



SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL
 Processo: E-12/003/682/2013
 Data: 13/11/2013
 Fls.: 669
 Assinatura: [Assinatura]

Processo nº.: E-12/003/682/2013
 Data de Autuação: 13/11/2013
 Concessionária: Prolagos
 Assunto: Investimentos - Ampliação do Sistema Adutor
 Sessão Regulatória: 31 de Outubro de 2018

VOTO

Na Sessão Regulatória realizada em 31/08/2016, o Conselho-Diretor por unanimidade editou a Deliberação AGENERSA nº 2955/2016¹, que tratou de reiterar o teor do voto prolatado na Sessão Regulatória de 24/05/2016, que culminou na Deliberação AGENERSA nº 2897/2016², que possui a

, DE 31 DE AGOSTO DE 2016.

¹ DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2955

CONCESSIONÁRIA PROLAGOS - INVESTIMENTO - AMPLIAÇÃO DOS SISTEMA ADUTOR.

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-12/003/682/2013, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Alterar, por autotutela, a Deliberação AGENERSA Nº 2897/2016, que passa a vigorar da seguinte forma:

"Art. 1º - Em consonância com a manifestação exarada pela CAPET, declarar que houve a devida comprovação financeira no valor de R\$ 4.719.289,13 (quatro milhões, setecentos e dezenove mil e duzentos e oitenta e nove reais e treze centavos), data-base dez/2008;

Art. 2º - Em consonância com a manifestação exarada pela CASAN, declarar que houve a devida comprovação física da execução da obra;

Art. 3º - Aplicar à Concessionária Prolagos a penalidade de multa, no valor de 0,003% (três milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, aqui considerada como a data 05/03/2014, com base na Instrução Normativa nº 007/2009, art. 23, I, "r" c/c art. 24, I, "g", pelo descumprimento da Cláusula Décima Nona, Parágrafo Primeiro, alíneas "c", "f" e "g" c/c Parágrafo Segundo, alínea "c" todos do Contrato de Concessão, por não prestar informações precisas sobre a execução da obra e sua comprovação física e financeira, de acordo com os arts. 2º e 3º da Deliberação AGENERSA nº 2040/2014, considerando que a obra foi iniciada antes, em data anterior à deliberação;

Art. 4º - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com as Câmaras Técnicas CASAN e CAPET, a lavratura do respectivo Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa CODIR nº 007/2009;

Art. 5º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação."

Art. 2º - Encerrar o presente processo;

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

Rio de Janeiro, 31 de Agosto de 2016.

José Bismarck V. de Souza, Conselheiro-Presidente; Silvio Carlos Santos Ferreira, Conselheiro-Relator; Luigi Eduardo Troisi, Conselheiro; Roosevelt Brasil Fonseca, Conselheiro; Moacyr Almeida Fonseca, Conselheiro.

DE 24 DE MAIO DE 2016.

² DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº. 2897

CONCESSIONÁRIA PROLAGOS - INVESTIMENTOS - AMPLIAÇÃO DO SISTEMA ADUTOR.

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-12/003/682/2013, por unanimidade, DELIBERA:

Art. 1º - Aplica à Concessionária Prolagos a penalidade de multa, no valor de 0,003% (três milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, aqui considerada como a data de 05/03/2014, com base na Instrução Normativa nº 007/2009, art. 23, I, "r" c/c art. 24, I, "g", pelo descumprimento da Cláusula Décima Nona, Parágrafo Primeiro, alíneas "c", "f" e "g" c/c Parágrafo Segundo, alínea "c" todos do Contrato de Concessão,



conclusão do entendimento desta relatoria em relação aos fatos narrados no processo e propomos por auto tutela, a reforma da Deliberação AGENERSA nº 2897/2016.

Em 11/01/2017, a SECEX solicita o apensamento do processo E-12/003/352/2016 (Auto de Infração. Penalidade de Multa) a este processo.

