

# Consórcios

## ARIS

### **RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 29, DE 25 MAIO DE 2021 DISPÕE SOBRE JULGAMENTO DO RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO PELA ÁGUAS DE PENHA SANEAMENTO SPE LTDA. EM FACE DA DELIBERAÇÃO Nº 05/2021, NOS AUTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 143/2019**

Publicação Nº 3077887

RESOLUÇÃO NORMATIVA nº 29, de 25 maio de 2021

Dispõe sobre julgamento do recurso administrativo interposto pela Águas de Penha Saneamento SPE Ltda. em face da Deliberação nº 05/2021, nos autos do processo administrativo nº 143/2019.

O Conselho de Regulação da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento (ARIS), no uso das suas atribuições previstas nos artigos 8º, IV, 28, IV e 68 do Protocolo de Intenções de criação da Agência c/c artigos 41, 74 e 75 do Decreto/ARIS nº 008/2011, e com fundamento nos artigos 22, IV e 23, IV da Lei federal nº 11.445/2007, em reunião ordinária realizada no dia 25 de maio de 2021, delibera:

Art. 1º O Conselho de Regulação da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento (ARIS), acompanhando por unanimidade o voto do Conselheiro Relator, DECIDE pelo provimento parcial do recurso interposto pela Águas de Penha Saneamento SPE Ltda, conforme acórdão anexo.

Art. 2º Esta resolução, entra em vigor, na data de sua publicação.

Florianópolis, 25 de maio de 2021.

Roberto Aurélio Merlo (Presidente)

José Galvani Alberton (Relator)

Silvio José Martins Filho

Pablo Heleno Sezerino

Eduardo Luiz Pereira

Marco Aurélio Alberton

Arcênio Patrício

AGÊNCIA REGULADORA INTERMUNICIPAL DE SANEAMENTO – ARIS  
CONSELHO DE REGULAÇÃO  
RECURSO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO N. 143/2019

Relator : Conselheiro JOSÉ GALVANI ALBERTON

Recorrente : ÁGUAS DE PENHA SANEAMENTO SPE S/A

Recorrida : AGÊNCIA REGULADORA INTERMUNICIPAL DE SANEAMENTO – ARIS

#### EMENTA

RECURSO ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTO. CONCESSÃO. REVISÃO TARIFÁRIA ORDINÁRIA. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. DEFINIÇÃO DO ÍNDICE DE REAJUSTE PELA AGÊNCIA REGULADORA. COMPETÊNCIA. POSTERGAÇÃO DE CAPEX. APLICAÇÃO DO FATOR X. INSURGÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. - Havendo responsabilidade contratual subsidiária da Concessionária para a alocação de imóveis necessários à manutenção e expansão do sistema de água e esgotamento sanitário, o atraso ou a impossibilidade de disponibilização pelo Poder Concedente não importa a necessidade de reequilíbrio econômico financeiro do contrato em favor daquela.
2. - As agências reguladoras de saneamento, entre as quais a ARIS, detêm competência para a interpretação de cláusulas de contratos de concessão, nos termos do art. 25, § 2º, da Lei n. 11.445/2007.
3. - Postergação de CAPEX por si só, sem demonstração objetiva de prejuízos sofridos pela Concessionária, é fator de reequilíbrio do contrato em favor do Poder Concedente.
4. - A previsão do Fator 'X' é imperativo legal nos editais e contratos de concessão. Quando prevista genericamente, fazendo referência apenas à "distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários", pode o Poder Concedente inseri-la unilateralmente no contrato, remetendo a definição do fator de redução para discussão entre ele, a concessionária e a agência reguladora.
5. - Recurso parcialmente provido.

#### DECISÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, decide o Conselho de Regulação da ARIS, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, apenas para determinar que, antes de sua efetiva aplicação à nova tarifa, o índice

referente ao Fator 'X' seja negociado entre a Concessionária, o Poder Concedente e a Agência Reguladora, mantida, no mais, a Deliberação n. 005/2021 da Direção-Geral da ARIS, publicada em 30.01.2021, em todos os seus termos.  
Florianópolis, 25 de maio de 2021.

Conselheiro ROBERTO AURÉLIO MELRO – Presidente

Conselheiro JOSÉ GALVANI ALBERTON - Relator

AGÊNCIA REGULADORA INTERMUNICIPAL DE SANEAMENTO – ARIS  
CONSELHO DE REGULAÇÃO

Processo administrativo n. 143/2019

Objeto: Revisão Tarifária Ordinária de Águas de Penha Saneamento SPE S/A – AEGEA. Recurso Administrativo

