

Processo nº : E-12/020.626/2012
Data de autuação: 23/10/2012
Concessionária: PROLAGOS
Assunto: Investimentos - Expansão Distribuição Água - Expansão de Redes de
Água no Bairro Monte Alto, no Município de Arraial do Cabo/RJ.
Sessão Regulatória: 26/03/2019

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso interposto pela Concessionária Prolagos em face da Deliberação AGENERSA nº. 3657, de 18/12/2018.

Na citada peça, supõe que a razão do desarquivamento do feito e reconferência de notas fiscais pela CAPET, se deu em razão de "*mudança de critério de fiscalização quando da verificação do cumprimento financeiro de investimentos*"; defende que as novas glosas, realizadas após a aprovação das notas fiscais pela AGENERSA "*atentaria contra o princípio da segurança jurídica, dentre outros*"; relembra o disposto no artigo 82 do Regimento Interno desta Casa; ilumina a Teoria denominada *Prospective Overruling*; repisa que a forma de apresentação das comprovações financeiras seguia as orientações da própria AGENERSA; sinaliza o disposto nos artigos 23 e 24 da Lei nº. 13.665/2018; tudo para defender que quaisquer alterações de entendimento devem ser aplicadas de forma prospectiva, apenas para os casos futuros, sem qualquer retroação.

Destaca, ainda, que a requisição em estoque e a alocação parcial de valor de notas fiscais "*se consubstancial como (legítimas) estratégias de gestão que trazem benefícios à concessão, especialmente porque, ao comprar em grandes quantidades no mercado, seja para manter em estoque, ou mesmo para atender a mais de uma obra, a Concessionária consegue negociar um preço melhor (economia de escala), com isso barateando a obra e, por consequência, diminuindo o impacto na tarifa*"; afirma que a rede de distribuição de água no bairro de Monte Alto, Arraial do Cabo/RJ encontra-se em plena operação; realça que "*as glosas citadas ensejará nefasto desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão*"; e requer o provimento do recurso para que sejam anuladas as glosas.

Conselheiro Tiago Mohamed Monteiro - Processo nº E-12/020.626/2012

Instada a se manifestar, a Procuradoria apresenta acurado Parecer, abaixo transcrito.

1. Tempestividade

Inicialmente, cumpre-nos certificar a tempestividade do presente recurso, uma vez que a Deliberação AGENERSA nº 3.657/2018 foi publicada no Diário Oficial em 31/12/2018 (segunda-feira), sendo o dia seguinte, feriado nacional. Assim, o início da contagem do prazo se deu em 02/01/2019 (quarta-feira), com término em 11/01/2019 (sexta-feira), dia do protocolo do recurso pela Concessionária Prolagos.

Nesse sentido, verifica-se que o recurso foi interposto dentro do prazo de 10 (dez) dias estabelecido pelo art. 79 do Regimento Interno da AGENERSA.

2. Da Análise das Alegações Recursais

Em alegações recursais, a Recorrente argui, que apesar do arquivamento do feito consoante a Deliberação AGENERSA nº 1.441/2013 c/c a Deliberação AGENERSA nº 2.367/15, "(...) há uma natural dificuldade de compreensão no que se refere ao conhecimento da (s) razão (ões) que motivou (aram) o desarquivamento."

Nesse contexto, discute a glosa sugerida pela CAPET, argumentando a possibilidade de uma "nova análise das provas outrora apresentadas", "sob a égide de um novo critério (...)", o que "atentaria contra o princípio da segurança jurídica", dentre outros institutos já decorrentes."

Sendo assim, alega que a decisão exarada na Deliberação nº 3.657/18 merece ser reformada, com base nas razões apresentadas no mérito de sua peça recursal.

3. Da Análise do Mérito

a)"Da Impossibilidade de Revisão de Decisão Já Aperfeiçoada. Da Segurança Jurídica e Suas Decorrências. Da Teoria do Prospective Overruling."

A Recorrente alega que a revisão no presente toca o Princípio da segurança jurídica, e, portanto, na estabilidade nas relações jurídicas entre a mesma e a AGENERSA. Contesta o fato do art. 52 da Lei Estadual nº 5427/2009, e seu parágrafo único, prevalecer em relação ao art. 82, do Regimento Interno desta Agência Reguladora.

