



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: E-12/003/490/2013
Data 06/08/2013 Fls. 22 03
Rubrica 44.5029047

Processo n.º : E-12/003.490/2013
Data de autuação: 06/08/2013.
Concessionária: Águas de Juturnaíba
Assunto: **3ª REVISÃO QUINQUENAL DA CONCESSIONÁRIA ÁGUAS DE JUTURNAÍBA**
Sessão Regulatória: 29/11/2018.

RELATÓRIO

Os presentes autos foram instaurados para avaliar a proposta da Terceira Revisão Tarifária da Concessionária Águas de Juturnaíba, visar a fixação de patamares tarifários a vigorarem a partir de 1º de janeiro de 2016, análise do equilíbrio econômico - financeiro da concessão, bem como o estabelecimento dos investimentos provisionados a serem executados pela Delegatária.

Instruídos os autos e submetido o assunto à análise na Sessão Regulatória de 13/08/2015 foi editada a Deliberação AGENERSA n.º. 2616/2015¹, através da qual restou estabelecido:

"Art. 1.º. Aprovar a aplicação do Método do Fluxo de Caixa descontado, como metodologia para a Revisão Quinquenal Tarifária da Concessionária Águas de Juturnaíba, nos termos do presente voto, com a Taxa Interna de Retorno - TIR de 13,02%, como parâmetro de equilíbrio econômico financeiro do Contrato de Concessão.

Art. 2.º. Analisar, a cada Revisão Tarifária, o cenário macroeconômico vigente à época com o propósito de definir a Taxa Interna de Retorno - TIR que melhor reflita o ciclo revisional em questão.

Art. 3.º. Aprovar o Fluxo de Caixa descontado, nos termos do relatório final do Grupo de Trabalho desta AGENERSA, conforme consta no Anexo I.

Art. 4.º. Aprovar os investimentos propostos pela Concessionária Águas de Juturnaíba, com anuência do Poder Concedente, nos termos do relatório final apresentado pelo Grupo de Trabalho desta AGENERSA, conforme consta no Anexo II.

¹ Publicada no DOERJ de 25/08/2015 com os respectivos anexos I e II.



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: E12/003/490/2013
Data: 06/08/2013 Fls: 2204
Rubrica: Aly. Souza

Art. 5º. Aprovar o reajuste tarifário correspondente a 05 (cinco) parcelas de 4,34% anuais e sucessivas, a serem aplicadas a partir de 10 de janeiro de 2016, e as seguintes nas datas de 1º de janeiro dos anos de 2017, 2018, 2019 e 2020.

Art. 6º. Determinar à Concessionária Águas de Juturnaíba que divulgue a nova estrutura tarifária, a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2016, aos seus usuários, por meio de anúncios em jornais de grande circulação, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias de sua entrada em vigor, com fundamento no artigo 39 da Lei Federal n.º 11.445/2007, encaminhando cópia das aludidas publicações a esta Agência Reguladora.

Art. 7º. Prorrogar o prazo do Contrato de Concessão, por mais 120 (cento e vinte) meses a contar de 2037 (40º ano inicial do contrato), conforme pleito da Concessionária, pareceres da Consultoria e conclusões do Grupo de Trabalho, contribuindo para a modicidade tarifária do pleito.

Art. 8º. Recomendar aos Poderes Concedentes Estadual e Municipais celebração de Termo Aditivo, nos termos do artigo 7º da presente Deliberação.

Art. 9º. Determinar à SECEX que instaure processos regulatórios específicos para tratar dos seguintes temas:

I - Avaliação das fórmulas e critérios utilizados para Controle de Perdas Físicas pela Concessionária Águas de Juturnaíba;

II - Metodologia de Indicadores Técnicos de Avaliação de Continuidade - ICA;

III - Estudo para a formulação do Plano de Contas pela Concessionária Águas de Juturnaíba;

IV - Metodologia para o cálculo do Fator X e sua aplicação na tarifa;

Art. 10. Considerar a estrutura tarifária aprovada no âmbito da 2ª Revisão Quinquenal a fim manter a Tarifa Social vigente no âmbito da 3ª Revisão Quinquenal.

Art. 11. Considerar aceito como investimento proposto, o Plano de Educação Ambiental no âmbito da 3ª Revisão Quinquenal.



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 E-12/003/490/2013
Data 06/08/2013 Fls. 2205
Rubrica CAJ. 5020124

*Art. 12. Esta deliberação entrará em vigor na data de sua publicação.*²

Depois de publicada a decisão no DOERJ de 25/08/2015 com os respectivos anexos I e II os autos seguiram seus trâmites de praxe a fim de verificar o cumprimento da decisão colegiada, cujos citados anexos foram republicados no DOERJ de 02/12/2015³.

Por meio do Ofício AGENERSA/PRESI nº. 098/2018 instei a CAJ a se pronunciar sobre a compatibilidade jurídica do art. 7º da Deliberação AGENERSA/CD nº. 2616/2015 com o art. 3º da Lei nº. 2.831 e a Concessionária, por meio da CAJ - 175/18⁴, alegou que, "ao cotejar a matéria tratada no artigo 7º da Deliberação AGENERSA/CD nº 2.616, de 13 de agosto de 2015 com a matéria no artigo 3º da Lei Estadual nº 2.831, de 13 de novembro de 1997 (...)" entendeu ser possível "(...) constatar que uma não guarda qualquer relação com a outra, posto que: (i) enquanto a questão versada no preceptivo insito na epígrafa Deliberação trata de modus operandi de aplicação dos instrumentos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, dentre eles a ampliação do prazo concessório conjugado ou não com aumento de tarifa, o qual, aliás, consubstanciou-se em estudo multidisciplinar da lavra da ida Fundação Getúlio Vargas - FGV; (ii) o artigo 3º da Lei Estadual trata da prorrogação de prazo por previsão contratual, nos termos do inciso XII do artigo 23 da Lei Federal 8.987/95"; registrou, nesse passo, que a natureza dos instrumentos eram distintas; asseverou que a consulta cingia-se "(...) basicamente, (i) à extensão da exclusividade, a vinculação da relação jurídico concessória ao edital, ao contrato e à proposta vencedora; (ii) à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e dos demais princípios dos quais as concessões de serviços públicos estão jungidos; e, (iii) das formas e modulações instrumentais para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sem descuro dos demais princípios igualmente intangíveis"; ressaltou que "a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de que trata o artigo 9º da Lei 8.987/95 não pode ser relegada a plano secundário e muito menos convertida em tabula rasa, porque o seu equilíbrio contratual, entre ser consentâneo do comando legal, se calca nos princípios do equilíbrio das relações contratuais e da boa-fé, além os princípios da segurança e estabilidade das relações jurídicas pontificados no artigo 1º da Carta Magna, sendo certo que o seu eventual desequilíbrio

² Meu grifo.

³ Cópia às fls. 1803/1806.

⁴ De 09/03/2018, às fls. 1839/1855.



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:	E-12/003/490/2013
Data:	06/08/2013 Fls: 2206
Rubrica:	Cy. Souza

importará na obrigação de reequilíbrio, a teor do preceptivo legal anteriormente indicado, do item 22 do Edital e a Cláusula Sétima do Contrato Concessório, que são instrumentos reguladores da relação concessória, que igualmente se vincula à proposta, nos termos e para os efeitos do artigo 3º da Lei Federal 8.666/94, dos artigos 4º e 14 da Lei Federal 8.987/95, do inciso XI do artigo 37 e do artigo 175, ambos da Constituição Federal"; salientou que na hipótese de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, impositivo seria o seu restabelecimento mediante os instrumentos legais como i) aumento geral das tarifas, ii) alteração dos prazos e condições para cumprimento das metas e/ou postergação de investimentos, iii) aportes do Poder Concedente, iv) revisão do cronograma de implantação dos SISTEMAS, v) ampliação do prazo concessório, vi) supressão ou aumento de encargos para a CONCESSIONARIA, vii) redução do valor da outorga, se for o caso, viii) junção parcial ou total desses fatores, para propiciar o reequilíbrio, sem se descurar da modicidade tarifária, e ix) outras alternativas admitidas legalmente.⁵

Em continuidade, a CAJ registrou que *"se o aumento tarifário, total ou parcial, comprometer o princípio da modicidade; se o erário não comportar oneração; se não há outorga a reduzir ou não for possível a redução de outorga; se o interesse público desaconselhar a retração dos investimentos ou acanhamento das metas; a ampliação do prazo é alternativa legítima, sendo certo que, neste caso, a concessionária terá que suportar um prazo maior para o retorno do investimento, que poderia reaver em prazo menor; o que significa dizer que a concessionária trabalhará mais tempo para o retorno do empreendimento, do que teria que trabalhar para o retorno previsto originariamente no prazo inicialmente fixado"; afirmou que a ampliação do prazo seria a forma menos gravosa e impactante para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assim como a medida mais prudente e aconselhável, "(...) embora a concessionária tenha que suportar o ônus do retorno dos investimentos em prazo maior do que lhe era de direito (...)"*; destacou que não havia *"(...) que se confundir 'ampliação do prazo' como instrumento de composição para o reequilíbrio econômico - financeiro da concessão; com 'prorrogação de prazo contratual'"* porque *"a 'ampliação do prazo' como instrumento de reequilíbrio econômico - financeiro da concessão não enseja mais controvérsia, sendo ele um ato meramente executivo"*; reforçou que a intangibilidade econômico-financeira do contrato era

⁵ Grifos como no original.



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

inquestionável; trouxe, nesse sentido, trecho da doutrina de Carlos Ari Sundfeld⁶, cujo excerto dispôs que a dilação do prazo original do contrato se presta a recompor a situação de prejuízo, decorrendo, ao contrário da prorrogação ou renovação da concessão⁷, de "(...) medida de compensação econômica provocada por situação de desequilíbrio efetivamente comprovada (...)", sendo que o "(...) prazo a ser estendido deve corresponder precisamente ao necessário para alcançar o equilíbrio" e "não é elemento livre, ou pré-fixado contratualmente ou no edital", devendo a dilação "(...) corresponder a uma realidade de fato (econômica) efetivamente demonstrada"; asseverou, expondo as lições de Marçal Justen Filho, que não é outro o entendimento doutrinário; expôs que, nos termos das lições exibidas pelos autores administrativistas, "(...) alterou-se o entendimento para aceitar a solução da prorrogação do prazo da concessão como instrumento para produzir a recomposição da adequação econômico-financeira original"; ressaltou, colocando-a das fls. 1845 até 1851, que essa foi a linha que norteou "(...) os estudos multidisciplinares realizados pela Fundação Getúlio Vargas - FGV, onde apresentou as premissas para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e que orientou a 3ª Revisão Quinquenal de que trata a Deliberação AGENERSA/CD 2.616, de 13 de agosto de 2015 (...)"; e afirmou que foi essa a alternativa eleita pela AGENERSA, "(...) com uma única e pontual alteração, que não outra, senão o percentual de reajustamento anual, proposto pelo Grupo de Trabalho no primeiro adendo ao Final, passando o mesmo a ser de 4,34% (quatro inteiros quatro centésimos por cento), a partir de janeiro de 2016 (...)".