Em razão da solicitação acima, o presente processo foi remetido à Procuradoria³ desta AGENERSA, onde em seu parecer, preliminarmente, destacou que ao proceder a análise do processo E-12/003/352/2016 debateu-se com a problemática apresentada pela SECEX, conforme transcrição a seguir:

"O presente processo foi instaurado para cobrança da penalidade de multa imposta pelo artigo 3º da Deliberação AGENERSA nº 2.955/2016, editada nos autos do processo regulatório E-12/003/682/2013 e publicada no Diário Oficial em 28/09/2016, tendo em vista que seu artigo 5º revoga a Deliberação AGENERSA nº 2.897/2016.

Nesse sentido, importa ressaltar que a multa acima citada foi anteriormente aplicada por meio do artigo 1º da revogada Deliberação AGENERSA nº 2897/2016 e cobrada no Auto de Infração nº 122/2016 de 20/07/2016, e encontra-se devidamente quitada desde 09/09/2016, conforme se verifica nos autos do processo administrativo E-12/003/262/2016, correlato a cobrança da citada penalidade.

Diante do exposto, rogo orientação de como proceder no em tela, a fim de evitar a cobrança em duplicidade à concessionária."

Em razão do informado pela SECEX, a Procuradoria solicitou todos os processos envolvidos (E-12/003/682/2013, E-12/003/352/2016 e E-12/003/282/2016), para a realização de uma análise conjunta. Da análise dos autos, principalmente das fls. 597 em diante, ao Jurídico constatou, que existem dois votos (fls. 599 e 600 e fls. 603 e 604) e três deliberações (fls. 601, 605 e 607).

por não prestar informações precisas sobre a execução da obra e sua comprovação física e financeira, de acordo com os arts. 2º e 3º da Deliberação AGENERSA nº 2040/2014, considerando que a obra foi iniciada antes, em data anterior à deliberação;

Art. 2º - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com as Câmaras Técnicas CASAN e CAPET, a lavratura do respectivo Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa CODIR nº 007/2009;

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

Rio de Janeiro, 24 de maio de 2016.

José Bismarck V. de Souza, Conselheiro-Presidente; Silvio Carlos Santos Ferreira, Conselheiro-Relator; Luigi Eduardo Troisi, Conselheiro; Roosevelt Brasil Fonseca, Conselheiro; Moacyr Almeida Fonseca, Conselheiro.

³ Fls. 619 à 625, PARECER nº 06/2017 - IAPS - PROC/AGENERSA, de 17/04/2017



No primeiro, de fls. 599 e 600 e parte dispositiva à fls. 601, observa-se que *"a ratio do voto não era penalizar, e sim entregar um provimento declaratório quanto as comprovações física e financeira da obra por meio de inserção de artigos na deliberação anterior."*

Nesta linha, ao analisar o voto de fls. 603 e 604 e parte dispositiva à fls. 605, *"percebe-se novamente que não houve a intenção de aplicar nova penalidade, pelo contrário, tentou-se condensar o provimento declaratório à deliberação anterior por meio de autotutela."*

Entretanto, em que pese a ratio do CODIR, conforme informação da SECEX acostada à fl. 608, a Secretaria da Casa Civil no momento da publicação da deliberação a alterou, resultando na versão que segue à fl. 607 e acarretando na aplicação de mais uma penalidade à concessionária."

Acontece, que tal postura da Secretaria da Casa Civil maculou de vícios o ato administrativo exarado por esta autarquia, visto que claramente a parte dispositiva foi proposta por parte incompetente que não atuou na instrução processual, assim como não retrata a ratio do voto. Ressalta-se, que a aplicação da nova multa acarreta num bis in idem em relação à multa aplicada por meio da Deliberação AGENERSA nº 2.897/2016."

Rememorou a edição da Súmula nº 473⁴ do STF que trata que a Administração Pública pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios.

