1º de dezembro de 2018.

**Art. 2º.** Aprovar a nova estrutura tarifária, em anexo, e determinar à PROLAGOS que a divulgue, aos seus usuários, por meio de anúncios em jornais de grande circulação e na imprensa oficial, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias de sua entrada em vigor, encaminhando cópia das aludidas publicações a esta Agência Reguladora.

**Art. 3º.** Para efeito do reajuste tarifário de 1º de dezembro de 2019, os cálculos serão efetuados a partir da tabela originalmente proposta pela Concessionária e referendada pelo Parecer Técnico CAPET 164/2018, que considerou estritamente as regras contratuais.

**Art. 4º.** Determinar que eventuais diferenças sejam avaliadas no âmbito do processo da Quarta Revisão Quinquenal da Concessionária Prolagos.

É como voto.

  
**Silvio Carlos Santos Ferreira**  
Conselheiro - Relator



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

## Anexo I

CONCESSIONÁRIA PROLAGOS				
DATA DE VARIAÇÃO			01/05/19	
			Compensação financeira pelos percentuais não auferidos no reajuste ordinário contratual - sobre tabela do reajuste pela variação do IPCA	
			% Reajuste	
			6,71877%	
Localidades			Demais Municípios	Arraial do Cabo
TIPO DE MEDIÇÃO	CONSUMIDOR	FAIXA DE CONSUMO/m3	Tarifa/mai/19	
HIDROMETRADA	DOMICILIAR	Tarifa Social	4,71	4,39
		0 - 10	9,49	8,73
		11 - 15	12,45	11,40
		16 - 25	19,94	18,18
		26 - 35	23,93	22,03
		36 - 45	28,69	26,49
		46 - 55	35,24	32,36
		56 - 65	44,76	41,41
	> 65	50,89	47,05	
	COMERCIAL	0 - 10	24,62	22,82
		11 - 20	30,72	28,45
		21 - 30	47,44	43,73
		> 30	75,27	69,38
	INDUSTRIAL	0 - 20	47,26	43,50
		21 - 30	59,91	55,14
		> 30	75,27	69,38
	PÚBLICA	0 - 20	13,28	12,12
		21 - 30	19,97	18,55
		> 30	31,12	28,70





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

DELIBERAÇÃO AGENERSA N° 3721

, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2019.

**CONCESSIONÁRIA PROLAGOS - REAJUSTE  
TARIFÁRIO DA CONCESSÃO A PARTIR 01 DE  
DEZEMBRO DE 2018.**

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-12/003/100189/2018, por unanimidade,

**DELIBERA:**

**Art. 1º.** Conhecer o recurso interposto pela Concessionária Prolagos em face da Deliberação AGENERSA nº 3.632/2018, porque tempestivo, para, no mérito, negar-lhe provimento.

**Art. 2º.** Nos termos do 4º da Deliberação 3.632/2018, homologar o reajuste de 6,7188% (seis inteiros e sete mil cento e oitenta e oito décimos de milésimos por cento), para vigorar a partir de 01 de maio de 2019, conforme tabela tarifária no Anexo I, em razão de ter sido concedido reajuste preliminar de 4,526% (quatro inteiros e quinhentos e vinte e seis milésimos por cento) referente à variação do IPCA acumulado de setembro/17 a setembro/18 (DELIBERAÇÃO AGENERSA N° 3632/2018). A diferença ora conferida já incorpora os efeitos compensatórios do atraso na aplicação do índice integral na data originariamente prevista, qual seja a de 1º de dezembro de 2018.

**Art. 3º.** Aprovar a nova estrutura tarifária, em anexo, e determinar à PROLAGOS que a divulgue, aos seus usuários, por meio de anúncios em jornais de grande circulação e na imprensa oficial, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias de sua entrada em vigor, encaminhando cópia das aludidas publicações a esta Agência Reguladora.



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

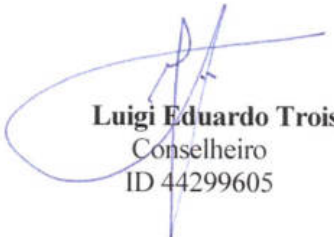
**Art. 4º.** Para efeito do reajuste tarifário de 1º de dezembro de 2019, os cálculos serão efetuados a partir da tabela originalmente proposta pela Concessionária e referendada pelo Parecer Técnico CAPET 164/2018, que considerou estritamente as regras contratuais.

**Art. 5º.** A presente deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 26 de fevereiro de 2019.

  
**José Bismarck V. de Souza**  
Conselheiro-Presidente  
ID 44089767

  
**Silvio Carlos Santos Ferreira**  
Conselheiro-Relator  
ID 39234738

  
**Luigi Eduardo Troisi**  
Conselheiro  
ID 44299605

  
**Tiago Mohamed Monteiro**  
Conselheiro  
ID 50894617

  
**José Carlos dos Santos Araújo**  
Conselheiro  
ID 05546885

**Adriana Miguel Saad**  
Vogal

### Anexo I

CONCESSIONÁRIA PROLAGOS					
DATA DE VARIAÇÃO			01/05/19		
			Compensação financeira pelos percentuais não auferidos no reajuste ordinário contratual - sobre tabela do reajuste pela variação do IPCA		
			% Reajuste		
			6,71877%		
Localidades			Demais Municípios	Arraial do Cabo	
TIPO DE MEDIÇÃO	CONSUMIDOR	FAIXA DE CONSUMO/m3	Tarifa/mai/19		
HIDROMETRADA	DOMICILIAR	Tarifa Social	4,71	4,39	
		0 - 10	9,49	8,73	
		11 - 15	12,45	11,40	
		16 - 25	19,94	18,18	
		26 - 35	23,93	22,03	
		36 - 45	28,69	26,49	
		46 - 55	35,24	32,36	
		56 - 65	44,76	41,41	
	> 65	50,89	47,05		
	COMERCIAL	0 - 10	24,62	22,82	
		11 - 20	30,72	28,45	
		21 - 30	47,44	43,73	
		> 30	75,27	69,38	
	INDUSTRIAL	0 - 20	47,26	43,50	
		21 - 30	59,91	55,14	
		> 30	75,27	69,38	
	PÚBLICA	0 - 20	13,28	12,12	
		21 - 30	19,97	18,55	
		> 30	31,12	28,70	

[assinaturas]