Asseverou, em sequência, que "(...) a ampliação do prazo concessório representa uma das formas de recomposição do fenômeno do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato concessório, seja ela isolada ou integrativamente com outros fatores, como de fato foi feito, por equilibrarem, a um só tempo, o interesse dos usuários, preservando modicidade da tarifa; o

⁶ Obra destacada: "Pareceres, Direito Administrativo Contratual (concessões, contratos administrativos - pags. 69/70, v. IV da Revista os Tribunais)".

⁷ Nas lições do autor, conforme citou a CAJ, esses ocorrem com base "(...) na pura e simples conveniência das partes, desde que previamente admitidas no contrato e no edital (ver art. 175, parágrafo único, da CF/1988 e art. 23, XII, da Lei 8.987/1995. A prorrogação ou renovação da concessão é medida consensual, aceita pelo Estado com base em poder discricionário conferido constitucionalmente (art. 175, parágrafo único, I, da CF/1988). Destina-se a manter o serviço público em mãos de quem tenha demonstrado capacidade e idoneidade para dele cuidar, os riscos de uma transição desastrosa para um novo prestador. Sua justificativa é, portanto, o interesse público, não o direito de o concessionário completar a amortização do investido. Embora se devam respeitar os termos da licitação e do contrato original, a prorrogação é quase um contrato derivado, com relativa autonomia."

8



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

interesse do erário; a preservação das metas a não retração dos investimentos, associada à preservação da própria concessão, que não será inviabilizada, ante ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, como passo fundamental para a universalização dos serviços de saneamento, intimamente vinculados à saúde pública e ao meio ambiente"; explicou que a matéria não é nova "(...) pois a Lei Federal 9.074/95 já pontificava a dilação do prazo concessório como instrumento assecuratório de retorno de investimento em concessões de energia condição esta que, mutatis mutandi, bem se amolda ao caso vertente, notadamente por sua umbilical vinculação com a saúde pública e com o meio ambiente, que são valores indisponíveis e inalienáveis das presentes e futuras gerações"; registrou que "a questão envolvendo o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tenha a recomposição a forma que for, diz respeito a ato eminentemente administrativo, como pontificado por lei, sendo certo e indubitoso que a ampliação do prazo como uma das formas do reequilíbrio do contrato em nada difere das demais; o que estabelece a segura compreensão silogística de caber exclusivamente ao órgão regulatório praticá-lo por seus próprios meios, desde que, por óbvia razão, balizado em elementos consistentes à sua aplicação, culminado com ato próprio dos Poderes Concedentes em forma de aditamento"; entendeu oportuno mencionar "(...) que a situação ora analisada (ampliação do prazo da concessão por ato administrativo) integra o cotidiano de praticamente todas as concessionárias do País, dos mais diversos segmentos, já que, conforme acima assinalado, as próprias peculiaridades que envolvem uma concessão de serviço público, por si só, já tornam tal prática uma medida quase que 'obrigatória', sob pena de se inviabilizar os objetivos almejados pelo Poder Público, através do contrato concessório"; citou, a título exemplificativo, os seguintes Termos Aditivos: 1º Termo Aditivo - Adasa - Cláusula Segunda, item VII; 3º Termo Aditivo - Prolagos - Cláusula Quarta, letra 'd'; 8º Termo Aditivo - Supervia/Transp. Rodov. - Cláusula Terceira; e 6º Termo Aditivo - Metrô/RJ - Cláusula Terceira.

Ainda na CAJ - 175/18 a Concessionária afirmou que à luz do ordenamento jurídico pátrio, princípios e normas já retratados, assim como disposições contratuais e editalícias, a "(...) ampliação do prazo de concessão como instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é ato legítimo e legal, o qual nada tem a ver com a prorrogação de prazo de contrato de que trata o artigo 3º da Lei Estadual 2.831/97, que é norma de reprodução do inciso XII do artigo 23 da Lei Federal 8.987/95 e do inciso I do parágrafo único do artigo 175 da



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

SERVICO PÚBLICO ESTADUAL	
Processo:	E-12/003/490/2013
Data:	06/08/2013 Fis: 2209
Rubrica:	01.50201207

Constituição Federal"; ratificou que não havia "(...) que se confundir o instrumento jurídico de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, como foi o caso da alternativa votada à unanimidade por esse emérito Colegiado e objeto da correspondente Deliberação AGENERSA/CD nº 2.616/15; com o instrumento jurídico de prorrogação de contrato de que trata o artigo 3º da Lei Estadual nº 2.831/97, em reprodução do inciso XII do artigo 23 da Lei Federal 8.987/95 e do inciso I do parágrafo único do artigo 175 da Constituição Federal, por serem eles distintos e bem diversos um do outro, não se equiparando, não se equivalendo e nem se comparando um com o outro"; asseverou que a "(...) recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se deu, por óbvias razões, por ato administrativo próprio e motivado, sendo certo que a sua formalização através da sobredita Deliberação/AGENERSA atendeu, como de fato atende, ao princípio da segurança e aos parâmetros de legitimidade/legalidade, não havendo dívidas de que a equação econômica original do contrato pode, como de fato poderá sempre ser recomposta, desde que comprovado o seu desequilíbrio, mediante a adoção, isolada ou combinada, dos diversos meios legais para tanto, dentre eles o aumento tarifário ou de sua base pagante, indenização direta da concessionária pelo Poder Público, ou, ainda, mais especificamente relacionada à hipótese vertente, mediante ampliação do prazo da concessão"; afirmou, nessa linha, que "a ampliação do prazo contratual é um expediente necessário para evitar agravar os usuários com o aumento de tarifas que ultrapassem o limite da modicidade"; explicou que "em tal caso, não está a simples ideia de estender um vínculo para além do termo inicialmente previsto apenas porque a relação se apresentara satisfatória" porque "antes, tal evento se propõe como fórmula concebida para, ao atender um dever jurídico inafastável, qual seja, o de promover a revisão tarifária imperiosa para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do pacto, evitando sua repercussão sobre os usuários do serviço"; e finalizou discorrendo que "(...) consideradas essas possibilidades, a decisão acerca da fórmula exata para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste encontra-se na esfera da discricionariedade do administrador público que, todavia, deverá observar os elementos jurídicos relevantes já referidos ao interesse dos usuários e à modicidade das tarifas."

Sobre o tema, a procuradoria da AGENERSA exarou o seguinte parecer:



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: E-12/003/490/2013
Data: 06/08/2013
Fis: 22/10
Rubrica: CM - 50201242

"1. O presente processo trata do procedimento formal referente à 3ª Revisão Quinquenal da Concessionária Águas de Juturnaíba. Remetido a esta Procuradoria por força do despacho exarado pela relatoria do Ilmo. Sr. Conselheiro José Bismarck Vianna de Souza, fls. 1857, para análise e manifestação, especialmente a respeito das alegações colacionadas pela Concessionária Águas de Juturnaíba, fls. 1839.

2. Instada a se manifestar sobre a compatibilidade jurídica do art. 7º, Deliberação AGENERSA nº 2.616, de 13 de agosto de 2015, a Concessionária Águas de Juturnaíba, na esteira das alegações colacionadas em sua manifestação, justifica que a ampliação do prazo de concessão como instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é ato legítimo e legal, que não se confunde com a prorrogação de que trata a Lei estadual nº 2.831/1997.

3. Insta salientar que o feito foi deliberado, observando-se rigorosamente o devido processo legal. Por meio da Deliberação AGENERSA nº 2616, de 13 de agosto de 2015, o Conselho-Diretor da AGENERSA, dentre outras questões, prorrogou o prazo do Contrato de Concessão, por mais 120 (cento e vinte meses), a contar de 2037 (40º ano inicial do Contrato), conforme pleito da Concessionária, pareceres da Consultoria e conclusões do Grupo de Trabalho, contribuindo para a modicidade tarifária do pleito, consoante dicção do art. 7º.

4. Sentido semelhante se observa pela redação da Cláusula Nona do Sétimo Termo Aditivo ao Instrumento Concessivo, a qual dispõe que o prazo do Contrato de Concessão fica estendido por mais cento e oitenta meses, a contar do término do prazo inicialmente previsto e em curso desde a data da ordem de serviço inicial do contrato, como instrumento complementar de realinhamento do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

5. Ocorre que, segundo o art. 3º, Lei nº 2.831, de 13 de novembro de 2017, 'o prazo do contrato de concessão não poderá exceder a 25 (vinte e cinco) anos, permitida a prorrogação, por uma só vez e, no máximo, por igual período, desde que comprovada a prestação adequada do serviço.' Aplicando-se a presente dicção



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

legal ao caso em espeque, salta aos olhos que a Concessionária Águas de Juturnaíba já foi contemplada com o instituto da prorrogação - 7º Termo Aditivo -, não cabendo, pois, falar em nova, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, que prescreve aos a ministradores observância fiel aos postulados democráticos, sob pena de inversão à ordem jurídica.

6. Por mais que concorram interpretações diversas e, até mesmo, defensáveis pelo prisma da juridicidade à luz do cumprimento rigoroso de diversas condicionantes (Parecer FMMM nº 13/2015), é certo pelo prisma da legalidade estrita que as condições ditadas pelo Instrumento Concessivo, as quais seguem o mesmo sentido prescrito na lei retromencionada, devem ser interpretadas, não somente segundo os princípios licitatórios, como também sob a legalidade estrita. A lógica parece simples e é permeada pelo abrigo, repita-se, de diversos princípios licitatórios. Os contratos de concessão seguem a execução de um objeto licitado, consoante os termos estritos do edital de licitação, de forma que há clara equação lógica entre a vantagem que se auferi por meio de uma contratação e sua correspondência proporcional à competição oriunda de um procedimento licitatório.

7. Deflui daí, seguindo os postulados que regem às licitações, a regra de que a obtenção de melhores condições à coletividade é proporcionalmente maior do que aquelas que decorrem de uma prorrogação contratual, que pode, muitas vezes, trazer sentido oposto ao originalmente licitado. O manejo do certame licitatório traz em si um leque de expectativas públicas - diga-se, de passagem, todas legítimas - na obtenção de tarifas menores para os usuários ou, até mesmo, mais investimentos em benefício da coletividade e, pois, ao saneamento básico, pelo mesmo custo.

8. As considerações apresentadas são coerentes com o equilíbrio regulatório, eis que é por meio da materialização das mesmas que se permitirá visualizar um cenário propício de atendimento, em grande parte, às expectativas dos consumidores - condizentes com a qualidade do serviço prestado - e ao acesso cada vez maior por parte de outros segmentos carentes destes serviços. Assim é



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: E-12/003/490/2013	
Data: 06/08/2013	Fls: 22/12
Rubrica: ay-50201247	

que, atrelado a conjuntura atual, nova licitação poderá superar os obstáculos assimétricos, ante o estímulo concorrencial de engajamento participativo de múltiplos agentes nas questões ambientais e sociais envolvidas.