Questiona ainda, que a pretendida revisão imporá "significativo ônus financeiro à Concessionária(...)", fazendo menção à teoria do "prospective overruling", aos precedentes administrativos e à Lei nº 13.655/2018 (LINDB), para concluir que sobre uma evidente reanálise de provas, "(...)porque não se



GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO

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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.626

Data 23 10 2012

Rubrica

4346480X

identifica qualquer vício de ilegalidade na decisão no caso concreto, tratando-se, pois, de mera mudança de critério da pretensão (...)."

Segundo o acima exposto, esta Procuradoria frisa que a Lei nº 11.445/2007 traz a "previsão de delegação da prestação do saneamento e sua regulação,...)", tendo os seus artigos 21 e 22, instituído "que o ente regulador determinado pelo titular, em especial para os serviços delegados, precisa ter independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira; transparência, celeridade e objetividade das decisões e a atribuição legal de competência para editar normas sobre as dimensões técnica, econômica e social da prestação dos serviços....)"

Ressalta-se que "o aspecto mais importante envolvendo a agência reguladora é a sua independência decisória, para que a agência não seja apenas um órgão de acompanhamento. Tal independência é garantida pela existência de mandato fixo dos diretores, critérios claros da respectiva nomeação e destituição, e o próprio processo de sabatina perante o Poder Legislativo, de forma a se aferir a experiência e currículo dos indicados ao cargo, que deve representar o seu perfil técnico (Trindade, 2012)."

Ainda, há de se falar que o art. 43 da Lei em tela sustenta que "a prestação dos serviços não pode se guiar apenas na procura pela rentabilidade financeira, precisa sim, observar o objetivo principal, que é o de garantir a todos o direito ao saneamento básico. Diante disso, os investimentos não podem ser vislumbrados como uma decisão empresarial, e sim como metas de universalização, com vistas a garantir o acesso aos serviços, (...)."

Assim, é possível entender que esta AGENERSA realizou o ato de desarquivamento da referida listagem de processos regulatórios de obras realizadas pela Recorrente para "reexaminar os processos regulatórios que possam ter ocorrido possíveis e impactantes erros de prestação de contas, com reflexo e prejuízo aos usuários, face a uma possível remuneração tarifária incompatível com o que foi efetivamente orçado e gasto na obra do processo. Em caso de erros na prestação de contas, para maior, incide a concessionária em ganho financeiro indevido, o que impõe à AGENERSA o dever indeclinável de promover a revisão dos valores, em respeito à preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, tudo isto, também, em homenagem à Supremacia do Interesse Público, nos termos da Lei Federal nº 8.987/1995".

Dessa forma, resta evidente que esta AGENERSA atuou em respeito ao Princípio da motivação, aspecto do devido processo legal que se alicerça no Princípio da segurança jurídica, não merecendo, portanto, prosperar a argumentação da Recorrente que existe uma "natural" dificuldade para compreender os motivos do ato de desarquivamento e sua revisão.

Além disso, ressalta-se que para a realização do desarquivamento, tendo como resultado as glosas promovidas pela CAPET, não há dúvidas de que esta AGENERSA promoveu tal ato em respeito "aos Princípios da Supremacia



GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO

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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020.626/2012

Data 23 10 2012 Nº: 1107

Rubrica

4346490X

do Interesse Público, da Legalidade e do Poder-Dever de rever os atos, para fins de assegurar o cumprimento das normas regulatórias e a modicidade tarifária, de forma justa."

Desse modo, a revisão em tela se deu com base na Autotutela da Administração Pública, que possui controle sobre os próprios atos, podendo anular os ilegais e revogar aqueles inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.

É preciso entender que "tutelar funda-se em proteger e zelar algo. Em via de regra a busca pela tutela de direitos se dá através do Poder Judiciário. Porém, ao outorgar o direito-dever de autotutela ao Poder Administrativo, dispensa-se a obrigatoriedade da intervenção judicial, havendo assim, a proteção dos interesses públicos pela própria Administração (MAZZA, 2014, p. 115)."

Nesse diapasão, esta Procuradoria sublinha os termos da Súmula 346, do STF, que estabelece que "A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos" e ainda, da Súmula 473 do STF, já citada em seus pareceres anteriores neste autos, ratificando seus apontamentos sobre o fato de que o "poder" ali mencionado deve ser interpretado como um poder-dever ou, como preferem alguns doutrinadores, um dever-poder.