## I – RELATÓRIO

1. De acordo com o Termo de Abertura (p. 1), o Processo Administrativo n. 143/2019 tem por objeto a revisão das tarifas praticadas por Águas e Penha Saneamento SPE S/A, doravante denominada, simplesmente, Concessionária. Foi instaurado em 08.07.2019 por decisão do Diretor-Geral da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento – ARIS (doravante denominada apenas, Agência), invocando como fundamento os artigos 2º, inciso XI, combinado com o art. 43, da Lei 11.445/2007, e o art. 8, inciso II, do Regimento Interno ARIS.
2. Os procedimentos atinentes ao processo foram definidos na Resolução Normativa 23/2019, aprovada pelo Conselho de Regulação da ARIS em 17.07.2019, publicada em 16.08.2019, a qual, conforme está expresso em sua ementa, “dispõe sobre o procedimento para a realização da revisão ordinária das tarifas do Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Coleta e Tratamento de Esgoto do Município de Penha e dá outras providências” (p. 21-22).
3. Nesse documento foram definidos: (i) os elementos com os quais deveria ser instruído pedido; (ii) as etapas em se que se desenvolveria o processo; (iii) os requisitos necessários à composição da base de dados necessária ao estudo da revisão tarifária; (iv) os elementos que deveriam ser considerados pela Agência na avaliação do pleito; (v) as alternativas passíveis de serem utilizadas na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e (vi) a vedação da interferência do poder concedente ou da concessionária.
4. Em 10.12.2019, através da Carta n. APE-JUR-CAR-2019/0000216 (p. 32), a Concessionária apresentou à Agência o Estudo Prévio de Revisão Tarifária Ordinária, elaborado pela empresa de consultoria GO Associados, da cidade de São Paulo, com a participação da seguinte equipe: (i) Gesner Oliveira, Ph.D em Economia pela Universidade da Califórnia/Berkeley e professor da FGV-SP, de 1990; (ii) Fernando S. Marcato, Mestre em Direito Público Comparado pela Universidade Panthéon-Sorbonne (Paris) e professor do Pós GV-Law em Infraestrutura da Escola de Direito da FGV-SP; (iii) Pedro Scazufca, Mestre em economia pelo Instituto de Pesquisas Econômicas da FEA-USP; (iv) Antonio Garbelini Junior, pós-graduado em Economia de Empresas pela FGV-SP; graduado em Administração de Empresas pela FGV(1981) e em Direito pela USP (1985); e (v) Felipe Da Roz, doutorando em Economia pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP (p. 34-98).
5. Em 10.01.2020, através da Carta APE-JUR-CAR-2020/0000001, a Concessionária solicitou dilação do prazo estabelecido na Resolução Normativa n. 23/219, ficando com a Agência a entrega do estudo final da revisão tarifária para o dia 20.01.2020 (p. 104), o que efetivamente ocorreu (p. 110).
6. Nessa data (20.01.20), elaborado pela empresa de consultoria antes referida (GO Associados), veio então aos autos o documento intitulado ESTUDO DO PLEITO DE REVISÃO TARIFÁRIA: Avaliação do Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato de Concessão de Água e Esgoto do Município de Penha – Processo de Revisão Ordinária (p. 112-233). Nele, a juízo dos consultores, foram apontados nove eventos de desequilíbrio contratual, um função dos quais a Concessionária propôs, para fins de restabelecimento do equilíbrio, um reajuste tarifário de 6,8548% (p. 225-226).
7. Na apresentação desse estudo ficou evidente o desconforto da concessionária em face do comportamento do Poder Concedente, repetidas vezes acusado de descumprir os compromissos contratuais. Chegou inclusive a ajuizar uma ação cautelar contra o Município, objetivando assegurar-se na titularidade do contrato de concessão e no encaminhamento do conflito ao Juízo Arbitral, em conformidade com os termos da cláusula 39 do Contrato de Concessão (p. 246-277).
8. Em decorrência do pedido de revisão tarifária, a Concessionária foi instada pela Agência a apresentar documentos e informações complementares (p. 292-293), cujas respostas estão acostadas às páginas 296-299. Todavia, como a documentação remetida se mostrasse incompleta, a Agência emitiu a Notificação 005/2020 (p. 309), relacionando os documentos faltantes, apontando inconformidades, definindo prazos e formulando recomendações (p. 309-310).
9. Sucedeu-se a troca de várias correspondências, entre a Agência e a Concessionária, objetivando agregar dados e informações que permitissem uma avaliação plena e segura do processo de revisão tarifária. A Concessionária foi inclusive convidada a comparecer à sede da Agência, para o trato da questão em reuniões presenciais (p. 338).
10. Para subsidiá-la na análise da matéria, especialmente nos seus aspectos jurídicos mais relevantes, a Agência buscou o apoio da empresa de consultoria de Marrara Sociedade de Advocacia, da cidade de Paulo, que opera sob a responsabilidade do Doutor Thiago Marrara, professor de Direito Administrativo da USP, doutorado pela Universidade de Munique e autor de várias obras jurídicas, e do doutorando em Direito Administrativo pela Universidade de Passau (Alemanha) Gustavo Gil Gasiola. Concluído por esses profissionais em maio de 2020, está encartado nos autos do processo documento intitulado Relatório Jurídico, analisando, destacadamente, cada um dos tópicos do pedido de revisão tarifária formulado pela concessionária (p. 343-461).
11. Em 10.06.2020, através do Ofício 487/2020, a Agência convidou o Poder Concedente a participar de reunião presencial na sede administrativa, em Florianópolis, a realizar-se em 15.06.2020, para discutir aspectos relacionados à revisão tarifária, anexando ao convite o cronograma dos atos atinentes ao processo revisional, bem como cópia do estudo elaborado pela consultora Marrara Sociedade de Advocacia (p.462-582). Idêntico convite, com os mesmos anexos, foi encaminhado à Concessionária (p. 584-704), igualmente convidada.
12. Em 19.06.2020, (p. 720-722), a Concessionária solicitou que a Agência se manifestasse “formalmente em relação à autorização para a efetiva implementação do ‘gatilho’ tarifário de 20% previsto nos itens 1.3 do Anexo II (Estrutura Tarifária) e 2.1.1.1 do Anexo V (Termo de Referência)” e que o fizesse “de forma dissociada do processo de RTO em andamento na Agência”. Na mesma oportunidade, solicitou que fosse considerada a possibilidade de aplicação escalonada do gatilho, na forma por ela proposta: 12,0940% no mês de abril de 2021 e 12,0940% no mês de abril de 2022.