9. Considerando que a vigência dos contratos de concessão é atrelada por um período demasiadamente longo, é fácil presumir que a realidade institucional que impera na esfera estadual não é mais a mesma do que aquela originalmente concedida à época da licitação, justificando, sob prisma da vantajosidade, que a realização de uma nova licitação seria mais vantajosa do que a permanência de um contrato por sucessivos e desautorizados períodos. Tenha-se em mente que a licitação pode capitanear soluções tecnológicas mais eficazes, operacionais e sustentáveis em relação àquelas previstas no Instrumento Concessivo que se pretende prorrogar.

10. Nesse sentido, parece apropriado, ante aos limites e excepcionalidade da medida, o manejo da prorrogação por uma vez só e pelo prazo inferior ao máximo permitido.

11. Na esteira das argumentações colacionadas no corpo da presente promoção jurídica, esta Procuradoria considera prejudicada a dicção do art. 7º, Deliberação AGENERSA nº 2.616, de 13 de agosto de 2015, atraindo o manejo da autotutela. Trata-se de entendimento garantista e defensável à luz do interesse coletivo e dos direitos fundamentais. Em decorrência, a retificação que se sugere justificará revisão acurada pela CAPET em relação aos efeitos do equilíbrio econômico - financeiro da Concessão, sob a rigorosa recomendação de que 'a tarifa não pode ultrapassar um teto que coloque em risco a generalidade que se busca atingir com a prestação do serviço'."

Por meio do Ofício AGENERSA/CODIR/JB nº. 078/2018 a CAJ foi instada a apresentar razões finais no prazo de 03 (três) dias (até 22/03/2018). Requereu a Concessionária, no entanto, a dilação do prazo para resposta, uma vez que, dada a complexidade da matéria e considerando os termos do entendimento exarado pela Procuradoria da AGENERSA - com o qual registrou sua



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: E-12/003/490/2013
Data: 06/08/2013 Fls: 2213
Rubrica: CAJ-50201247

discordância -, formalizou consulta ao eminente professor Eros Roberto Grau e estava, até então, "(...) no aguardo do seu parecer acerca da questão."

Não obstante o deferimento do pleito dilatatório, a CAJ apresentou manifestação em 23/03, porquanto não obteve ciência, até aquele momento, da decisão quanto ao pedido de dilação. Em suas razões finais, reforçou os argumentos já expostos nos autos no sentido da confusão interpretativa quanto ao instituto da prorrogação e o da ampliação do prazo concessório.

Em 28/03/2018 a CAJ requereu, mais uma vez, a dilação do prazo para manifestação, a fim de que, em 30 (trinta) dias, pudesse necessariamente colher e, assim, apresentar os pareceres solicitados aos eminentes juristas Eros Roberto Grau e Ellen Gracie Northfleet, de modo a pacificar a questão.

Deferido o pedido, a CAJ protocolou, em 10/05/2018, suas razões finais, anexando a elas os entendimentos dos juristas citados no parágrafo anterior⁸. Nessa peça, a Concessionária sintetizou a hipótese de julgamento explicando que ela cingia-se "(...) à 'ampliação, extensão ou dilação de prazo', como um dos instrumentos para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, não sendo o fato de o artigo 7º da Deliberação AGENERSA/CD nº 2.616, de 13 de agosto de 2015, tê-lo, equivocadamente, denominado de 'prorrogação de prazo', que irá transmutar a natureza do ato". Registrou, em sequência, que a ampliação do prazo como um dos instrumentos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato não sufragava o "(...) entendimento de ser ato comparável, confundível ou equivalente à 'prorrogação de prazo' de que trata o artigo 3º da Lei Estadual nº 2.831, de 13 de novembro de 1997, como norma de reprodução do inciso XII do artigo 23 da Lei Federal 8.987/95, por ser o ato praticado e expresso no artigo 7º da Deliberação AGENERSA/CD nº 2.616, de 13 de agosto de 2015, inequivocamente distinto em essência e conceitualmente do ato de que tratam os sobreditos preceptivos das leis estadual e federal em comento"; considerou que o que importa é a natureza, não o *nomen juris* do ato jurídico; ressaltou que a extensão de prazo não frustra a licitação, "(...) gerando dano ao erário, por, presumivelmente, impedir o Estado de licitar os serviços, exigindo outorga ao seu favor (...)", uma vez que "(...) isso não é possível, pela simples razão de o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato preceder a qualquer ato tendente à futura licitação dos serviços, porque esta só será possível após a extinção definitiva do contrato, pelo termo final de seu prazo"; sustentou, a fim de

⁸ Carta CAJ - 345/18.

Y



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: E-12/003/490/2013
Data: 06/08/2013 Fls: 2214
Rubrica: Oly. SOZE1242

reforçar esse argumento, que "(...) se por um lado é certo que em nova licitação poderão os Poderes Concedentes, no caso o Estado e os Municípios de Araruama, Saquarema e Silva Jardim fixar um valor de outorga; por outro, não menos certo é que, precedendo a isso, na hipótese de não haver a extensão do prazo, de modo a reequilibrar econômica e financeiramente o contrato, por meio desse legítimo e legal instrumento jurídico, terão os erários que suportar o ônus de suprir o desequilíbrio, mediante aporte financeiro próprio, com os dinheiros da coletividade recolhidos a título de tributos, significando dizer que, se dano houver para os erários, certamente o será na hipótese da não concessão da extensão do prazo, por que isso importaria, necessariamente, no dever dos erários de suportar o ônus incontinente do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, com aporte próprio"; explicou, nesse passo, que "(...) o consumidor pagará a tarifa e o povo sofrerá o ônus do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, através dos erários, antes de haver a expiração contratual concessória, que permita aos Poderes Concedentes licitar os serviços, mediante pretensão pagamento de outorga, obviamente se houver a viabilidade e sustentabilidade econômico-financeira para tanto, conforme exigido pelo inciso II do artigo 2º c/c o inciso II do artigo 11 da Lei Federal 11.445/07, regulamentados pelo inciso II do artigo 3º c/c o inciso II do artigo 39 do Decreto Federal 7.217/10"; e registrou que nesse sentido se pronunciou o Eminent jurista Eros Grau nos itens 18 e 4 da consulta formulada.

Sugeri a Concessionária, em prosseguimento, que não se deveria argumentar pela supressão da extensão de prazo porque, assim, oneraria a tarifa e abalaria a modicidade tarifária, "(...) pois se a tarifa comportasse o suprimento do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato por inteiro, certamente não teria a FGV conjugado o aumento da tarifa com a extensão do prazo"; expôs seu entendimento no sentido de que a AGENERSA esgotou sua função regulatória quanto à questão quando deliberou pela unanimidade do seu Conselho-Diretor e consubstanciada nos pareceres da Procuradoria e de seu Corpo Técnico; e expôs que dessa forma foi o entendimento exarado pela eminente Jurista Ellen Gracie, destacando, assim, os itens 38 a 45 do seu parecer.

Sob o tópico "**II - DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL**", a Delegatária salientou que o entendimento da procuradoria da AGENERSA era isolado e não encontrava eco na mais balizada doutrina ou nos pareceres do "(...) eminente Professor e Ex-Ministro do STF, Eros Roberto Grau e da não menos eminente Jurista e Ex-Ministra e Ex-Presidente do STF, Ellen Gracie (...)";



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

reproduziu a consulta realizada ao r. Ministro⁹ Eros Roberto Grau; explicou, nessa consulta formulada, os termos do presente processo, registrando que a despeito da Deliberação nº. 2.616/2015 a questão ainda pendia "(...) da consumação mediante celebração de termo aditivo, aliás, já aprovado, mas ainda não liberado pelo fato de a AGENERSA ter questionado se a extensão de prazo, equivocadamente denominada do artigo 7º da sobredita deliberação de 'prorrogação' estaria compatível com o artigo 3º da Lei Estadual 2.831/97 (...)"; mencionou na consulta o entendimento da CAJ de que a extensão de prazo de que tratou o estudo da FGV e motivou a citada decisão colegiada não se confundia com a prorrogação do prazo do art. 3º da Lei Estadual 2.831/97, "(...) que mais se coaduna com a prorrogação contratual de que tratam o inciso XII, do art. 23 da Lei Federal 8.987/95 e o inciso I, do parágrafo único, do art. 175 da CF/88, que nos parecem instrumentos jurídicos distintos e bem diversos um do outro"; registrou, para a ciência do consulente, sua consideração de que "ao cotejar a matéria tratada no artigo 7º da Deliberação AGENERSA/CD nº. 2.616, de 13 de agosto de 2015 com a matéria disposta no artigo 3º da Lei Estadual nº 2.831, de 13 de novembro de 1997 (...)" constatou que uma não guardava qualquer similitude com a outra porque a Deliberação versava sobre o "(...) modus operandi de aplicação dos instrumentos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, dentre eles a ampliação do prazo concessório conjugado ou não com aumento de tarifa, o qual, aliás, consubstanciou-se em estudo multidisciplinar da lavra da conceituada Fundação Getúlio Vargas - FGV", enquanto que o art. 3º da lei estadual tratava da "(...) prorrogação de prazo por previsão contratual, nos termos do inciso XII do artigo 23 da Lei Federal 8.987/95"; e registrou a indagação ao eminente Ministro dos seguintes quesitos para consulta:

"- 1º - A ampliação do prazo do contrato de concessão é um instrumento válido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro?

- 2º - A Ampliação do prazo do contrato de concessão, como instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, se confunde com a prorrogação do prazo contratual previsto no inciso XII do artigo 23 da Lei Federal 8.987/95?

⁹ Fls 1933/1934.



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 E-12/003/490/2013
Data 06/08/2013 Fls. 2216
Rubrica Cely. So30/247

- 3º - O artigo 3º da Lei Estadual nº 2.831, de 13 de novembro de 1997, constitui óbice legal que impeça a aplicação da Deliberação AGENERSA/CD nº 2.616, de 13 de agosto de 2015, no que tange a ampliação do prazo concessório como instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato?

- 4º - Seguindo a linha dos quesitos anteriores, solicitamos manifestação de V.Exa. acerca do incluso parecer exarado pelo Procurador Geral da AGENERSA, que se manifestou no sentido de cancelar a ampliação do prazo de que trata o artigo 7º da Deliberação AGENERSA/CD nº 2.616, de 13 de agosto de 2015."