Assim, frisa-se que a regra aplicável ao presente é a constante do art. 52 da Lei Estadual nº 5427/2009, parágrafo único, em cumprimento e respeito à Supremacia do Interesse Público e aos demais princípios norteadores do direito, uma vez que são capazes de demonstrar a legalidade e legitimidade da ação da CAPET de promover a revisão e as glosas apontados nos autos, não havendo que se falar, portanto, em mudança de critério de fiscalização e/ou reanálise de provas, muito menos em uma suposta violação aos artigos 27 e 82, do Regimento Interno.

Portanto, é certo afirmar que esta AGENERSA agiu segundo um padrão normativo preestabelecido, se orientado em conformidade e em observância aos princípios acima descritos para realizar a revisão em tela, atendendo ao Princípio da legalidade, à segurança jurídica e em proteção à confiança legítima.

Importante acrescentar que esta Agência Reguladora respeitou a contagem do prazo quinquenal a partir da vigência do art. 54, da Lei nº 9.784/1999 para realizar a revisão em tela, com as glosas efetuadas pela CAPET.

Ademais, conforme preceitua o art. 55, da referida Lei, esta Administração Pública teve a oportunidade de "corrigir o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos ao momento de sua execução (efeitos "ex tunc)", conforme já exposto em parecer anterior desta Procuradoria, reafirmando que, "constatado o vício, há que se ponderar se o ato produzido deve ou não ter seus efeitos mantidos, para tanto, mister se faz levar em consideração a supremacia do interesse público."

Portanto, a Teoria do "Prospective Overruling" e os artigos da LINDB apontados em sua peça recursal não se aplicam à situação em tela, como faz crer a Concessionária Recorrente.

Sendo assim, cabe dizer que no processo em tela foram observados os Princípios constitucionais bem como aqueles norteadores do direito administrativo, como o contraditório e ampla defesa, em respeito ao devido processo legal, uma vez que foi oportunizado à Recorrente apresentar suas manifestações a fim de que o feito se encontrasse apto para receber a Deliberação em espeque.

Portanto, em exame do d. Voto condutor da deliberação ora recorrida, este faz expressa menção aos apontamentos da CAPET e desta Procuradoria, corroborando com os termos ali expostos e apresentando as razões que levaram à referida deliberação, não deixando dúvidas de que as determinações impostas no d. Voto foram em consonância com os princípios norteadores do direito.

Nessa toada, uma vez que a Recorrente não satisfeita com a glosa no valor de R\$ 1.573.732,94 (um milhão, quinhentos e setenta e três mil, setecentos e trinta e dois reais e noventa e quatro centavos), na data base de dezembro de 2008 e com as determinações apontadas na Deliberação AGENERSA nº 3.657/2018, cuja decisão que deu azo foi perfeitamente fundamentada pelo Ilmo. Sr. Conselheiro Relator, esta Procuradoria sugere, portanto, pela rejeição das alegações constantes no presente tópico.

b) "Da Feição Totalmente Acrítica da Glosa Sugerida. Da Evidência Quanto à Ocorrência de Custo. Da Imperiosidade de se Considerar as Despesas Incorridas. Do Risco de Enriquecimento sem Causa da Administração Pública".

Alega a Recorrente, em caráter de subsidiariedade, que "em razão da mudança de critério (...), a CAPET suscita do poder de autotutela para retroagir tal exigência e concluir, de maneira acrítica, pela não comprovação dos custos apresentados a título de requisição de estoque e de notas fiscais parcialmente alocadas na obra, e, conseqüentemente, sugerir glosas de tais custos."; que "(...) a mera conclusão física do investimento é prova de que houve dispêndio financeiro e a AGENERSA não deve ignorar este fato."; que "considerar que eventual confirmação das glosas por esse E. Conselho-Diretor importará em enriquecimento sem causa por parte da Administração Pública, (...)." e que "(...) Havendo evidência quanto ao efetivo dispêndio financeiro por parte da Prolagos é possível concluir (...) a dificuldade encontrada por essa AGENERSA é de rastreabilidade das indigitadas despesas."