13. O pleito foi analisado no Parecer (p. 735-747), datado de 02.07.2017, elaborado pela Diretoria de Regulação da Agência, que, divergindo da Concessionária, concluiu que “o gatilho contratual pode afetar diretamente o percentual da revisão tarifária ordinária em andamento”. Recomendou, então, que a aplicação e seus impactos fossem submetidos à consulta pública, no contexto do procedimento de revisão tarifária, e, posteriormente, avaliados. Acrescentou que a decisão antecipada da Agência poderia levar a uma avaliação inadequada da revisão, além de subtrair dos usuários o direito de participar do processo, tal como preconiza o art. 2º, inciso X, da Lei n. 11.445/07. A conclusão do Parecer foi referendada pela Direção-Geral da Agência, conforme, nos termos do Ofício n. 34/2020, de 02.07.2020 (p. 751).

14. Em 10 de julho 2020, a Concessionária, através da Carta APE-JUR-CAR-2020/0000118, apresentou à Direção-Geral da Agência, a pretexto de contribuir na análise e discussão da revisão, um estudo técnico complementar, elaborado pela empresa de consultoria GO Associados, intitulado Parecer Econômico e Regulatório sobre o Relatório Jurídico acerca da Revisão do Contrato do Município de Penha. O documento conclui que “todos os pleitos da Concessionária são cabíveis”. E sugere ao Prof. Thiago Marrara que “revise seu posicionamento” (p. 799-848).

15. Na mesma dada (10.07.2020), a Concessionária solicitou (i) ajuste no cronograma de trabalho da RTO, propondo que o Termo Aditivo ao contrato somente seja celebrado após a deliberação sobre a revisão tarifária, e (ii) que a Agência se manifeste preliminarmente “em relação à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro no Contrato de Concessão” (p. 850-853). Em suporte a este último pleito, trouxe novo documento, intitulado Memorando Jurídico, elaborado pela por Ayres Britto Consultoria Jurídica e Advocacia, no qual aborda a “inclusão do ‘fator x’ nos contratos de concessão da Águas de Penha e da Águas de São Francisco do Sul” (p. 854-868).

16. Em 14.07.2020, o Coordenador de Regulação da Agência manifestou-se sobre os CAPEXs referentes à captação, adução e tratamento de água e ao esgotamento sanitário, propondo que o primeiro (captação e tratamento de água) fosse postergado para os anos 6 e 7; e, o segundo (esgotamento sanitário), para os anos 7 e 8 da concessão, alterando-se os respectivos status (p. 874).

17. Subsequentemente, foram juntados aos autos os seguintes documentos, alguns deles já existentes: (i) Estudo do Pleito de Revisão Tarifária elaborado pela GO Associados em janeiro/2020 (p. 875-1000); (ii) Parecer Técnico do Analista de Regulação e Fiscalização da Agência, Ricardo Francisco Pitta, datado de 02.07.2020, analisando o pleito contido na Carta n. APE-JUR-CAR-2020/0000106 da Concessionária, referente ao Gatilho Contratual (p.1002-1014), (iii) Parecer 304/2020, da Diretoria de Regulação da Agência, datado de 24.06.2020, acerca do conteúdo do documento intitulado Importância do Reservatório R05 para o Sistema de Abastecimento de água da Cidade de Penha/SC, remetido pela Concessionária através da Carta APE-JUR-CAR-2020/0000062 (p. 1015-1021); (iv) Parecer Técnico da Diretoria de Regulação da Agência, datado de 20.02.20, contendo a análise das fiscalizações contratuais por ela realizadas pela no município de Penha (p. 1023-1038); (v) Nota Técnica da Concessionária, elaborada pela GO Associados, em resposta aos questionamentos 5 a 12, contidos no Ofício n. 118/2020 da Agência (p. 1039-1055); (vi) Relatório Jurídico acerca da revisão do contrato de concessão, elaborado a pedido da Agência em maio de 2020, pela consultora Marrara Sociedade de Advocacia (p. 1056-1174); (vii) Parecer Econômico e Regulatório sobre o Relatório Jurídico acerca da Revisão do Contrato do Município de Penha, elaborado em julho de 2020, pela GO Associados (p. 1175-1223); (viii) Parecer Técnico 345/2020 sobre a Revisão Tarifária Periódica da Concessionária Águas de Penha dos Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Município de Penha, elaborado em 16.07.2020, pela Equipe Técnica da Diretoria de Regulação da Agência (p. 1227-1374).

18. Em 20.07.2020, através do Ofício 40/2020, a Direção da Agência comunicou à Concessionária, ao Poder Concedente e às Promotorias de Justiça das Comarcas de Piçarras e Barra Velha a instauração da Consulta Pública 003/2020, objetivando o recebimento de contribuições, críticas e sugestões destinadas a subsidiar os estudos da revisão tarifária ordinária de Concessionária tendo como parâmetro o Parecer Técnico n. 345/2020 elaborado pela Agência. O prazo inicial para manifestação dos interessados ficou estabelecido para o período de 20.07.2020 a 04.08.2020 (p. 1378-1378). A abertura da consulta pública foi amplamente divulgada nos meios em todos os canais de comunicação, para plena ciência da população (p. 1400-1402).

19. Em 21.07.2020, atendendo solicitação da Concessionária, foi alterado o cronograma dos atos atinentes à RTO, dando-se ciência aos interessados (p.1390-1396).

20. Em 04.08.2020, através da Carta n. APE-JUR-CAR-2020/0000130, a Concessionária, por intermédio de documento elaborado pela GO Associados, manifestou-se sobre a Consulta Pública n. 003/2020, especificamente sobre as considerações expendidas no Parecer Técnico n. 345/2020 emitido pela Agência (p. 1412-1461).