Ainda para a consulta a Concessionária pretendeu esclarecer se as extensões de prazo frustravam a licitação, "(...) o que causaria dano ao erário, porque, presumivelmente, o Estado poderia fixar uma outorga"; registrou seu entendimento de que "(...) o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato precede qualquer ato tendente à futura licitação dos serviços, porque esta só será possível após a extinção definitiva do contrato, pelo termo final de seu prazo"; mencionou, nesse sentido, que "(...) o consumidor pagará a tarifa e o povo sofrerá o ônus do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, antes de haver a expiração contratual concessória, que permita aos Poderes Concedente licitar os serviços, mediante pretensão pagamento de outorga, obviamente se houver a viabilidade e sustentabilidade econômico-financeira para tanto, conforme exigido pelo inciso II do artigo 2º do inciso II do artigo 11 da Lei Federal 11.445/07, regulamentados pelo inciso II do artigo 3º do inciso II do artigo 39 do Decreto Federal 7.217/10"; alegou que a questão já não comportava controvérsia, "(...) notadamente agora com a edição da Medida Provisória nº 752/2016, em cujo § 2º do artigo 22 teve o condão de bem distinguir 'extensão ou ampliação de prazo' como instrumento de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de 'prorrogação de prazo' de que trata o artigo 3º da Lei Estadual nº 2.831/97 e do inciso XII do artigo 23 da Lei Federal 8.987/95 e do inciso I do parágrafo único do artigo 175 da CF/88, por se tratarem de institutos jurídicos diversos e inconfundíveis entre si (...)"¹⁰; afirmou, realizando sua transcrição,

¹⁰ Assim a CAJ expôs o dispositivo da Medida Provisória:

γ



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: E-12/003/490/2013
Data: 06/08/2013 Fls: 2212
Rubrica: <i>Clay. SCS1242</i>

que o art. 4º, I, da Lei Federal 13.448/2017¹¹, fruto da conversão da sobredita Medida Provisória, entendeu por manter a definição e o conceito de prorrogação contratual, "(...) *não persistindo ao hermeneuta confundi-la com a alteração de prazo, como instrumento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, obrigando à Concessionária a trabalhar mais tempo, para reaver os investimentos realizados, que poderia ser reavido em menos tempo (...)*"; e acrescentou o seguinte quesito à consulta:

"5º - A ampliação do prazo, como instrumento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato constitui oneração ou desoneração do erário ou causa dano ao mesmo?"

Feitas as consultas, a CAJ expôs, conquanto juntados os pareceres aos autos, o entendimento dos Exm^{os}. Eros Roberto Grau e Ellen Gracie Northfleet com suas respostas aos quesitos; registrou, em continuidade, que "(...) *se houve ofensa ao princípio da legalidade estrita, certamente não o foi pelo artigo 7º da Deliberação AGENERSA/CD nº 2.616, de 13 de agosto de 2015, ainda que expressando um inquestionável equívoco conceitual no tocante à nomenclatura do ato jurídico tratado no epígrafado processado administrativo, ao denomina-lo, com indisfarçável erro, de 'prorrogação de prazo', mas que não é suficiente para alterar a natureza do ato jurídico decorrente de uma das cinco alternativas de simulação apresentadas no estudo multidisciplinar da lavra da conceituada Fundação Getúlio Vargas — FGV, contratada pela própria AGENERSA, para este específico fim, que diz respeito à 'ampliação do prazo', como instrumento de reequilíbrio*

"Art. 22 - As disposições desta Medida Provisória não obstat nem alteram a condução, pelo órgão ou pela entidade competente, no exercício das suas competências regulatórias, dos procedimentos de reequilíbrio econômico-financeiro instaurados em contratos não alcançados pelo art. 2º ou em razão de eventos distintos daqueles previstos nesta Medida Provisória.

§ 1º - omissis.

§ 2º - Não são alcançados pelas disposições desta Medida Provisória os procedimentos de extensão do prazo contratual para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, definida como a alteração do prazo de vigência do contrato de parceria destinada a com pensar eventuais desequilíbrios econômico-financeiros sobre o ajuste, quando cabível, conforme regras contratuais, editalícias ou regulamentares."

¹¹ Assim a CAJ transcreveu o dispositivo:

Art. 4º - Para os fins desta Lei, considera-se:

I - prorrogação contratual: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste." (grifos no original)

Y



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: E-12/003/490/2013
Data 06/08/2013 Fls: 2218
Rubrica <i>cy soco1247</i>

econômico-financeiro do contrato"; registrou que a questão já foi decidida pela AGENERSA "(...) *restando, apenas e tão somente, a remessa da Deliberação AGENERSA/CD nº 2.616, de 13 de agosto de 2015, a despeito do erro material de nomenclatura expresso no seu artigo 7º, o qual, repita-se, não tem o condão de alterar a natureza jurídica do ato de que trata a indicada deliberação, que não é outro, senão a de extensão do prazo para reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, para a correspondente celebração do Termo Aditivo entre os Poderes Concedentes (Estado e os Municípios de Araruama, Silva Jardim e Saquarema) e esta Concessionária*"; afirmou que o entendimento da Procuradoria da AGENERSA "(...) *não encontra guarida no ambiente jurídico e nem espaço nos mais alicerçados entendimentos de nossos mais conceituados doutrinadores pátrios, como demonstrado na Carta Conclusão que precede o parecer do eminente Professor Eros Roberto Grau e dos não menos eminentes publicistas Carlos Ari Sundfeld, Marçal Justen Filho e Floriano de Azevedo Marques Neto (...)*"; repisou sua consideração de que a matéria tratada no artigo 7º da Deliberação AGENERSA/CD nº. 2.616/2015 não guarda similitude com aquela disposta no artigo 3º da Lei Estadual nº. 2.831, de 13 de novembro de 1997; e frisou a existência de confusão interpretativa com os termos "prorrogação" e "ampliação" de prazo concessório;

Explicou a Delegatária que *"a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de que trata o artigo 9º da Lei 8.987/95 não pode ser relegada a plano secundário e muito menos convertida em tabula rasa, porque o seu equilíbrio contratual, entre ser consentâneo do comando legal, se calca nos princípios do equilíbrio das relações contratuais e da boa-fé, além dos princípios da segurança e estabilidade das relações jurídicas pontificados no artigo 1º da Carta Magna, sendo certo que o seu eventual desequilíbrio importará na obrigação de reequilíbrio, a teor do preceptivo legal anteriormente indicado, do item 22 do Edital e da Cláusula Sétima do Contrato Concessório, que são instrumentos reguladores da relação concessória, que igualmente se vincula à proposta, nos termos e para os efeitos do artigo 3º da Lei Federal 8.666/94, dos artigos 4º e 14 da Lei Federal 8.987/95, do inciso XXI do artigo 37 e do artigo 175, ambos da Constituição Federal"*; repetiu o argumento de que em havendo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, impositivo seria o restabelecimento de seu reequilíbrio mediante os instrumentos já citados pela CAJ, tais como aumento geral de tarifas, alteração de prazos para cumprimentos de metas, aportes do

Y



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: E-12/003/490/2013
Data: 06/08/2013 FE 2219
Rubrica: Qy. 5020 1247

Poder Concedente, ampliação do prazo concessório, redução do valor da outorga, etc.; registrou, em suma, que a possibilidade de conjunção de tais alternativas é legítima, principalmente quando contempla a manutenção do princípio da modicidade tarifária e a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; expôs que se o aumento tarifário comprometer o princípio da modicidade, se o erário não comportar oneração, se o interesse público desaconselhar a retração dos investimentos ou não for possível a redução de outorga, "(...) a ampliação do prazo é alternativa legítima, sendo certo que, neste caso, a concessionária teria que suportar um prazo maior para o retorno do investimento, que poderia reaver em prazo menor; o que significa dizer que a concessionária trabalhará mais tempo para o retorno do empreendimento, do que teria que trabalhar para o retorno previsto originariamente no prazo inicialmente fixado";¹² e reforçou que, embora a concessionária tenha que suportar o ônus do retorno dos investimentos em prazo maior do que o que lhe é de direito, a ampliação do prazo é a medida mais prudente e aconselhável por menos gravosa e impactante aos usuários e vantajosa para o Poder Público.

Continuando com sua sustentação, a Concessionária destacou que não se poderia confundir "ampliação de prazo" com "prorrogação de prazo contratual", porquanto o primeiro termo não ensejava mais controvérsia, "(...) sendo ele um ato meramente executivo"; explicou que "prorrogação, nada mais é do que a autêntica renovação do contrato, simultaneamente ao seu termo, por prazo idêntico ao original, desde que mantidas as suas mesmas condições", ou seja, "na Prorrogação o contrato é firmado com essa perspectiva de duplicação de prazo"; afirmou que a "(...) Ampliação do Prazo, (...) se caracteriza com o objetivo de natureza amortizante dos investimentos realizados durante a vigência do prazo original", e "não há prazo adicional pré-fixado para essa ampliação, mas sim, será ampliado o prazo tão somente pelo prazo necessário para propiciar a amortização que não seria alcançada com a manutenção do prazo original"; salientou que tais instrumentos não se confundem, porquanto da leitura do processo revisional está demonstrado "(...) claramente que estamos diante de uma ampliação do prazo concessório para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e não de prorrogação do contrato"; lembrou que esta Autarquia considerou que os investimentos incluídos na concessão não seriam amortizáveis no prazo restante da outorga

¹² Grifos no original.

8



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

e, "(...) dentro das opções jurídicas possíveis e fundamentadas em parecer técnico da FGV, optou pela ampliação do prazo de concessão em conjunto com o reajuste de tarifa de forma a permitir a manutenção da modicidade tarifária, evitando, assim, aumentos impactantes na tarifa do usuário, bem como evitando o pagamento pelos Poderes Concedentes para a devida compensação da equação econômico-financeira do contrato, mormente ante ao estado de penúria financeira em que se encontra o Estado do Rio de Janeiro, que sequer consegue honrar com o pagamento de pessoal, com reflexos nos Municípios que também compõem o corpo concedente, bem como da população que já não suporta mais a carga onerativa decorrente da própria crise financeira"; e asseverou que as consequências do entendimento exarado pela Procuradoria da AGENERSA "(...) não serão outras, senão a desonra com a obrigação a que se comprometeram os Poderes concedentes para com a Concessionária".

Em sequência, a CAJ ressaltou, citando diversos dispositivos que a sustentam, que a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato era inquestionável; destacou as lições do Professor Carlos Ari Sundfeld em obra já citada, a qual dispôs sobre os conceitos de dilação e prorrogação de prazo concessório; mencionou que "(...) outro não é o entendimento doutrinário do escólio dos mais renomados publicistas, dos quais se destacam as lições do eminente administrativista Marçal Justen Filho (...) "¹³; registrou os ensinamentos do professor Floriano de Azevedo Marques no sentido de que a prorrogação não se confundia com a extensão do prazo para fins de reequilíbrio; ressaltou que essa foi a linha que norteou os estudos da FGV, que "(...) apresentou as premissas para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e que orientou a 3ª Revisão Quinquenal de que trata a Deliberação AGENERSA/CD 2.616, de 13 de agosto de 2015 (...) "¹⁴; explicou que a FGV ofereceu 05 (cinco) simulações alternativas para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e a AGENERSA abarcou aquela sob o item "7.7.9 Alternativa 1 – 5ª Simulação (reajuste tarifário em cinco períodos anuais, sendo o primeiro em janeiro de 2016 e extensão do prazo contratual em 10 anos)", com o resultado de cinco reajustes anuais de 4,45%, iniciando-se em janeiro/2016 e extensão do prazo contratual em 10 anos; mencionou que essa foi, portanto, a opção eleita por esta Autarquia, apenas com a ressalva e adendo de que o

¹³ A CAJ destacou as lições do autor.