Complementarmente ao extenso esclarecimento desta Procuradoria constante no item 'a' desse parecer, frisa-se mais uma vez, que não houve qualquer mudança de critério de fiscalização e/ou reanálise de provas por parte desta

AGENERSA, tendo a CAPET realizado a revisão das prestações de contas da Recorrente através de um ato de poder-dever/ dever-poder da Administração, com base na autotutela, realizando as glosas, em cumprimento aos Princípios da supremacia pública, legalidade, segurança jurídica e confiança legítima, dentre outros, com fundamento na Lei 9.784/99 e em respeito aos artigos 54 e 55, da Lei nº 9.784/1999. Desse modo, não há que se falar em risco de enriquecimento ilícito à Administração Pública.

Sendo assim, apesar da Recorrente ter tido todas as oportunidades de manifestação nos autos, em observância ao devido processo legal, restou patente a necessidade da CAPET, em defesa do equilíbrio do Contrato de Concessão, realizar as glosas por serem as despesas identificadas estranhas às obras.

Nesse sentido, verifica-se que o d. Voto condutor da deliberação recorrida, traz o seguinte apontamento:

"Resta ainda mencionar que não se pode admitir que, ao apresentar suas comprovações financeiras, a Concessionária encaminhe documentos estranhos à obra e ao processo, seja qual for o montante. É obrigação da Concessionária zelar pela correta prestação de contas à AGENERSA. (...)".

Assim, é evidente que a Câmara de Política Econômica e Tarifária procedeu ao correto cumprimento dos valores orçados para as obras em questão, uma vez que possíveis e impactantes erros de prestação de contas, levará ao reflexo e prejuízo aos usuários, "face a uma possível remuneração tarifária incompatível com o que foi efetivamente orçado e gasto na obra do processo", o que já seria suficiente para impor à AGENERSA o dever de impedir ganhos financeiros indevidos, garantindo a prestação de serviço adequado, consoante o art. 6º da Lei Federal nº 8987/1995.

Diante do exposto, inexistente razão às alegações da Recorrente, motivo pelo qual esta Procuradoria recomenda rejeição das mesmas.

c) "Do Desequilíbrio Econômico-Financeiro Decorrente das Glosas"

Requer a Recorrente que as glosas determinadas na deliberação em espeque sejam integralmente anuladas, pelo fato de causarem desequilíbrio no contrato, apontando para isso, o princípio da realidade e intangibilidade da equação econômico-financeiro.

Complementarmente aos esclarecimentos desta Procuradoria constantes no item `b`, é de bom tom salientar que "o serviço de saneamento básico no Brasil (...) é, tanto por conta de expressa previsão legal, quanto em razão de suas características intrínsecas, diretamente relacionadas com o interesse da coletividade, considerado serviço público. (...)".





GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO

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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/020-626/2012

Data 23/10/2012

Rubrica: 43664907

Desse modo, em relação ao regime jurídico do serviço de saneamento básico, destaca-se a obrigatoriedade de estrita observância dos termos do art. 175, da CF/88, o qual dispõe :

"Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado."

Desse modo, "independente de haver prestação direta pelo Poder Público ou delegada a particulares, os serviços públicos, em virtude de sua extrema relevância para o interesse público, devem sempre obedecer determinados princípios, dentre os quais (...): (i) o Princípio da Universalidade, constante da obrigação de extensão da prestação do serviço ao maior número de usuários possível; (ii) o Princípio da Continuidade, (...); (iii) o Princípio da Modicidade Tarifária, constante da obrigação de cobrar-se os menores valores possíveis pela prestação dos serviços."

É nesse sentido que esta Procuradoria ressalta que "o serviço de saneamento básico, (...), deverá sempre ser prestado de forma contínua e com qualidade para o maior número de usuários possível e com remuneração tão módica quanto possível".

Considerando o dever-poder/poder-dever para a realização das glosas efetuadas pela CAPET, como já exaustivamente demonstrado nos tópicos acima por esse Órgão Jurídico, ressalta-se que a revisão tarifária é um dos mecanismos que visam o equilíbrio econômico-financeiro, refletindo um direito da Concessionária originariamente assegurado no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, em especial quando garante àquele que contrata com a Administração Pública a manutenção das condições da proposta.

No plano infraconstitucional, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007 - "Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico (...) e dá outras providências"-, a qual considera expressamente como um dos objetivos da regulação "a definição de tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência dos serviços e que permitam a apropriação dos ganhos de produtividade", conforme inciso IV, art. 22.