21. No dia 18.08.2020, a Agência prorrogou o prazo para manifestação na Consulta Pública 003/2020 até 24.08.2020, sucedendo-se nova publicação e intimação dos entes diretamente interessados. Ficou consignado nesse documento que, apesar de terem sido recebidas 154 contribuições, estas não teriam preenchido os pressupostos de admissibilidade, tais como nome completo, CPF, endereço e profissão do interessado (p. 1468-1478). E, na sequência, apresentou a relação dos nomes das pessoas que participaram da consulta pública, bem como o teor das manifestações apresentadas (p. 1479-1637).

22. No dia 25.08.20, a Direção da Agência prorrogou novamente o prazo de manifestação na Consulta Pública n. 003/2020, estendendo-o até 22.09.2020 (p. 1639-1650), e, por intermédio da Diretoria de Regulação, elaborou um resumo sistemático de todas as contribuições obtidas (p. 1651).

23. Em 19.10.2020, a Concessionária trouxe aos autos Parecer Jurídico elaborado pela consultora Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques – Sociedade de Advogados, da cidade de São Paulo, cuja ementa está assim redigida:

Contrato de concessão de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Obrigações do poder concedente de promover desapropriações e obter licenças ambientais prévias. Descumprimento contratual. Assunção dos riscos relacionados ao insucesso de cada obrigação. Omissões que resultaram em perda de receita da concessionária. Dever de proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

24. O referido parecer, com 58 páginas, datado de 02.10.2020 (p.1653-1711), vem chancelado pelo Doutor Floriano de Azevedo Marques Neto, professor titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP.

25. O documento trata, entre outros temas: (i) das limitações e repartição dos riscos do contrato; (ii) das omissões do Poder Concedente; (iii) dos encargos atinentes às expropriações e licenças ambientais; (iv) da interpretação da cláusula 16 ‘m’ do Contrato de Concessão; e (v) das condições de aplicação do gatilho tarifário previsto no Anexo II do Edital da Concorrência n. 01/2014. O aludido parecer, diante de sua origem e autoria, foi submetido pela Agência à análise do Doutor Thiago Marrara, também professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP (p. 1714-1773).

26. O parecer assinado pelo Professor Azevedo Marques ensejou a convocação de nova reunião, com a participação da Agência, da Concessionária e do Poder Concedente, marcada para o dia 5.11.2020, a fim de discutir questões suscitadas no referido documento (p. 1775).

27. Em 16.11.2020, a Concessionária enfatizou junto à Agência (Carta APE-JUR-CAR-2020/0000191) que persistiam pendências na liberação de áreas destinadas às obras do SAA e na obtenção do licenciamento ambiental. Anexou inclusive cópia da Carta APE-JUR-CAR-2020/0000187,

de 13.11.2020, dirigida ao Prefeito Municipal de Penha, na qual foi formulado o seguinte pedido:

[...] a concessionária vem a presença de vossa excelência requerer que seja realizada a liberação de todas as áreas necessárias para início das obras (áreas do sistema de água: Captação, Adutoras, Estação Elevatória de Água Bruta, Booster, Estação de Tratamento de Água, e áreas do sistema de esgotamento sanitário: Estações Elevatórias de Esgoto, faixas de servidão e área para Estação de tratamento de Esgoto), bem como proceda-se com o respectivo licenciamento ambiental prévio (LAP), tal como preconizado na cláusula 15.1 "g", "k", 17.1 e 34.3 do Contrato de Concessão. (p. 1780-1784).

28. Em 19.11.2020, através do Ofício 749/2020, a Agência solicitou à Concessionária que, em complemento às informações necessárias ao andamento do processo, remetesse, com a necessária urgência, cópia dos balancetes contábeis mensais de agosto de 2018 a junho de 2020 (p. 1785).

29. Em retorno, em 23.11.2020, através da Carta n. APE-JUR-CAR-2020/0000197, a Concessionária compareceu aos autos, trazendo considerações sobre a revisão tarifária e, também, sobre a documentação complementar solicitada pela Agência (p. 1790-1801).

30. Em 28.11.2020, a Agência publicou o Relatório Final da Consulta Pública n. 003/2020, que se estendeu de 20 de julho a 22 de setembro de 2020, a qual foi amplamente divulgada na mídia local, com intimação não apenas da Concessionária e do Poder Concedente, mas, também, dos órgãos de controle estaduais e municipais (TCE, MPSC e Câmara de Vereadores), além de entidades de classe da indústria, comércio, serviços e associações de bairros. Segundo o relatório, foram aproveitadas 156 contribuições, sem considerar aquelas não recebidas devido ao não preenchimento de requisitos formais de admissibilidade (p. 1808-1809).

31. Subsequentemente, considerando já as contribuições colhidas no curso da consulta pública, a Agência, por intermédio do Equipe Técnica da sua Diretoria de Regulação, emitiu, em 21 de janeiro de 2021, o Parecer Técnico sobre a Revisão Tarifária Periódica da Concessionária Águas de Penha para Prestação dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Município de Penha (SC) após as Contribuições dos Interessados na Consulta Pública 003/2020 (p.1817-1878). A esse parecer foram agregados os seguintes Anexos: (i) Anexo I: ESTUDO DO PLEITO DE REVISÃO TARIFÁRIA: avaliação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de água e esgoto do município de penha - Processo de Revisão Ordinária, apresentado pela Concessionária em janeiro/2020, com o apoio técnico da GO Associados (p.1880-2002);

(ii) Anexo II: relatório jurídico intitulado REVISÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO FIRMADO ENTRE O MUNICÍPIO DE PENHA E A ÁGUAS DE PENHA SANEAMENTO SPE LTDA, elaborado pela empresa de consultoria Marrara Sociedade de Advogados, a pedido da Agência (p. 2004-2123);