E prosseguiu o Jurídico *"não adentrando ao fato de que foi a Secretaria da Casa Civil que propôs a deliberação que foi publicada (o CODIR a ratificou), verifica-se que a incongruência entre a disposição contida na Deliberação AGENERSA nº 2.955/2016 e em sua ratio, ou seja, seu voto macula o ato administrativo em seu elemento motivo, visto que afronta diretamente a Teoria dos Motivos Determinantes, conforme entendimento do Professor José dos Santos Carvalho Filho⁵".*

⁴ Súmula 473 do 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"

⁵ "Desenvolvida no Direito francês, a teoria dos motivos determinantes baseia-se no princípio de que o motivo o ato administrativo deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade. E não se afigura estranho que se chegue a essa conclusão: se o motivo se conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, e inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato"

Encontra-se a exigência dessa compatibilidade a própria lei. A Lei nº 4.717/1965, que regula a ação popular, depois de considerar nulos os atos que tenham o vício da inexistência de motivos (art. 2º, "d"), procura definir o que significa tal distorção: "a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido" (art. 2º, parágrafo único, "d").

Uma análise acurada da definição legal conduz à conclusão de que o legislador agrupou sob a mesma figura hipóteses diversas. A inexistência dos motivos é o que a lei aponta quando a matéria de fato ou de direito é materialmente inexistente. A outra hipótese ali contemplada como sendo vício no motivo não é a de inexistência de motivo, mas sim a da falta de congruência entre o motivo (este existente) e o resultado do ato, consistente este no objeto e na finalidade."



Nesta linha de raciocínio, "constata-se a necessidade de anulação do 'decisum', posto que *flagrantemente da leitura dos votos depreende-se a intenção de entrega de um provimento declaratório no que tange as comprovações físico e financeira por parte da concessionária e a manutenção da deliberação anterior. Repise-se, não foi o que aconteceu.*"

Portanto, "a deliberação enviada pela Casa Civil não respeitou a intenção demonstrada pelo CODIR durante os votos, inclusive, destaco que a gravação da sessão regulatória esclarece que a deliberação que foi aprovada foi a de fls. 599/601, logo sacramentado está o vício do ato administrativo."

Assim considerando, "saliento a necessidade de anulação da Deliberação AGENERSA nº 2.955/2016."

Lembrou a Procuradoria que com a anulação de tal deliberação, algumas consequências devem ser consideradas, posto que já produziram efeitos no mundo jurídico.

Uma delas, é "a necessidade de entrega de novo provimento declaratório quanto a comprovação física e financeira versada nos autos, visto que a anulação da deliberação suso refletirá na ineficácia da declaração anterior."

Além disso, "verifica-se que a Deliberação AGENERSA nº 2.955/2016 revogou a Deliberação AGENERSA nº 2.897/2016. Entretanto, destaco que a multa anteriormente aplicada pela deliberação nº 2.897 já havia sido paga pela concessionária, conforme constata-se da instrução processual nos autos do E-12/003.262/2016.

Em que pese o pagamento da multa supracitada estar abarcado pelo ato jurídico perfeito, sugere-se que seja declarada a vigência da Deliberação AGENERSA nº 2.897/2016, ou seja, isto implicaria em conferir efeitos repristinatórios à decisão."

Relembrou a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶, bem como o ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho⁷.

⁶ 'Caberia, afinal, perguntar, ante este efeito supressivo do ato revogador: quid juris se houver revogação do ato revogador? Isto é, se houver um terceiro provimento que elimina a supressão estabelecida pelo segundo ato? Neste caso há de entender-se que o único sentido do terceiro ato é reconstituir de direito o que resultou do primeiro. É dizer: está implícito nele o alcance de repristinar a situação original, embora, como é inerente à revogação, a partir da emissão do último ato, ou seja, sem efeito retroativo. Seu efeito é recriar o que estava extinto, a partir da última revogação. Negar-lhe esta consequência corresponderia a considerar o ato um sem-sentido e contestar o que fora pretendido com sua emissão.