Verifica-se que tal aspecto foi ponderado no d. Voto condutor da Deliberação recorrida atenta para o assunto em questão, conforme abaixo:



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

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/020.626 2012
Data 23 10 2012 Fb: 1111
Rubrica: 43464805

"Acompanho a sugestão da CAPET de que a diferença ora apurada seja considerada para compensação na IV Revisão Quinquenal, por tratar-se de investimento cujo valor total havia sido consolidado pelos trabalhos da Fundação Getúlio Vargas relativos à III Revisão Quinquenal. Portanto, conforme recomendação do órgão técnico, a mencionada diferença deverá ser lançada na rubrica "Multas deliberações" do item 1.1.2, "Entrada de Caixa", reequilibrando, assim, o contrato na medida do valor da glosa."

Portanto, repisa-se, que a revisão realizada pela CAPET foi em cumprimento "aos Princípios da Supremacia do Interesse Público, da Legalidade e do Poder-Dever de rever os atos, para fins de assegurar o cumprimento das normas regulatórias e a modicidade tarifária, de forma justa.", não merecendo prosperar as alegações da Recorrente sobre o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Diante do exposto, inexistindo, portanto, vício de legalidade na Deliberação AGENERSA nº 3.657/2018, e, em homenagem aos princípios e normas que regem a legislação em vigor, esta Procuradoria recomenda rejeição das alegações recursais.

4. Conclusão

Por todo o exposto, opino pelo conhecimento do Recurso, porque tempestivo. No que tange ao mérito, pela negativa de provimento em razão de inexistir vício de legalidade na deliberação recorrida, que prima pela observância às normas contratuais e aos princípios reguladores do direito.

Mediante ofício, informei à Prolagos acerca da conclusão da instrução do presente feito, encaminhei cópia de inteiro teor do mesmo e assinei o prazo de 10 (dez) dias para Razões Finais.

Em resposta, a Prolagos apresenta correspondência pela qual reitera os argumentos dispostos no Recurso interposto.

É o Relatório.

Tiago Mohamed Monteiro

Conselheiro-Relator

Id. 5089461-7



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

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/020.626/2012
Data 23/10/2012
Rubrica: 4346480x

Processo nº : E-12/020.626/2012
Data de autuação: 23/10/2012
Concessionária: Prolagos
Assunto: Investimentos - Expansão Distribuição Água - Expansão de Redes de Água no Bairro Monte Alto, no Município de Arraial do Cabo/RJ (RECURSO).
Sessão Regulatória: 26/03/2019

VOTO

Trata-se de Recurso tempestivamente¹ interposto pela Concessionária Prolagos, em face da Deliberação AGENERSA nº. 3657, de 18/12/2018¹.

Na citada peça Recursal, a Delegatária suscita os seguintes pontos: mudanças de critérios na avaliação das comprovações financeiras; afronta ao Princípio da Segurança Jurídica e Teoria do Prospective Overruling; aplicação do disposto no artigo 82 do Regimento Interno da AGENERSA e da Lei nº. 13.665/2018; rede local em plena operação; e desequilíbrio econômico-financeiro decorrente das glosas apontadas.

Inicialmente, cabe destacar que o feito foi submetido à nova apreciação deste Colegiado tendo em vista a re-análise, pela CAPET, das comprovações financeiras encaminhadas pela Delegatária, a qual ocorreu através da Nota Técnica nº. 79/2018 e Parecer Técnico nº. 170/2018.

Nos estudos elaborados pela CAPET, aquele órgão técnico informou "erro na conversão do valor original para a base dezembro de 2008" na nota fiscal nº. 7416 (fornecedor Manoplan) que, após re-conferência, alcançou a quantia de R\$ 44,80 (quarenta e quatro reais e oitenta centavos - base dezembro/2008).

Na mesma oportunidade, incluiu, ainda, 06 (seis) novas glosas que, acrescidas das anteriormente apontadas, totalizaram o valor de R\$ 1.563.511,73 (um milhão, quinhentos e sessenta e três mil, quinhentos e onze reais e setenta e três centavos), reduzindo o montante final das comprovações financeiras para R\$ 1.918.916,51 (um milhão, novecentos e dezoito mil, novecentos e dezesseis reais e cinquenta e um centavos).