(iii) Anexo III: PARECER TÉCNICO SOBRE A REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA DA CONCESSIONÁRIA ÁGUAS DE PENHA PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DO MUNICÍPIO DE PENHA-SC, elaborado em julho de 2020, pela Equipe Técnica da Diretoria de Regulação da Agência (p. 2124-2271);

(iv) Anexo IV: PARECER ECONÔMICO E REGULATÓRIO SOBRE O RELATÓRIO JURÍDICO ACERCA DA REVISÃO DO CONTRATO DO MUNICÍPIO DE PENHA SOLICITADO PELA ARIS, apresentado pela concessionária em julho de 2020, elaborado pelo escritório de consultoria GO Associados (p. 2273-2321);

(v) Anexo V: MEMORANDO JURÍDICO, apresentado pela Concessionária em julho 2020, elaborado pelo escritório Ayres Britto – Consultoria Jurídica e Advocacia, abordando a questão atinente à inclusão do "fator x" nos contratos de concessão da Águas de Penha e da Águas de São Francisco do Sul (p. 2323-2337);

(vi) Anexo VI: NOTA TÉCNICA SOBRE AS PREMISSAS ADOTADAS NO PARECER TÉCNICO DA ARIS - REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA DA CONCESSIONÁRIA ÁGUAS DE PENHA (SC), apresentado pela Concessionária em agosto de 2020, elaborada pelo escritório de consultoria GO Associados (p. 2339-2385);

(vii) Anexo VII: PARECER JURÍDICO apresentado pela Concessionária em outubro de 2020, elaborado pelo escritório de advocacia Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques – Sociedade de Advogados, em torno da questão consubstanciada na seguinte ementa: "Contrato de concessão de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Obrigações do poder concedente de promover desapropriações e obter licenças ambientais prévias. Descumprimento contratual. Assunção dos riscos relacionados ao insucesso de cada obrigação. Omissões que resultaram em perda de receita da concessionária. Dever de proceder ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato". (p. 2387-2445);

(viii) Anexo VIII: SEGUNDO RELATÓRIO JURÍDICO: REVISÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO FIRMADO ENTRE O MUNICÍPIO DE PENHA E A ÁGUAS DE PENHA SANEAMENTO SPE LTDA, apresentado pela Agência em 30.11.2020, elaborado pelo escritório de consultoria Marrara Sociedade de Advocacia, (p. 2447-2499).

32. Em 21.01.2021, a Agência acrescentou aos autos o Relatório de Fiscalização RF-SAA-OUV-PENHA-001/2021, referente às reclamações recebidas pela Ouvidoria da Agência em relação ao serviço de abastecimento de água do Município de Penha (p. 2556-2586).

33. Por fim, em 30.01.2021, a Direção-Geral da Agência publicou a Deliberação n. 005/2021 (p. 2589-2592), dispendo sobre "a revisão das tarifas de abastecimento de água, de esgotamento sanitário e dos preços dos serviços públicos complementares da Concessionária Águas de Penha".

34. Depois de invocar o art. 40, II, do Protocolo de Intenções que integra o Contrato de Consórcio Público da Agência, e as disposições dos artigos 22, IV, 29, § 1º, 30, 37 e 39 da Lei n. 11.445/2007, e sucedendo a vários "considerandos", a Deliberação resolveu:

Art. 1º Revisar as tarifas de água, de esgotamento sanitário e de preços públicos praticados pela Concessionária Águas de Penha em -20,09% (vinte, vírgula zero nove por cento negativo) referente à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

Art. 2º Autorizar a aplicação do reajuste das tarifas de água, de esgotamento sanitário e de preços públicos praticados pela Concessionária Águas de Penha referente ao reajuste tarifário não aplicado pela Concessionária em 2017 de 1,57% (um, vírgula cinquenta e sete por cento).

Art. 3º Autorizar a aplicação do gatilho contratual previsto nos Anexos II e IV do Edital de Licitação no percentual de 20% (vinte por cento).

Art. 4º O impacto total nas tarifas e preços públicos decorrentes das autorizações que constam nos artigos 1º, 2º e 3º é de -2,60% (dois, vírgula sessenta por cento negativo).

Art. 5º Aplicar Fator "X" nas tarifas de água, de esgotamento sanitário e de preços públicos praticados pela Concessionária Águas de Penha em - 0,22% (zero, vírgula vinte dois por cento negativo).

Parágrafo único. A efetiva aplicação do Fator "X" fica condicionada a celebração de termo aditivo contratual entre o Poder Concedente e a Concessionária Águas de Penha.

Estabeleceu ainda que:

Art. 6º Os novos valores das tarifas a serem praticados pela Prestadora de Serviços entrarão em vigor 30 (trinta) dias após a publicação desta deliberação no Diário Oficial dos Municípios (DOM), conforme disposto no artigo 39 da Lei federal nº 11.445/2007.

§ 1º A publicação acima referida não exime a obrigação da Prestadora de Serviços em divulgar os novos valores em seu sítio na internet e através de mensagens em suas contas/faturas.

§ 2º A Prestadora de Serviço obedecerá ao prazo estabelecido no caput deste artigo para a realização das leituras e medições e as respectivas emissões das Contas/Faturas com os valores reajustados.

Art. 7º A Prestadora de Serviços deverá encaminhar a esta agência em até 15 dias da data da publicação desta deliberação comprovante de divulgação da nova Tabela Tarifária, em seu sítio eletrônico, nas contas/faturas e, se for o caso, na imprensa local.