⁷ O problema surge quando a Administração se arrepende da revogação, pretendendo o retorno do ato revogado para que ressurgam os seus efeitos. Nesse caso, como bem averba DIÓGENES GASPARINI, a só revogação não terá o efeito de repristinar o ato revogado, porque a isso se opõe o art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conquanto destinada a norma às leis revogada e revogadora. Na verdade, não se pode mais conceber que o ato



Desta feita, "verifica-se a possibilidade jurídica do acima proposto. Entretanto, convém salientar o porquê de tal proposta. A mesma se dá em razão da possibilidade da concessionária pugnar pela devolução do valor pago já que não mais existe ato administrativo que dê azo à penalidade, apesar de o pagamento ter ocorrido durante a regular vigência de um ato jurídico perfeito."

Ressaltou que, "a aplicação de efeitos respristinatórios não tem o condão de aplicar uma nova multa, como se vê da deliberação a que se sugere a anulação. Realça-se ainda, que eventuais discussões que poderiam surgir com relação a atualização monetária não hão de prosperar, posto que a multa já está paga."

E finalizou, sugerindo: "A anulação da Deliberação AGENERSA nº 2.955/2016 por conter vícios na forma apresentada na presente manifestação; A declaração de que houve a devida comprovação financeira no valor de R\$ 4.719.289,13 (quatro milhões, setecentos e dezenove mil e duzentos e oitenta e nove reais e treze centavos), data-base dez/2008, em consonância com a manifestação exarada pela CAPET; Declarar que em consonância com a manifestação exarada pela CASAN que houve a devida comprovação física da execução da obra; Declarar a expressa vigência da Deliberação AGENERSA nº 2.897/2016; Determinar o arquivamento dos processos E-12/003.682/2013 e E-12/003.352/2016."

Mediante Ofício AGENERSA/CODIR/SS nº 93/2018⁸, informei à Prolagos sobre o encerramento da instrução processual e assinei o prazo de 05 (cinco) dias para a apresentação de razões finais.

Por fim, registro que a Prolagos apresentou sua derradeira manifestação, em 15/10/2018⁹, reiterando os termos de sua defesa e justificativas anteriores.

Reiteramos o teor do voto prolatado na Sessão regulatória de 24/05/2016, que possui a conclusão do entendimento desta relatoria em relação aos fatos narrados no processo e propomos por auto tutela, a reforma da Deliberação AGENERSA nº 2897, de 24/05/2016, tal no que segue:

Art. 1º- Anulação da Deliberação AGENERSA nº 2.955/2016, por conter vícios na forma apresentada na presente manifestação;

revogado, expungido do universo jurídico, ressuscite pela só manifestação de desistência do ato revogador. Esse é o primeiro aspecto a ser considerado. O segundo ocorre quando a Administração quer mesmo restaurar a vigência do ato revogado e, no próprio ato em que se arrepende da revogação, expressa seu intento, de forma cabal e indubitável. Nesse caso, o efeito é diferente, e isso porque num só ato a Administração faz cessar os efeitos da revogação e manifesta expressamente a sua vontade no sentido de revigorar o ato revogado. Na prática, nasce um novo ato administrativo com dois capítulos: um relativo à desistência da revogação e outro consistindo no mesmo objeto que o ato revogado. Essa hipótese não se afigura ilegal!

⁸ Fls. 650, em 08/10/2018.

⁹ Fls. 1429 à 1433, Carta PROLAGOS Nº 1248/2018, em 15/10/2018.

Art. 2º- Em consonância com a manifestação exarada pela CAPET, declarar que houve a devida comprovação financeira no valor de R\$ 4.719.289,13 (quatro milhões, setecentos e dezenove mil e duzentos e oitenta e nove reais e treze centavos), data-base dez/2008;

Art. 3º- Em consonância com a manifestação exarada pela CASAN, declarar que houve a devida comprovação física da execução da obra;