¹ A Deliberação AGENERSA nº. 3567/2018 foi publicada no DOERJ na data de 31/12/2018 (segunda-feira), iniciando-se o prazo disposto no Regimento Interno desta Reguladora em 02/01/2019, findando em 11/01/2019, data na qual foi protocolizado o Recurso ora analisado.

Conselheiro Tiago Mohamed Monteiro - Processo nº E-12/020/626/2012



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 Público Estadual
Processo nº E-12/020.626 / 2012
Data 23 / 10 / 2012 Fa: 1113
Rubrica: 4346488

Para rechaçar as glosas, a Prolagos defende que a re-análise da CAPET configura mudança de critérios nas conferências dos dispêndios financeiros.

Conforme já manifestado por este Colegiado em processos anteriores que trataram de glosas de notas fiscais, as novas análises elaboradas pela CAPET não configuram alteração de critérios de conferência. Os critérios continuam os mesmos, e são amplamente conhecidos pela Prolagos.

Contudo, diante da necessidade de reexame dos dispêndios, e quando da realização deste, esta Autarquia constatou que diversas notas fiscais foram acostadas aos autos por engano, por tratarem-se de investimentos alheios a obra objeto deste feito.

E este reexame é correto e regular, valendo lembrar que a revisão de atos por parte da Administração Pública é possível (e necessária), quando configurado erro que importe em prejuízo ao serviço público regulado e à coletividade.

Nesse sentido, justamente, é Princípio da Autotutela, que estabelece que a Administração Pública detém o poder de controlar os seus próprios atos, revogando-os quando inconvenientes ou inoportunos.

A matéria é pacífica e encontra-se prevista na Súmula 473 do STF; no artigo 53 da Lei nº. 9784/99 - *que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal* -; e no artigo 51 da Lei 5427/09 - *que estabelece as normas sobre os atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro*, conforme abaixo:

"Súmula 473 - STF: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

"Art. 53 - Lei 9784/99: A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos".

Conselheiro Tiago Mohamed Monteiro - Processo nº E-12/020/626/2012



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

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/020.626 / 2012
Data 23 10 / 2012 Nr. 1114
Rubrica
43464807

"Art. 51 - Lei 5427/09: A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode, respeitados os direitos adquiridos, revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade".

Desta forma, está evidente a possibilidade de revisão dos atos praticados por esta AGENERSA (no exercício da autotutela), procedimento que não afronta, em absoluto, os princípios da Segurança Jurídica, Proteção da Confiança Legítima, Boa-Fé Objetiva e Proibição de Comportamento Contraditório.

Vale ressaltar que, a constatação da inclusão de notas fiscais alheias ao investimento analisado obriga esta AGENERSA a rever o ato praticado, em atenção à Supremacia do Interesse Público que se sobrepõe aos demais princípios mencionados pela empresa.

Cabe lembrar, ainda, que os atos praticados pela Administração Pública abrangem atividades exercidas para atender às necessidades coletivas (tendo por finalidade o bem comum), que também se sobrepõem a interesses privados.

Assim, já restou pacificado por esta Reguladora que não se trata de alteração de critérios, mas sim de correção das análises anteriores, ante aos equívocos identificados.

Desta forma, também não há que se aplicar, ao caso, a Teoria do Prospective Overruling, vez que a mesma somente seria atraída por uma mudança de metodologia de análises, a qual somente poderia ser aplicada, caso mais agravante, de forma prospectiva.

O mesmo entendimento se estende aos preceitos dispostos na Lei nº. 13.655/2018 - que alterou o Decreto-Lei nº. 4.657/42 - uma vez não há que se falar em "mudança posterior de orientação geral"; repise-se, não houve alteração de critérios ou de sistemática nas análises, houve uma re-conferência e, quando desta, constaram-se erros que precisam ser sanados.

Não podemos esquecer que os valores deliberados a título de investimento impactam na tarifa cobrada pela Delegatária, razão pela qual, estes devem ser precisos e correspondentes às intervenções efetivamente realizadas.

Desta maneira, não há que se falar em atitude arbitrária por parte desta AGENERSA ao rever os comandos anteriormente editados, primeiro porque há respaldo jurídico para tanto e, segundo, porque o interesse público deve ser sempre observado.