Art. 8º A presente Deliberação entra em vigor na data da sua publicação.

35. Entre outros fundamentos, a Deliberação considerou: (i) que o Contrato de Concessão n. 194/2015, celebrado entre o município de Penha e a empresa Águas de Penha Saneamento SPE S/A, tem por objeto a prestação, "por conta e risco" da Concessionária, "dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, em caráter de exclusividade, na área da concessão, por um prazo de 35 anos"; (ii) o fato de a Concessionária, em 20.01.2020, ter solicitado à Agência a aprovação de uma revisão tarifária da ordem de 6,8548%; (iii) os dados e informações recolhidos pela Agência com o propósito de subsidiar os estudos técnicos e jurídicos atinentes ao pedido de revisão; (iv) os resultados da consulta pública realizada no período compreendido entre 20 de julho e 22 de setembro de 2020; (v) o fato de a cláusula 16.2 "m" do Contrato de Concessão estabelecer, como atribuição da Concessionária, a iniciativa de "adquirir ou alugar os imóveis de que necessita com base em contratos privados, caso não executada a desapropriação das áreas indicadas; e que, nos termos dessa cláusula, a aquisição de imóveis pela Concessionária é fator que autoriza o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato; (vi) que a Concessionária buscou junto à Agência, oficialmente, autorização para o implemento do "gatilho" tarifário de 20%, conforme itens 1.3 do Anexo II (Estrutura Tarifária) e 2.1.1.1 do Anexo V (Termo de Referência), ambos do Edital de Licitação nº 01/2014; (vii) que o marco emergencial de abastecimento a que alude o item 2.1.1.1 do Anexo V do Edital de Licitação foi estabelecido em razão da "necessidade de minimizar os problemas de abastecimento de água durante os períodos de alto consumo, especialmente na temporada de verão" e não pode ser considerado isoladamente do sistema de abastecimento de água; (viii) que nas temporadas precedentes ao pedido de revisão "houve falta de água generalizada no município de Penha, causada pela oferta insuficiente de água tratada"; (ix) que "em dezembro de 2019 entrou em funcionamento o reservatório Mariscal de 2.000 m³, sem aumento da oferta de água", mas, mesmo assim, ocorreu falta de água no verão daquele ano, gerando intensas e contundentes reclamações por parte dos usuários; (x) que, em dezembro de 2020, entraram em funcionamento (a) o sistema de captação de água bruta da Lagoa do Balt, localizada no próprio município de Penha; (b) as adutoras de água bruta e de água tratada, numa extensão de 5 (cinco) quilômetros; e (c) uma estação de tratamento de água, com capacidade de tratamento de 70 litros por segundo; (xi) que, segundo o relatório de fiscalização da Agência (RF-SAA-OUV-PENHA-001/2021), na temporada de 2020/2021 não houve falta de água no município de Penha nem reclamações de usuários junto à Ouvidoria da Agência, concluindo-se que a Concessionária teria minimizado "os problemas de abastecimento de água durante os períodos de alto consumo", atendendo ao marco emergencial previsto no item 2.1.1.1 do Anexo V do edital licitatório; (xii) que, de acordo com a cláusula 12.4 do Contrato de Concessão, os índices legais de reajuste tarifário podem ser aplicados independentemente de prévia homologação da Agência e de manifestação do Poder Concedente a respeito dos cálculos; (xiii) que as consequências decorrentes do atraso no reajuste das tarifas provocado por omissão da concessionária a ela devem ser alocadas, e não podem ser contabilizadas como "frustração de receita"; e (xiv) que, no ano de 2017, o reajuste tarifário não foi aplicado por solicitação do Poder Concedente.

36. Foram formalmente cientificados da Deliberação n. 005/2021 o Poder Concedente (p. 2595) e a Concessionária (p. 2610), sendo que esta deu-se por intimada em 05.02.2021 (Carta n. APE-JUR-CAR-2021/0000014), adiantando que iria estudar a possibilidade de interpor recurso administrativo para o Conselho de Regulação, "dentro do prazo de 30 (trinta) dias", previsto no art. 28, inc. IV, do Protocolo de Intenções da ARIS; nos art. 26, inc. IV, e art. 74, inc. V, do Regimento Interno; bem como nos art. 15, § 2º, e art. 20, da Resolução n.º 17/2019 (p. 2614).

37. Em 08.02.2021, através da Carta APE-JUR-CAR-2021/0000015, a Concessionária requereu à Agência interrupção do prazo recursal, até que ela se pronunciasse formalmente sobre a questão atinente ao prazo recursal, tal como suscitada na Carta n. APE-JUR-CAR-2021/0000014, de 05.02.2021 (p. 2619).

38. Sobre esse pleito, a Direção-Geral da Agência, acolhendo manifestação de sua Assessoria Jurídica (p. 2627-2628), pronunciou-se conclusivamente nos seguintes termos (p. 2626):

Sendo assim, diante da garantia constitucional da ampla defesa e considerando os argumentos da concessionária, prorrogo o prazo recursal por mais 10 (dez) dias, a contar de 10 de fevereiro de 2021, tendo como termo final o prazo de 20.02.2021 (sábado), prorrogando-se para o primeiro dia útil subsequente, 22.02.2021.