¹⁴ A CAJ apontou especificamente o item 7 e subitens 7.1 a 7.6 dos estudos da FGV.

8



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

reajustamento anual seria de 4,35% a partir de janeiro/2016; lembrou que a alternativa eleita atendeu aos anseios dos Municípios das áreas de concessão em favor da menor oneração dos usuários; repetiu que a ampliação do prazo era uma das formas de recomposição do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato a fim de preservar a modicidade tarifária e a não retratação dos investimentos, viabilizando, assim, a universalização dos serviços; registrou que a Lei 9074/95 já ensinava a dilação do prazo de concessão como instrumento de retorno de investimento em concessões de energia elétrica; observou, em suma, que a situação analisada, qual seja, ampliação de prazo concessório por ato administrativo, integra o cotidiano de quase todas as concessionárias do país; citou, nesse passo, as cláusulas dos Termos Aditivos de Adasa, Prolagos, Supervia/Transp. Rodov. e Metrô/RJ; reforçou que a ampliação do prazo de concessão é ato legítimo e legal e não se confunde com prorrogação de prazo contratual; e registrou que a Deliberação da AGENERSA "(...) atendeu, como de fato atende, ao princípio da segurança e aos parâmetros de legitimidade/legalidade, não havendo dúvidas de que a equação econômica original do contrato pode, como de fato poderá sempre ser recomposta, desde que comprovado o seu desequilíbrio, mediante a adoção, isolada ou combinada, dos diversos meios legais para tanto, dentre eles o aumento tarifário ou de sua base pagante, indenização direta da concessionária pelo Poder Público, ou, ainda, mais especificamente relacionada à hipótese vertente, mediante ampliação do prazo da concessão."

Em conclusão, a CAJ entendeu que a ampliação do prazo contratual era "(...) um expediente necessário para evitar agravar os usuários com o aumento de tarifas que ultrapassem o limite da modicidade" e, "em tal caso, não está a simples ideia de estender um vínculo para além do termo inicialmente previsto apenas porque a relação se apresentara satisfatória"; considerou, nesse sentido, que tal evento se propõe como fórmula concebida para atender a um dever jurídico inafastável, "(...) qual seja, o de promover a revisão tarifária em conjunto com a ampliação do prazo concessório, imperiosas para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do pacto, evitando sua repercussão sobre os usuários do serviço"; afirmou que, "(...) consideradas essas possibilidades, a decisão acerca da fórmula exata para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste encontra-se na esfera da discricionariedade do administrador público que, todavia, deverá observar os



elementos jurídicos relevantes já referidos ao interesse dos usuários e à modicidade das tarifas esteja consciente da questão conceitual e das diferenças que envolvem os institutos da prorrogação contratual x ampliação do prazo concessório como Instrumento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato"; sendo que "o que se está verificando nesse processo é a qualificação equivocada do instituto aplicado como Prorrogação" e "o julgador deve ter em mente a precisa distinção entre os institutos"; citou que o renomado doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello demonstrou a pacificação do tema; repisou que a questão foi objeto de Medida Provisória convertida em Lei, "(...) onde, com lapidar dicção didática, teve-se o condão de distinguir extensão e prorrogação, reafirmando o entendimento jurídico-doutrinário que já pacificava a questão e não rendia ensejo a qualquer dúvida, como norma consuetudinária, na medida em que sabido que o Direito Administrativo não é codificado, e sim um compêndio decorrente do comando Constitucional, foi editada a Medida Provisória nº 752/2016, que dispôs sobre as diretrizes gerais para a prorrogação e a relicitação dos contratos de parceria"; asseverou que "(...) a MP aludida disciplinou expressa e especificamente o instituto da prorrogação contratual e prorrogação antecipada de contratos de infraestrutura (com a previsão de espécies como prorrogação contratual e prorrogação antecipada — artigo 4º, inciso I e II)" e "a despeito – e ao lado - disso o §2º do artigo 22 da norma em referência estabelece que as disposições da Medida provisória não alcançam os procedimentos de extensão (ampliação) do prazo contratual, para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, definidos como alteração do prazo de vigência do contrato para compensar eventuais desequilíbrios econômico-financeiros constatados"; transcreveu, nesse sentido, o art. 22 e §§ 1º e 2º; afirmou que essa Medida Provisória foi convertida na Lei 13.448/2017, a qual, em seu art. 4º, I¹⁵, "(...) manteve a definição bem clara do conceito de prorrogação contratual (...)" e concluiu, pois, que "(...) não há sustentação jurídica plausível para aplicação do artigo 3º da Lei Estadual 2.831/97 e muito menos tem sobredito artigo

¹⁵ Assim transcreveu a CAJ:

"Art. 4º- Para os fins desta Lei, considera-se:

I - prorrogação contratual: alteração do prazo de vigência do contrato de parceria, expressamente admitida no respectivo edital ou no instrumento contratual original, realizada a critério do órgão ou da entidade competente e de comum acordo com o contratado, em razão do término da vigência do ajuste."



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

força para impedir a Deliberação AGENERSA 2.616/15, ainda que com erro de nomenclatura expressa no seu artigo 7º, por que não será, como de fato não é isso que irá transmutar o ato jurídico de ampliação, como instrumento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em prorrogação de que trata o inciso XII do artigo 23 da Lei 8.987/95, por estar claro e evidente que o instituto aplicado no processo administrativo em epígrafe, foi a ampliação do prazo de concessão como instrumento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, não se confundindo em nada com o instituto da prorrogação."

Requeru a Concessionária, por derradeiro, "(...) certa de que será mantida a Deliberação AGENERSA/CD nº 2.616/15, quiçá corrigindo o erro material de nomenclatura, extirpando a expressão 'prorrogação' para expressar 'ampliação' ou 'extensão' do prazo, como fator de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (...)", o encaminhamento da questão "(...) aos Poderes Concedentes, para a celebração do correspondente Termo Aditivo, cômico da estabilidade, da segurança e definitividade dos atos oriundos (...)" da AGENERSA.

Por meio da CAJ - 360/18¹⁶ a Concessionária requereu a extensão do prazo por mais 45 (quarenta e cinco) dias para a apresentação de aditamentos aos pareceres dos Eminentes juristas supracitados, "(...) de modo a esgotar, por inteiro, a matéria objeto do (...) procedimento administrativo de Revisão", o que foi deferido pelo Of. AGENERSA/CODIR/JB nº. 137/2018.

Pela CAJ- 469/18 a Delegatária requereu a juntada¹⁷ "(...) dos aditamentos dos pareceres dos Eminente Jurista Eros Grau e, também, do parecer do Professor José dos Santos Carvalho Filho, que esgotam por inteiro a matéria objeto do sobredito procedimento administrativo de Revisão, seja na questão relativa ao Direito, seja na questão fática"; ressaltou que "dentre os pontos abordados destaca-se a reafirmação do entendimento de que a extensão (ampliação) de prazo como instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de que trata o estudo da FGV, que motivou a deliberação AGENERSA/CP 2.616/2015, não se confunde com a prorrogação de prazo de que o artigo 3º da Lei Estadual 2.831/97, cuja expressão prorrogação tem a natureza de renovação do

¹⁶ Protocolada em 18/05/2018.

¹⁷ vide fls. 2039/2088.

J



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 E-12/003/490/2013
Data 06/08/2013 Fls 2224
Rubrica 04 SC201247

contrato que tenha extinguido, pelo advento de seu termo final, de que tratam o inciso XII, do art. 23 da Lei Federal 8.987/95 e o inciso I, do parágrafo único, do art. 175 da CF/88, sendo, pois, instrumentos jurídicos distintos e bem diverso um do outro"; salientou que "(...) foi considerado que a Deliberação 585/2009, relativa à 2ª Revisão Quinquenal, que estendeu o prazo do contrato em 180 (cento e oitenta) meses, não tem o condão de frustrar a extensão do prazo em mais 120 (cento e vinte) meses, através da Deliberação 2.616/2015, relativa à 3ª Revisão Quinquenal, desde que respeitado o prazo total de 25 anos, bem como pelo fato de os fenômenos e dos fatores que motivaram a 2ª Revisão Quinquenal, não se equivalem, não se comparam e não se confundem com os fenômenos e fatores que motivam a 3ª Revisão Quinquenal por serem eles diversos d'aqueloutros"; mencionou que "(...) o conceito utilizado no 7º Termo Aditivo derivado da Deliberação 585/2009, não deixa dúvidas de que o instituto aplicado é o da ampliação/prorrogação do prazo para efeitos de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, sendo essa a sua natureza, que nada tem a ver com prorrogação/renovação de que trata o Art. 3º da Lei estadual 2.831/97 e o inciso XII do art. 23 da Lei 8.987/95, eis que no primeiro instituto (ampliação/prorrogação) a relação jurídica não se extingue, e quanto no segundo (prorrogação/renovação) o fenômeno só ocorre a pós a extinção do prazo contratual, pelo advento de seu termo final"; registrou que "(...) foi observado que todo o voto que gerou a Deliberação 2.616/15 está lastreado em ampliação de prazo para efeitos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, não havendo, portanto, qualquer óbice à celebração de Termo Aditivo calcado na epigrafada Deliberação, quanto mais em razão do artigo 3º da Lei Estadual 2.831/97, e muito menos na cumulação das duas ampliações, dada a natureza do ato, que não outra, senão o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato"; consignou que foi apurado "(...) que o fato de a Cláusula Décima Quarta (alínea "a", §1º) do contrato de concessão se reportar a prorrogação de prazo para efeitos de reequilíbrio econômico-financeiro há que ser compreendido como 'prorrogação/ampliação', como instituto jurídico próprio para o reequilíbrio do contrato; e não 'prorrogação/renovação' que se dá após a extinção do contrato originário, para estabelecimento de nova relação jurídica; entendimento este que se calca não só na terminologia utilizada no contrato, cuja natureza não é outra, senão a da ampliação, mas também por expressão axiomática da alínea 'e' da mesma Cláusula Contratual, que permite a



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: E-12/003/490/2013	
Data: 06/08 2013	Fls: 2225
Rubrica: 044.8020124	

utilização de qualquer outro meio acordado pelas partes"; e, "firme nessas razões, lastreados em pareceres de três renomados juristas que se debruçaram sobre o caso (...)", requereu a manutenção da Deliberação AGENERSA/CD nº 2.616/15, "(...) quiçá corrigindo o erro material de nomenclatura, extirpando a expressão 'prorrogação' para expressar 'ampliação' ou 'extensão' do prazo, como fator de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo, após, encaminhados aos Poderes Concedentes, para a celebração do correspondente Termo Aditivo, cômico da estabilidade, da segurança e definitividade dos atos oriundos dessa respeitável Agência regulatória, por ser esta a medida que exprime o mais salutar direito e cristalina justiça".