AK

Conselheiro Tiago Mohamed Monteiro - Processo nº E-12/020/626/2012



GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO

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

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/020.626 2012
Data 23 10 2012 Fa. 115
Rubrica 4346480X

Nesse sentido, é o parecer da Procuradoria que, além de defender a necessidade de revisão dos atos anteriormente praticados neste feito (por meio da autotutela), afasta completamente qualquer possibilidade de prescrição quinquenal, uma vez que a deliberação AGENERSA nº. 2367/2015, foi publicada no DOERJ em 12/02/2015².

No que se refere ao argumento de que a plena operação da rede bastaria para comprovar os dispêndios realizados, cabe destacar que o regular funcionamento da rede não é suficiente para demonstrar que todos os materiais e serviços informados nas notas fiscais apresentadas foram implementados na obra.

Se assim fosse, nenhuma glosa jamais poderia ocorrer, uma vez que a operação do sistema serviria como justificativa para toda e qualquer nota apresentada. Vale lembrar que, em diversos processos já julgados por esta Reguladora em anos anteriores, houve a concordância da Delegatária quanto a algumas glosas à época apontadas e que erros ocorrem sim, muitas vezes até em razão do volume de intervenções realizadas e documentos gerados.

Desta forma, entendo que este argumento não pode ser acatado, até porque a operação adequada do sistema é obrigação contratual da Concessionária e a homologação de valores somente pode se dar diante a demonstração irrefutável da aplicação de recursos na realização das intervenções.

No que concerne à alegação de inobservância do disposto no artigo 82 do Regimento Interno desta Casa, vale destacar a detalhada manifestação da Procuradoria que, em respeito à Supremacia do Interesse Público, deixou de aplicar o citado dispositivo ao presente caso, aplicando a Lei Estadual nº. 5427/2009³, a Lei 8987/1995⁴ e a Lei nº. 11.445/2007⁵.

Caso os diplomas legais acima fossem ignorados em detrimento da aplicação exclusiva do disposto no Regimento Interno desta Reguladora, equívocos praticados (naturais à qualquer atividade administrativa) poucas vezes poderiam ser corrigidos, mesmo havendo respaldo legal para tanto.

² Fls. 967.

³ Artigo 52, parágrafo único.

⁴ Artigos 6º e 53.

⁵ Artigos 21 e 22.

Conselheiro Tiago Mohamed Monteiro - Processo nº E-12/020/626/2012



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 Público Estadual
Processo nº E-12/020/626/2012
Data 23/10/2012
Rubrica: 43464801

Por fim, no que tange à alegação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em razão das glosas apontadas, filio-me à detida análise elaborada pelo Jurídico desta Autarquia, lembrando a importância da precisão quanto aos valores homologados a título de investimentos, os quais compõem a estrutura tarifária e afetam, diretamente, à população.

Desequilíbrio haverá, se a Concessionária mantiver as remunerações anteriormente percebidas, vez que não fez jus a tanto. Deve a empresa ser remunerada, sim, sobre o que efetivamente dispendeu para aquele determinado investimento, o que não configura a hipótese dos presentes autos.

Assim, há a premente necessidade de reequilíbrio do Contrato, em favor da Concessão e não da Concessionária, que deve restituir os importes percebidos de forma indevida. O enriquecimento sem causa, por ela alegado, é em favor dela, não da Concessão, portanto, deve ser corrigido e a lei permite esta providência.

Frise-se, por derradeiro, que ao longo de toda a instrução processual, foram disponibilizadas inúmeras oportunidades de manifestação à Prolagos, que sempre teve acesso aos pareceres e manifestações dispostas no feito, pronunciando-se sobre toda documentação acostada nos autos, em respeito aos princípios do Contraditório e Ampla Defesa.

Assim, por todo o exposto, amparado pelas manifestações técnicas e jurídicas da CAPET e Procuradoria, sugiro ao Conselho-Diretor:

- Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária Prolagos em face da Deliberação AGENERSA nº. 3657, de 18/12/2018 vez que tempestivo e, no mérito, negar-lhe provimento.

É o Voto.

Tiago Mohamed Monteiro
Conselheiro-Relator
Id. 5089461-7



GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO

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

Arquivo Público Estadual

Processo nº E-12/020.626/2012

Data 23/10/2012 às 11h

Rubrica: 43464807

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº _____, DE 18 DE DEZEMBRO DE 2018.