39. Em 22.02.2021, representada pelos advogados que compõem o escritório XVBM – Xavier Vianna – Bockmann Moreira – Caggiano Ramos - Advocacia, da cidade de Curitiba (PR), a Concessionária, invocando as disposições do art. 26, inciso IV, do Regimento Interno da Agência, interpôs RECURSO para o Conselho de Regulação, com pedido de efeito suspensivo, requerendo a reforma da Deliberação n. 005/2021 (p. 2630-2690). Além da procuração outorgada aos advogados (p. 2693), juntou, em apoio às teses sustentadas, parecer do advogado, especializado em estruturação e regulação de contratos de concessão e de parcerias público-privadas, Maurício Portugal Ribeiro, datado de 18.02.2021 (p. 2695-2804), e cópia de várias correspondências trocadas com a Agência, incluindo o Relatório de Fiscalização do Contrato de Concessão n. 194/2015 do Município de Penha – Ano 3, concluído em abril de 2019 (p. 2806-2921).

40. Resumidamente, são as seguintes as questões suscitadas no recurso:

(i) Em preliminares, começa por realçar a tempestividade do recurso, assinalado que, conforme se extrai da resposta à consulta formulada à Direção-Geral da ARIS, o prazo teve início em 10.02.2021 e terminou em 22.02.2021, data em foi protocolado, às 18:43:22h (p.2629).

(ii) Na sequência, ainda em preliminares ao mérito, suscita cerceamento de defesa. Diz que "a Deliberação (fls. 2589-2592), bem como os dois estudos que a precederam (o Parecer Técnico n. 506/2020, de fls. 1817-1878, e o 2º Parecer Jurídico, fls. 2501-2553) não foram submetidos ao contraditório prévio", assim como "não foi oportunizada à Concessionária prévia manifestação quanto ao seu teor antes da

decisão final da Diretoria da ARIS”.

(iii) No mérito, começa por apontar “inconsistências técnicas da Deliberação”. Afirma que, “por estar fundada em interpretações inadequadas quanto à alocação dos riscos do Contrato, a Deliberação promove medida de reequilíbrio em total descompasso com o projeto concessionário, em violação ao art. 9º, §§ 2º e 4º da Lei n. 8.987/1995 e arts. 2º, incs. VII, art. 22, inc. IV, e art. 29 da Lei n.º 11.445/2007”. Acrescenta que não foram reconhecidos os descumprimentos contratuais do Município, enquanto a Concessionária teve imputadas contra si obrigações inexistentes. Pontua ainda que o mais grave foi o percentual de reequilíbrio negativo (-20,09%) ter decorrido do deslocamento temporal do CAPEX e da OPEX referentes aos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, sem “considerar que a Concessionária não auferiu as receitas previstas no plano de negócios decorrentes da execução desse mesmo CAPEX e OPEX previstas no plano de negócios, relativas a esses sistemas”.

(iv) No propósito de tornar objetivas as alegadas “inconsistências” a Agência alinhou nove situações em que, concretamente, teriam ocorrido, com reflexos no equilíbrio do Contrato.

(v) Começa afirmando que o Poder Concedente incorreu em “reiterado descumprimento contratual”, posto que, previamente à atuação da Concessionária, tinha a obrigação de promover a desapropriação e a cessão dos bens desapropriados, e de obter a LAP para viabilizar o início das obras. Diz que já em 1916 houve a indicação do imóvel onde seria implantado o reservatório de 2.000m<sup>3</sup> e a estação de tratamento, mas “o Município não promoveu qualquer das medidas necessárias às desapropriações e licenciamento ambiental prévio”. E acrescenta que a Agência, repetidas vezes, foi cientificada desse fato, mas “nunca indicou, ou ao menos fez menção, à existência de qualquer obrigação subsidiária ou concorrente por parte da Concessionária em relação à aquisição das áreas necessárias para o sistema ou quanto à licença ambiental prévia”. Arremata afirmando que a interpretação de cláusulas contratuais, em concessão de serviços de águas e saneamento, não se insere entre as competências da Agência, motivo pelo qual o juízo por ela formulado não pode, no caso, prevalecer.

(vi) Sustenta também que a Deliberação impugnada teria criado para a Concessionária obrigações não previstas em contrato. E reprisa o argumento segundo o qual é obrigação exclusiva do Município “desapropriar ou ceder o uso de todos os bens imóveis para assegurar a realização e a conservação de serviços e obras vinculados à concessão”, aduzindo que o ente público se torna passível de responsabilização em caso de inadimplemento, sem prejuízo da necessidade de considerar seus efeitos no procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

(vii) Ainda, a pretexto de explicitar as inconsistências técnicas da Deliberação, aponta, como fator de desequilíbrio, a postergação do prazo para implemento do reservatório de água de 2.000 metros cúbicos. Admite que, de acordo com o Contrato, a implantação estava prevista para o segundo ano de concessão, juntamente com a Estação de Tratamento de Água, sendo que, concluída a obra e ampliado o volume de reservação em 2.000 metros cúbicos, à Concessionária seria assegurada a aplicação de um gatilho tarifário de 20% (vinte por cento). Adverte, porém, que “o Município não disponibilizou o imóvel e nem obteve o licenciamento ambiental, impedindo a construção do reservatório no Ano 2”, o que, a seu juízo, representou a perda do acréscimo nas receitas tarifárias que poderiam ter sido auferidas desde o ano 2, se tivesse havido a aplicação do gatilho previsto na estrutura tarifária constante do edital.

(viii) Sustenta ainda que a necessidade de prorrogação do contrato com a CASAN, para fornecimento de água tratada, foi motivo de frustração de receita, sem que isso fosse devidamente considerado pela Agência na revisão tarifária. Aduz que essa prorrogação, obrigando a Concessionária a continuar com a aquisição de água tratada junto à unidade da CASAN na cidade vizinha de Piçarras, foi consequência dos “atrasos do Poder Concedente em obter a LAP e disponibilizar todas as áreas necessárias à implementação do novo SAA”. E isso, além de importar maiores despesas, ocasionou também perda de receita, já que o fornecimento de água por aquela estatal se deu em volume insuficiente para atender às necessidades dos consumidores do município de Penha.