De fls. 2090/2098 constam ofícios encaminhados aos Municípios de Araruama, Saquarema e Silva Jardim, bem assim aos Consórcio Intermunicipal Lagos São João e Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico informando a proposta apresentada pela CAJ para a 4ª revisão Quinquenal dessa Concessionária.

Por meio da CAJ - 648/18 a Concessionária requereu "(...) a juntada do parecer aditado da Eminente Jurista Ellen Gracie, que esgotam por inteiro a matéria objeto do (...) procedimento administrativo de Revisão, seja na questão relativa ao Direito, seja na questão fática."¹⁸

Remetidos os autos à Procuradoria da AGENERSA esta assim se pronunciou:

"1. O Processo Regulatório nº E-12/003/490/2013 foi aberto para tratar dos procedimentos atinentes à Terceira Revisão Quinquenal da Concessionária Águas de Juturnaíba.

2. A AGENERSA, observando rigorosamente todas as garantias que informam o devido processo legal, aprovou a nova estrutura tarifária, com vigência a partir de 01 de janeiro de 2016, para ser aplicada pela Concessionária Águas de Juturnaíba. Ato contínuo, o Conselho-Diretor da AGENERSA, por unanimidade, deliberou pela prorrogação do prazo do Contrato de Concessão, por mais 120 (cento e vinte) meses a contar de 2037 (40º ano inicial do contrato), conforme pleito da Concessionária,

¹⁸ Parecer às fls. 2103/2145.

8



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: E-12/003/490/2013
Data: 06/08 2013 Fls: 2226
Rubrica: Oly. 50201247

pareceres da Consultoria e conclusões do Grupo de Trabalho, contribuindo para a modicidade tarifária do pleito, consoante dicção do art. 7º, Deliberação no 2.616/2015.

3. Não obstante a formação da coisa julgada, a relatoria, considerando a ausência de prejuízos ao interesse público, eis que os efeitos do art. 7º estão condicionados para o futuro (a contar de 2037), suscitou dúvidas quanto à leitura adequada (compatibilidade jurídica) do art. 7º, deliberação em comento, com a Lei nº 2.831, de 13 de novembro de 1997, que, dentre outros assuntos, dispõe expressamente sobre prazo das concessões. A esse respeito, segundo a literalidade legal 'o prazo do contrato de concessão não poderá exceder a 25 (vinte e cinco) anos, permitida a prorrogação, por uma só vez e, no máximo, por igual período, desde que comprovada a prestação adequada do serviço.' A lei adverte, ainda, que 'o prazo da concessão deve atender ao interesse público e às necessidades exigidas pelo valor do investimento, visando à justa remuneração do capital investido, ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e à modicidade tarifária.'

4. Instada a se manifestar sobre a compatibilidade jurídica do art. 7º, Deliberação AGENERSA no 2.616, de 13 de agosto de 2015, a Concessionária Águas de Juturnaíba, na esteira das alegações colacionadas em sua manifestação, justifica que a ampliação do prazo de concessão como instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é ato legítimo e legal, que não se confunde com a prorrogação de que trata a Lei estadual nº 2.831/1997.

5. Sobre o tema, a delegatária colaciona diversas manifestações jurídicas exaradas por renomados juristas, como a ilustríssima Sra. Ellen Grade e ilustríssimos Eros Roberto Grau e José dos Santos Carvalho Filho. Todos são uníssonos quanto a possibilidade de ampliação do prazo da concessão como instrumento de recomposição do equilíbrio - econômico



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

financeiro do contrato. Todavia, distinguem os institutos da prorrogação e ampliação do contrato.

6. Apesar de vozes doutrinárias em sentido diverso, esta Procuradoria entende, em consonância com o insigne doutrinador e advogado Marçal Justen Filho, que a ampliação do prazo final de vigência do contrato como instrumento para evitar tarifas elevadas e nocivas ao interesse público, ou seja, a viabilidade econômico-financeira de uma outorga custeada por tarifas reduzidas ou com encargos mais altos, não passa de uma prorrogação nomeada, nas palavras do citado jurista, de 'prorrogação - ampliação do prazo como solução para o reequilíbrio.'

7. Sobreleva rememorar que este entendimento não é inédito na AGENERSA, tendo sido sedimentado a partir da formalização do Sétimo Termo Aditivo. Segundo os termos da Cláusula Nona, o prazo do Contrato de Concessão fica estendido por mais cento e oitenta meses, a contar do término do prazo inicialmente previsto e em curso desde a data da ordem de serviço inicial do contrato, como instrumento complementar de realinhamento do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

8. Ocorre que, segundo o art. 3º, Lei nº 2.831, de 13 de novembro de 1997, 'o prazo do contrato de concessão não poderá exceder a 25 (vinte e cinco) anos, permitida a prorrogação, por uma só vez e, no máximo, por igual período, desde que comprovada a prestação adequada do serviço.' Aplicando-se a presente dicção legal ao caso em espeque, salta aos olhos que a Concessionária Águas de Juturnaíba já foi contemplada com o instituto da prorrogação - ampliação do prazo como solução para o reequilíbrio - 7º Termo Aditivo -, não cabendo, pois, falar em nova, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, que prescreve aos administradores observância fiel aos postulados democráticos, sob pena de inversão à ordem jurídica.



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

9. *Por mais que concorram interpretações diversas e, até mesmo, defensáveis pelo prisma da juridicidade à luz do cumprimento rigoroso de diversas condicionantes (Parecer FMMM nº 13/2015), é certo, pelo prisma da legalidade estrita, que as condições ditadas pelo Instrumento Concessivo, as quais seguem o mesmo sentido prescrito na lei retromencionada, devem ser interpretadas, não somente segundo os princípios licitatórios, como também sob a legalidade estrita. A lógica parece simples e é permeada pelo abrigo, repita-se, de diversos princípios licitatórios. Os contratos de concessão seguem a execução de um objeto licitado, consoante os termos estritos do edital de licitação, de forma que há clara equação lógica entre a vantagem que se aufera por meio de uma contratação e sua correspondência proporcional à competição oriunda de um procedimento licitatório.*

10. *Deflui daí, seguindo os postulados que regem às licitações, a regra de que a obtenção de melhores condições à coletividade é proporcionalmente maior do que aquelas que decorrem de uma prorrogação contratual, que pode, muitas vezes, trazer sentido oposto ao originalmente licitado. O manejo do certame licitatório traz em si um leque de expectativas públicas - diga-se, de passagem, todas legítimas - na obtenção de tarifas menores para os usuários ou, até mesmo, mais investimentos em benefício da coletividade e, pois, ao saneamento básico, pelo mesmo custo.*

11. *As considerações apresentadas são coerentes com o equilíbrio regulatório, eis que é por meio da materialização das mesmas que se permitirá visualizar um cenário propício de atendimento, em grande parte, às expectativas dos consumidores - condizentes com a qualidade do serviço prestado - e ao acesso cada vez maior por parte de outros segmentos carentes destes serviços. Assim é que, atrelado a conjuntura atual, nova licitação poderá superar os obstáculos assimétricos, ante o estímulo*

J



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

concorrencial de engajamento participativo de múltiplos agentes nas questões ambientais e sociais envolvidas.

12. *Considerando que a vigência dos contratos de concessão é fixada por um período demasiadamente longo, é fácil presumir que a realidade institucional que impera na esfera estadual não é mais a mesma do que aquela originalmente concebida à época da licitação, justificando, sob prisma da vantajosidade, que a realização de uma nova licitação seria mais vantajosa do que a permanência de um contrato por sucessivos e desautorizados períodos. Tenha-se em mente que a licitação pode primar por soluções tecnológicas mais eficazes, operacionais e sustentáveis em relação àquelas previstas no Instrumento Concessivo que se pretende prorrogar.*

13. *Nesse sentido, parece apropriado, ante aos limites e excepcionalidade da medida, o manejo da prorrogação por uma vez só e, no máximo, por igual período, desde que comprovada a prestação adequada do serviço, cabendo lembrar a advertência legal, subsumida sob a roupagem de parágrafo único, no sentido 'o prazo da concessão deve atender ao interesse público e às necessidades exigidas pelo valor do investimento, visando à justa remuneração do capital investido, ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e à modicidade tarifária.' Como se vê, há o propósito claro, dentro das normas que informam a técnica legislativa, de complementar o sentido original que permeia a disciplina da prorrogação dos contratos de concessão. Dito de outra forma, pela literalidade da lei, admite-se uma prorrogação que não pode ultrapassar o prazo máximo, ou seja, pode ser fixada por um prazo inferior, e que deve atender ao interesse público e, mais particularmente, ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e à modicidade tarifária.*

14. *Essas cautelas, na visão desta Procuradoria, foram devidamente observadas pela AGENERSA, quando da edição do 7º Termo Aditivo, e, ao que tudo indica, a reiteração de idêntico comportamento não contaria com*

Y



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: E-12/003/490/2013
Data: 06/08/2013 Fis: 2230
Rubrica: 44.502.01247

amparo legal. Nesse sentido, esta Procuradoria considera prejudicada a dicção do art. 7º, Deliberação AGENERSA no 2.616, de 13 de agosto de 2015, atraindo o manejo da autotutela. Trata-se, s.m.j, de entendimento garantista e defensável à luz do interesse coletivo e dos direitos fundamentais.

15. Não obstante as razões colacionadas, esta Procuradoria sugere preliminarmente, ante a cautela que a matéria requer, encaminhamento do feito aos cuidados da PGE RJ rogando dirimir a divergência colacionada no feito, que, de um lado, reúne posicionamentos exarados por renomados juristas e, de outro, entendimento garantista da AGENERSA calcado na literalidade da Lei nº 2831, de 13 de novembro de 1997. Em suma, indaga-se: **A Lei nº 2.831, de 13 de novembro de 1997, faculta mais de uma 'prorrogação-ampliação' do prazo concessivo para fins de atendimento ao princípio do equilíbrio econômico - financeiro do contrato de concessão?**

16. Eventual **retificação da deliberação em espeque não trará prejuízos à regulação**, eis que a AGENERSA já deu início aos procedimentos atinentes à 4ª revisão quinquenal da Concessionária Águas de Juturnaiba, sendo de extrema magnitude recordar que é na revisão quinquenal que será fixada nova estrutura tarifária para vigência no período a que menciona, bem assim serão provisionados os investimentos físicos e financeiros a serem executados pela delegatária no mesmo período. Nesta toada, **se houver alteração das cláusulas contratuais, que impliquem maior onerosidade para o contratado, não poderá deixar de haver a devida compensação**, repondo-se, com isto, o equilíbrio inicial. Se por um lado, há o direito do contratado de não sofrer indevida redução dos lucros normais do empreendimento, por outro, subsiste o dever de não onerar os usuários com tarifas desproporcionais, alegando-se a égide de um princípio constitucional.