CONCESSIONÁRIA PROLAGOS -
Investimentos EXPANSÃO
DISTRIBUIÇÃO ÁGUA - Expansão de Redes
de Água no Bairro Monte Aho, no município
de Arraial do Cabo/RJ

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-12/020.626/2012, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º - Em consonância com a análise realizada pela CAPEL, considerar que houve a comprovação financeira da referida obra no valor de R\$ 1.918.916,51 (um milhão novecentos e dezoito mil novecentos e dezesseis reais e cinquenta e um centavos), na data base de dezembro/2008.

Art. 2º - Em consonância com a análise realizada pela CAPEL, determinar que a diferença ora apurada no valor de R\$ 1.573.732,94 (um milhão, quinhentos e setenta e três mil, setecentos e trinta e dois reais e noventa e quatro centavos), na data base de dez/2008, seja considerada para compensação na IV Revisão Quinquenal, por se tratar de investimento cujo valor total havia sido consolidado pelos trabalhos da Fundação Getúlio Vargas relativos à III Revisão Quinquenal. A mencionada diferença deverá ser lançada na rubrica "Multas deliberações" do item 1.1.2, "Entrada de Caixa", reequilibrando o contrato na medida do valor da glosa. Deverão ser calculados os possíveis efeitos da presente decisão no resultado da III Revisão Quinquenal e considerados na IV Revisão Quinquenal.

Art. 3º - Aplicar à Concessionária Prolagos a penalidade de advertência, com base na Instrução Normativa nº 007/2009, art. 24, I, "g", pelo descumprimento da Cláusula

Conselheiro Tiago Mohamed Monteiro - Processo nº E-12/020/626/2012



GOVERNO DO ESTADO
RIO DE JANEIRO

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

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/020.626 / 2012
Data 23 / 10 / 2012 Pá: 1118
Rubrica: 63664808

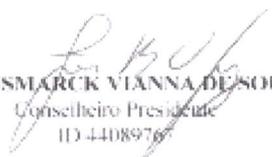
Décima Nona, parágrafo primeiro, alíneas "c" e "g" e parágrafo segundo, alínea "c", todos do Contrato de Concessão, por não prestar informações precisas sobre a comprovação financeira da referida obra.

Art. 4º - Determinar que a SECEX, em conjunto com a CASAN, proceda à lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa CODIR nº 007/2009

Art. 5º - Determinar que a SECEX encaminhe cópia do presente processo aos autos da IV Revisão Quinquenal da Prólago.

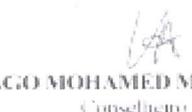
Art. 6º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

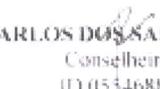
Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 2018.

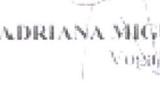

JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA
Conselheiro Presidente
ID 44089767


LUIGI EDUARDO TROISI
Conselheiro Relator
ID 44299605


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
Conselheiro
ID 39234738


TIAGO MOHAMED MONTEIRO
Conselheiro
ID 50894617


JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro
ID 05446885


ADRIANA MIGUEL SAAD
Vogal

Conselheiro Tiago Mohamed Monteiro - Processo nº E-12/020/626/2012



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

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/020.626/2012
Data 23/10/2012
Rubrica: 4346480X

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 3781

, DE 26 DE MARÇO DE 2019.

CONCESSIONÁRIA PROLAGOS -
INVESTIMENTOS - EXPANSÃO DISTRIBUIÇÃO
ÁGUA - EXPANSÃO DE REDES DE ÁGUA NO
BAIRRO MONTE ALTO, NO MUNICÍPIO DE
ARRIAL DO CABO/RJ (RECURSO).

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-12/020.626/2012, por unanimidade,

DELIBERA,

Art. 1º - Conhecer o Recurso interposto pela Concessionária Prolagos em face da Deliberação AGENERSA nº. 3657, de 18/12/2018 vez que tempestivo e, no mérito, negar-lhe provimento.

Art. 2º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente
Id. 44089767


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro
Id. 44299605


Tiago Mohamed Monteiro
Conselheiro-Relator
Id. 50894617


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro
Id. 39234738


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro
Id. 05546885


Adrijana Saad
Vogal