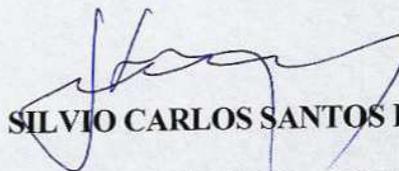
Art. 4º- Aplicar à Concessionária Prolagos a penalidade de multa, no valor de 0,003% (três milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, aqui considerada como a data 05/03/2014, com base na Instrução Normativa nº 007/2009, art. 23, I, "r" c/c o art. 24, I, "g", pelo descumprimento da Cláusula Décima Nona, Parágrafo Primeiro, alíneas "c", "f" e "g" c/c o parágrafo segundo, alínea "c" todos do Contrato de Concessão, por não prestar informações precisas sobre a execução da obra e sua comprovação física e financeira, de acordo com os arts. 2º e 3º da Deliberação AGENERSA nº 2040/2014, considerando que a obra foi iniciada antes, em data anterior à deliberação;

Art. 5º- Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com as Câmaras Técnicas CASAN e CAPET, a lavratura do respectivo Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa CODIR nº 007/2009;

Art. 6º- Determinar o arquivamento dos processos E-12/003/682/2013 e E-12/003/352/2016;

Art. 7º- Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação, revogando a Deliberação AGENERSA nº 2897/2016.

É o voto.


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
CONSELHEIRO - RELATOR



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

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
Processo:	ER, 003/682, 2013
Data:	17/11/2013 Fls. 670
Rubrica:	Am JLVZ6520

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3689

, DE 31 DE OUTUBRO DE 2018.

CONCESSIONÁRIA PROLAGOS -
INVESTIMENTOS - AMPLIAÇÃO DO
SISTEMA ADUTOR.

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-12/003/682/2013, por unanimidade,

DELIBERA:

Art. 1º- Anulação da Deliberação AGENERSA nº 2.955/2016, por conter vícios na forma apresentada na presente manifestação;

Art. 2º- Em consonância com a manifestação exarada pela CAPET, declarar que houve a devida comprovação financeira no valor de R\$ 4.719.289,13 (quatro milhões, setecentos e dezenove mil e duzentos e oitenta e nove reais e treze centavos), data-base dez/2008;

Art. 3º- Em consonância com a manifestação exarada pela CASAN, declarar que houve a devida comprovação física da execução da obra;

Art. 4º- Aplicar à Concessionária Prolagos a penalidade de multa, no valor de 0,003% (três milésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, aqui considerada como a data 05/03/2014, com base na Instrução Normativa nº 007/2009, art. 23, I, "r" c/c o art. 24, I, "g", pelo descumprimento da Cláusula Décima Nona, Parágrafo Primeiro, alíneas "c", "f" e "g" c/c o parágrafo segundo, alínea "c" todos do Contrato de Concessão, por não prestar informações precisas sobre a execução da obra e sua comprovação física e financeira, de acordo com os arts. 2º e 3º da Deliberação AGENERSA nº 2040/2014, considerando que a obra foi iniciada antes, em data anterior à deliberação;

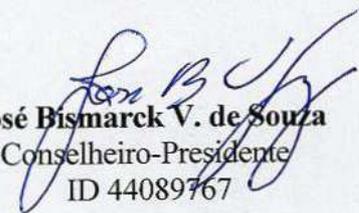
Art. 5º- Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com as Câmaras Técnicas CAPET, a lavratura do respectivo Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa CODIR nº 007/2009;

Art. 6º- Determinar o arquivamento dos processos E-12/003/682/2013 e E-12/003/352/2016;

Art. 7º- Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação, revogando a Deliberação AGENERSA nº 2897/2016.

Art. 8º - Esta Deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.

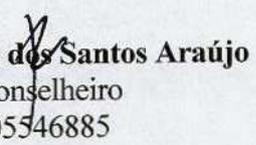
Rio de Janeiro, 31 de Outubro de 2018.


José Bismarck V. de Souza
Conselheiro-Presidente
ID 44089767


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro
ID 44299605


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro-Relator
ID 39234738


Tiago Mohamed Monteiro
Conselheiro
ID 50894617


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro
ID 05546885

Adriana Miguel Saad
Vogal