17. Na esteira das argumentações colacionadas no corpo da presente promoção jurídica, esta Procuradoria esta julga pertinente, em nome do



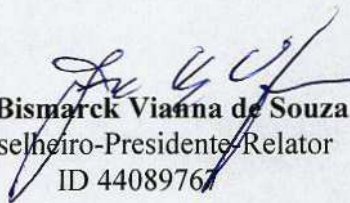
Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
Processo:	E-12/003/490/2013
Data:	06/08/2013 Fls. 2231
Rubrica:	CU-5020124

*interesse público, a concentração de esforços pela douta PGE logrando a melhor interpretação dos efeitos do art. 3º, Lei nº2.831, de 13 de novembro de 1997 quanto à possibilidade ou não de mais de uma prorrogação-ampliação do prazo concessivo para fins de equilíbrio econômico-financeiro do instrumento concessivo."*¹⁹

Em 12/11/2018 a CAJ foi instada a apresentar razões finais.

É o relatório.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator
ID 44089767

¹⁹ Todos os grifos como no original.



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:	E-12/003/490/2013
Data:	06/08/2013 Fls: 2232
Rubrica:	cel. 50201247

Processo nº. : E-12/003.490/2013
Data de autuação: 06/08/2013.
Concessionária: Águas de Juturnaíba
Assunto: **3ª REVISÃO QUINQUENAL DA CONCESSIONÁRIA ÁGUAS DE JUTURNAÍBA**
Sessão Regulatória: 29/11/2018.

VOTO

O presente momento cingir-se-á à análise quanto à pertinência da decisão tomada pelo Conselho-Diretor da AGENERSA por meio do art. 7º da Deliberação nº. 2616/2015, *decisum* editado na Sessão Regulatória de 13/08/2015 quando do exame do pleito da Concessionária Águas de Juturnaíba no momento de sua 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas. Veja-se, antes de iniciar a verificação da decisão adotada, o que dispôs o analisado art. 7º:

"Art. 7º. Prorrogar o prazo do Contrato de Concessão, por mais 120 (cento e vinte) meses a contar de 2037 (4º ano inicial do contrato), conforme pleito da Concessionária, pareceres da Consultoria e conclusões do Grupo de Trabalho, contribuindo para a modicidade tarifária do pleito."

Cabe mencionar, em primeiro lugar, que a prorrogação foi sugerida com o fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Nesse passo, mencione-se, ainda, que a prorrogação originou redução nas tarifas dos usuários, evitando impacto tarifário em prol da modicidade tarifária. Diluiu-se, para esse fim, o reajuste tarifário em 05 (cinco) parcelas. Confira-se:

"Art. 5º - Aprovar o reajuste tarifário correspondente a 05 (cinco) parcelas de 4,34% anuais e sucessivas, a serem aplicadas a partir de 1º de janeiro de 2016, e as seguintes nas datas de 1º de janeiro dos anos de 2017, 2018, 2019 e 2020."

Observe-se, nesse sentido, que a providência do art. 7º da Deliberação 2616/2015 foi balizada pelos **i)** pleito da Concessionária Águas de Juturnaíba; **ii)** parecer favorável da Consultoria



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: E-12/003/490/2013
Data: 06/08/2013 Fls: 22/33
Rubrica: ay - 50201047

contratada para atuar nessa 3ª Revisão Quinquenal de Tarifas (FGV); iii) pronunciamento de Grupo de Trabalho instituído nesta Autarquia para as atividades revisionais relacionadas à CAJ; iv) entendimento da Procuradoria desta Autarquia; e v) manifestação do Consórcio Intermunicipal Lagos São João (representante dos Municípios, que não se opôs ao apresentado pela Concessionária em seu Plano de Investimentos), e teve por fim **a atuação dentro da jurisdição, de modo a preservar os princípios da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro da concessão e modicidade tarifária**, ambos previstos tanto em legislações quanto na CF/88.

Atente-se, ainda, que **o expediente inserto no art. 7º da Deliberação 2616/2015 já foi utilizado quando da análise da 2ª Revisão Quinquenal da Delegatária**, *ex vi* do art. 11 da Deliberação 589/2009, *verbis*:

"Art. 11 - Autorizar a prorrogação do Contrato de Concessão, destinada a assegurar a continuidade e a qualidade do serviço público e do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, em mais 180 (cento e oitenta) meses a contar do tricentésimo mês da ordem de serviço inicial do Contrato, em consonância com o uso parcial do disposto na cláusula oitava do Contrato de Concessão, cláusula esta que permanece em vigor, remetendo aos poderes concedentes, os quais possuem a competência exclusiva para conceder, firmar contratos e aditivos contratuais."

Ademais disso, dispositivo acima foi **formalizado na Cláusula Nona do Sétimo Termo Aditivo ao Instrumento Concessivo**, a qual dispõe sobre a prorrogação do prazo do Contrato de Concessão por mais cento e oitenta meses (15 anos), a contar do término do prazo inicialmente previsto e em curso desde a data da ordem de serviço inicial do contrato, como instrumento complementar de realinhamento do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

Ocorre que, não obstante o art. 7º em voga, avengei, em nova análise do assunto tendo em vista a proximidade dos trabalhos da 4ª Revisão Quinquenal de Tarifas da Concessionária Águas



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: E-12/003/490/2013
Data: 06/08/2013 Fls: 2234
Rubrica: ay. 5020247

de Juturnaíba que iniciaram-se em junho/2018, **uma suposta incompatibilidade do art. 7º da Deliberação 2616/2015 com o art. 3º da Lei estadual 2.831/97¹**. Confira-se o dispositivo legal:

"Art. 3º - O prazo do contrato de concessão não poderá exceder a 25 (vinte e cinco) anos, permitida a prorrogação, por uma só vez e, no máximo, por igual período, desde que comprovada a prestação adequada do serviço." (meus grifos).

Veja-se que o voto que deu azo ao art. 7º da Deliberação mencionada foi por mim conduzido, lastreado, repise-se, nos pareceres exarados nos autos e juridicidade. Tudo isso – é preciso frisar – **ante a premência de alto impacto tarifário**. No entanto, considerando a suposta incompatibilidade acima citada instei a Procuradoria da AGENERSA a se manifestar a respeito e, conforme relatado, **o jurídico desta Autarquia entendeu que, em razão da legislação estadual, encontrava-se prejudicado art. 7º da decisão colegiada**. Contudo, sugeriu, em seu último parecer, a necessidade de oitiva da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, mormente pelas opiniões de renomados juristas juntadas aos autos.

Nesse passo, vale dizer que a Procuradoria da AGENERSA **considerou a impossibilidade da nova ampliação para fins de reequilíbrio econômico-financeiro** visto ter registrado que a CAJ já foi contemplada com esse instrumento através do 7º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, conforme supramencionado. Assim procedeu porque, **além de registrar que a decisão do art. 7º da Deliberação 2616/2015 frustra a licitação, comparou – citando o jurista Marçal Justen Filho - a ampliação para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão com o instituto da prorrogação**, defendido como distintos pela Concessionária. Segundo a Procuradoria, pela dicção do art. 3º da lei estadual **admitir-se-ia uma única prorrogação** e, sendo ela já feita nos termos do 7º Termo Aditivo, cairia por terra o comando inserto na Deliberação.

Vejam que a Concessionária, por outro lado, sustenta a possibilidade do art. 7º da Deliberação 2616/2015. **Apoiada nos pareceres dos eminentes juristas Ellen Gracie, Eros**

¹ Lei nº 2.831 de 13 de Novembro de 1997

DISPÕE SOBRE O REGIME DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS E DE OBRAS PÚBLICAS E DE PERMISSÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS PREVISTO NO ART. 70



Roberto Grau e José dos Santos Carvalho Filho, a CAJ faz a distinção entre os Institutos da ampliação e prorrogação defendendo que **o dispositivo da Deliberação refere-se, em verdade, à ampliação do prazo concessório, e não prorrogação**. Fundamenta que a **prorrogação constituiria "(...) autêntica renovação do contrato, simultaneamente ao seu termo, por prazo idêntico ao original, desde que mantidas as suas mesmas condições**², ao passo que a **ampliação do prazo concessório seria um instrumento para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão**. Este seria possível. Aquele, não. Aliás, da mesma forma que a Delegatária pareceu ter procedido a Fundação Getúlio Vargas quando, em consultoria revisional, sugeriu, apresentando simulações de reajustes tarifários, a ampliação acatada por esta AGENERSA e que culminou na edição do art. 7º da Deliberação 2616/2015.

Dito isso, há que se ressaltar que, diante das considerações constantes dos autos, necessária é a consulta à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, órgão apto a consolidar as orientações jurídicas neste Estado, mormente pela presença dos pareceres exarados por juristas da mais alta consideração. Mesmo porque a questão perpassa a confecção de Termo Aditivo, que envolve não só os Poderes Concedentes abarcados pela área de atuação da CAJ, a saber: os Municípios de Araruama, Silva Jardim e Saquarema, mas engloba o Estado do Rio de Janeiro, para o qual a PGE fixa orientação.

Frise-se que, pela leitura do art. 3º da Lei estadual e, também, da Cláusula Oitava do Contrato de Concessão da CAJ³, **pode-se concluir que o art. 7º da Deliberação 2616/2015 tratou mesmo da prorrogação do prazo da concessão e, tendo ela já ocorrido por meio do Sétimo Termo Aditivo, restaria prejudicado o dispositivo da decisão colegiada.**

O Contrato de Concessão da Águas de Juturnaíba em sua Cláusula Oitava dispõe que o **prazo da concessão é de 25 (vinte e cinco) anos**. Admite, sim, a prorrogação, e não fixa o período

² Meus grifos.

³ "CLÁUSULA OITAVA - DO PRAZO DA CONCESSÃO

O prazo da concessão é de 25 (vinte e cinco) anos, contados a partir da Ordem de Início expedida pela AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, doravante denominada ASEP-RJ. É admitida a prorrogação do prazo da concessão, desde que haja interesse público expresso através da amênia do PODER CONCEDENTE e haja interesse da CONCESSIONÁRIA. Neste caso a parte interessada deverá comunicar a outra parte, por escrito no prazo mínimo de 180 (cento e oitenta) dias, antes do término do CONTRATO, comunicação esta que deverá ser respondida por escrito, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data de recebimento do comunicado escrito."



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: E-12/003/490/2013
Data: 06/08/2013 Fls: 2230
Rubrica: CM-56201247

a ser prorrogado nem estabelece se a prorrogação pode ser feita mais de uma vez. A lei estadual, no entanto, faz esse papel. Aparentando acompanhar **o art. 1º, § 3º, da Lei 9074/95** - que é aplicável, nos termos do que registrou essa norma, aos serviços e obras públicas "**(...) de competência da União -**), dispõe, em seu art. 3º, que a prorrogação do Contrato de Concessão pode ocorrer **por uma única vez e, no máximo, pelo período de 25 (vinte e cinco) anos.**

Assim, **repito que, já ocorrida a prorrogação nos termos do que dispôs o Sétimo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, evidencia-se que o art. 7º da Deliberação 2616/2015 não poderia ter mesmo previsto nova extensão (prorrogação) do Contrato de Concessão.**

Não obstante isso, a AGENERSA não prorroga prazo contratual. A AGENERSA sugere aos Poderes Concedentes a prorrogação⁴. Tal providência compete a eles, que podem ou não, dentro da conveniência e oportunidade, realizá-la, dentro da legalidade. O comando deliberativo deve ser formalizado por meio de Termo Aditivo a ser firmado entre os Poderes Concedentes e a Concessionária, o que ainda não ocorreu. Por isso, entendo que, além do pronunciamento da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro quanto à possibilidade da prorrogação prevista no art. 7º da Deliberação 2616/2015, os Poderes Concedentes Estadual e Municipais abarcados pela área de atuação da CAJ, a saber: Araruama, Silva Jardim e Saquarema, devem obter ciência acerca da presente decisão e do futuro parecer da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

Atente-se que aproxima-se a 4ª Revisão Quinquenal de Tarifas da Delegatária. Tal época, em que se faz a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão e há os pronunciamentos dos Poderes Concedentes sobre as Tarifas a serem implementadas, é própria para que o assunto seja definido, sendo certo que, **se o entendimento for pela impossibilidade ou inconveniência da prorrogação contratual, deverá existir reequilíbrio em prol da Concessionária.** Isso porque ao considerar a possibilidade de formalização da prorrogação prevista no art. 7º da Deliberação 2616/2015 houve diminuição das tarifas aprovadas para a revisão passada (3ª Revisão Quinquenal de Tarifas da Concessionária) a fim de evitar oneração dos usuários. Essa foi, diga-se, a conveniência dos Poderes Concedentes na ocasião, conforme pronunciamento favorável do CILSJ (conforme dito no intróito deste voto) e Estado do Rio de Janeiro quando da

⁴ O próprio art. 8º - Recomendar aos Poderes Concedentes Estadual e Municipais celebração de Termo Aditivo, nos termos do artigo 7º da presente Deliberação.



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: E-12/003/490/2013
Data: 06/08/2013 Fls: 2237
Rubrica: <i>cy - 502047</i>

análise do pleito revisional da CAJ, embora ainda não se tenha formalizado essa questão por meio de Termo Aditivo.

Vale dizer, por fim, que a CAJ apresentou suas razões finais em 19/11/2018 quando praticamente repisou os fundamentos esposados e calcados nos pareceres da lavra dos eminentes juristas Ellen Gracie, Eros Roberto Grau e José dos Santos Carvalho Filho. Reforçou, ainda, que a matéria havia sido esgotada no âmbito da AGENERSA e a adoção de novo posicionamento violaria, em suma, a segurança jurídica. Isso, entretanto, não prospera, haja vista o Poder de Autotutela da Administração Pública e a inexistência de prejuízo, tendo em vista a possibilidade de reequilíbrio em caso de novo posicionamento.

Por todo o exposto, e considerando a dúvida acerca da possibilidade da prorrogação de que trata o art. 7º da deliberação 2616/2015, bem assim os pareceres de renomados juristas juntados aos autos, sugiro ao Conselho – Diretor:

Art. 1º - Encaminhar os presentes autos à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro para que a PGE/RJ, sem prejuízo de outras análises entendidas como pertinentes, pronuncie-se sobre a possibilidade ou não da prorrogação do Contrato de Concessão, conforme previsto no art. 7º da Deliberação AGENERSA nº. 2616/2015, tendo em vista já ter ocorrido a prorrogação nos termos do estabelecido no art. 11 da Deliberação AGENERSA nº. 585/2009 e sua formalização por meio da Cláusula Nona do Sétimo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, levando-se em consideração o art. 3º da Lei Estadual nº. 2.831/97;

Art. 2º - Dar ciência desta decisão aos Poderes Concedentes Municipais, a saber: Araruama, Silva Jardim e Saquarema, bem assim ao Estado do Rio de Janeiro;

Art. 3º - Determinar que o Grupo de Trabalho instituído nesta Autarquia para as atividades da 4ª Revisão Quinquenal de Tarifas da Concessionária Águas de Juturnaíba e a Consultoria contratada para atuar nessa Revisão Quinquenal apresentem, se for o caso da não concretização da prorrogação, soluções para a questão, tendo como uma das hipóteses a apuração quanto à devolução de valores em favor da Delegatária, efetuando-se o respectivo incremento no valor das



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

SERVICO PÚBLICO ESTADUAL
Processo: E-12/003/490/2013
Data: 06/08/2013 Fls: 2238
Rubrica: CM - 50201242

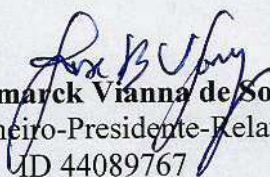
Tarifas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e recalculando todo o fluxo da concessão desde a 3ª Revisão Quinquenal;

Art. 4º - Determinar que, após o pronunciamento da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, sejam oficiados os Poderes Concedentes Municipais e Estadual para que esses Entes, em razão do parecer da PGE/RJ, se manifestem sobre a conveniência ou oportunidade da prorrogação da concessão para a efetivação de Termo Aditivo a partir da 4ª Revisão Quinquenal Tarifária, validando ou não a autorização da prorrogação estabelecida no art. 7º da Deliberação AGENERSA nº. 2616/2015;

Art. 5º - Determinar que a Agência Reguladora somente julgue o mérito do processo E-12/003/430/2017 (Quarta Revisão Quinquenal de Tarifas da Concessionária Águas de Juturnaíba) após o parecer da PGE/RJ e resposta dos Poderes Concedentes Municipais (Municípios de Araruama, Silva Jardim e Saquarema) e Estadual sobre a conveniência ou oportunidade da prorrogação contratual;

Art. 6º - Sobrestar o andamento de todos os processos regulatórios e/ou administrativos relacionados à Concessionária Águas de Juturnaíba que, em razão do art. 7º da Deliberação 2616/2015, materializem Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da Delegatária;

É como voto.


José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator
ID 44089767



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: E-12/003/490/2013
Data: 06/02/2013 Fls: 2239
Rubrica: CEJ.50201292

DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 3623,

DE 29 DE NOVEMBRO DE 2018.

**CONCESSIONÁRIA ÁGUAS DE JUTURNAÍBA -
3ª REVISÃO QUINQUENAL DA
CONCESSIONÁRIA ÁGUAS DE JUTURNAÍBA**

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, e tendo em vista o que consta no Processo Regulatório n.º E-12/003/490/2013, por maioria,

DELIBERA:

Art. 1º - Encaminhar os presentes autos à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro para que a PGE/RJ, sem prejuízo de outras análises entendidas como pertinentes, pronuncie-se sobre a possibilidade ou não da prorrogação do Contrato de Concessão, conforme previsto no art. 7º da Deliberação AGENERSA n.º. 2616/2015, tendo em vista já ter ocorrido a prorrogação nos termos do estabelecido no art. 11 da Deliberação AGENERSA n.º. 585/2009 e sua formalização por meio da Cláusula Nona do Sétimo Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, levando-se em consideração o art. 3º da Lei Estadual n.º. 2.831/97;

Art. 2º - Dar ciência desta decisão aos Poderes Concedentes Municipais, a saber: Araruama, Silva Jardim e Saquarema, bem assim ao Estado do Rio de Janeiro;



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: E-12/003/490/2013
Data: 06/08/2013 Fls: 2240
Rubrica: 014.8001247

Art. 3º - Determinar que o Grupo de Trabalho instituído nesta Autarquia para as atividades da 4ª Revisão Quinquenal de Tarifas da Concessionária Águas de Juturnaíba e a Consultoria contratada para atuar nessa Revisão Quinquenal apresentem, se for o caso da não concretização da prorrogação, soluções para a questão, tendo como uma das hipóteses a apuração quanto à devolução de valores em favor da Delegatária, efetuando-se o respectivo incremento no valor das Tarifas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e recalculando todo o fluxo da concessão desde a 3ª Revisão Quinquenal;

Art. 4º - Determinar que, após o pronunciamento da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, sejam oficiados os Poderes Concedentes Municipais e Estadual para que esses Entes, em razão do parecer da PGE/RJ, se manifestem sobre a conveniência ou oportunidade da prorrogação da concessão para a efetivação de Termo Aditivo a partir da 4ª Revisão Quinquenal Tarifária, validando ou não a autorização da prorrogação estabelecida no art. 7º da Deliberação AGENERSA nº. 2616/2015;

Art. 5º - Determinar que a Agência Reguladora somente julgue o mérito do processo E-12/003/430/2017 (Quarta Revisão Quinquenal de Tarifas da Concessionária Águas de Juturnaíba) após o parecer da PGE/RJ e resposta dos Poderes Concedentes Municipais (Municípios de Araruama, Silva Jardim e Saquarema) e Estadual sobre a conveniência ou oportunidade da prorrogação contratual;

Art. 6º - Sobrestar o andamento de todos os processos regulatórios e/ou administrativos relacionados à Concessionária Águas de Juturnaíba que, em razão do art. 7º da Deliberação 2616/2015, materializem Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da Delegatária;

(Assinaturas manuscritas)

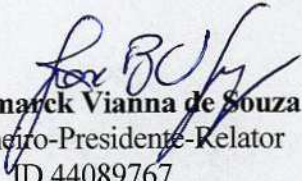



Governo do Estado do Rio de Janeiro
Secretaria de Estado da Casa Civil e Desenvolvimento Econômico
Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL	
Processo:	E-12/003/490/2013
Data:	06/08/2013 Fls: 22/41
Rubrica:	04.50201047


Art. 7º - A presente Deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.


Rio de Janeiro, 29 de novembro de 2018.



José Bismarck Vianna de Souza
Conselheiro-Presidente-Relator
ID 44089767


Luigi Eduardo Troisi
Conselheiro
ID 44299605


Silvio Carlos Santos Ferreira
Conselheiro
ID 39234738


Tiago Mohamed
Conselheiro
ID 50899617
(divergente quanto à redação
do art. 3º.)


José Carlos dos Santos Araújo
Conselheiro
ID 055468
(divergente quanto à redação
do art. 3º.)


Vogal
(abstenção)