(ix) Questiona também o posicionamento da Agência relativamente ao atraso havido na definição do terreno destinado à ETE. Alega que a postergação do Capex relativo ao esgoto, do ano 4 para os anos 7 e 8 da concessão, foi resultado da omissão do Poder Concedente, que não disponibilizou a área no momento próprio, conforme estabelecido no contrato. Se o tivesse feito, a ETE estaria operando desde o quarto ano da concessão, com a geração das receitas correspondente.

(x) Concessionária questiona a forma como foi deferido o reajuste tarifário previsto os anos 2 e 3 (ou seja, entre 2016 e 2017”). Sustenta que, além do reajuste convencional a partir da vigência da Deliberação impugnada, “devem ser recompostas as perdas de receita” decorrentes de reajustes não aplicados no momento próprio, já que os respectivos cálculos, com os valores das tarifas, devem ser submetidos “à agência reguladora e ao concedente com antecedência de 30 (trinta) dias da data da emissão das faturas para os usuários”.

(xi) A peça recursal sustenta também a responsabilidade do Poder Concedente pelos danos à tubulação de abastecimento de água, causados quando da execução das obras públicas do sistema de drenagem pluvial da cidade de Penha. Argumenta que o custo dos reparos não estava previsto no Contrato, motivo pelo qual deve ser considerado como fator de desequilíbrio econômico-financeiro, sem que haja necessidade de demonstrar que tenham sido causados de diretamente pelo Município.

(xii) Também reclama a inclusão positiva, na avaliação do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, dos custos com a perfuração de novos poços de captação de água e regularização dos já existentes. Diz que se tratou de uma medida emergencial destinada a mitigar o problema de desabastecimento de água em período de alta temporada, adotada a partir de decisão conjunta com o Poder Concedente, apesar de não estar originalmente prevista no Edital e no Contrato de Concessão.

(xiii) Por fim, investe contra a aplicação do Fator X, contemplada no art. 5º da Deliberação n. 005/2021, que implicou uma redução tarifária de - 0,22% (zero, vírgula vinte e dois por cento negativo). Sustenta que a cláusula 13.1 do Contrato prevê “distribuição e ganhos de produtividade com os usuários”, mas não define a metodologia para apuração desses ganhos e seu ulterior partilhamento. Aduz que foi devido a essa omissão que o TCE/SC, na Decisão n. 1.613/2015, determinou a inserção no Contrato de cláusula específica que o disciplinasse, já que, na sua estruturação original da avença, não estavam contempladas nem integram a proposta comercial apresentada. Acrescenta que

a aplicação do Fator X somente foi trazida para o âmbito do contrato devido à manifestação do TCE/SC, o que levou o Poder Concedente a propor o 1º Termo Aditivo ao Contrato. Este, todavia, além de não ter sido precedido do competente processo administrativo, nunca foi assinado pela Concessionária, motivo pelo qual conclui que se trata de um "ato administrativo inexistente"; e que, mesmo que existisse, o ato, nestas circunstâncias, seria nulo.

41. Conclui a peça recursal, formulando, textualmente, o seguinte pedido:

Pelo exposto, e pelo muito que por certo será suprido pelo Eminente Relator, roga-se pelo provimento do presente recurso, com a concessão de efeito suspensivo, tudo para que ao final sejam reformados os artigos 1º, 4º e 5º da r. DELIBERAÇÃO n.º 5/2021 – de forma assegurar o equilíbrio econômico-financeiro da CONCESSÃO, nos termos acima indicados.

42. O recurso foi recebido pelo Diretor-Geral da Agência, nos termos do despacho de 24.02.2021, que determinou sua remessa ao Conselho de Regulação, para julgamento (p. 2930), sucedendo-se a designação de relator na sessão ordinária do mês de março/2021, realizada em 25.03.2021.

43. Em 15.04.2021, às 11 horas, foram atendidos pelo Relator, em reunião virtual, os doutores Egon Bokmann Moreira e Gabriel Jamur Gomes, advogados signatários do recurso interposto, sendo-lhes oportunizada, sem limite de tempo, a sustentação de seus argumentos e a ulterior remessa de memorias.

44. Ulteriormente, vieram e foram anexados aos autos: (i) o roteiro da sustentação oral apresentada no curso da reunião; (ii) memorial escrito sintético, realçando os principais pontos do recurso; e, em data posterior (26.04.2021), (iii) um longo arrazoado de 198 páginas, elaborado pelo escritório Portugal Ribeiro Advogados, à guisa de complementação ao memorial anteriormente apresentado pelos signatários do recurso.

45. Na reunião ordinária do Conselho de Regulação realizada em 27.04.2021, o relator, ao argumento da extensão e complexidade da matéria, solicitou prorrogação do prazo por 30 (trinta) dias, para conclusão do voto, tendo o pleito sido deferido por unanimidade.

É o relatório.

## VOTO

46. Trata-se de recurso interposto pela empresa Águas de Penha Saneamento SPE S/A (Concessionária), com pedido de efeito suspensivo liminar, irresignada com a decisão do órgão regulador — Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento-ARIS (Agência) —, consubstanciada na Deliberação n. 005/2021, publicada em 30.01.2021, que julgou o Processo Administrativo n. 143/2019, referente à 1ª Revisão Tarifária Ordinária proposta pela Concessionária.

47. A legitimidade recursal está amparada no art. 26, inciso IV, do Regimento Interno da Agência e, também, no art. 5º, incisos XXXIV, letra "a", e LV da Constituição Federal, e nos artigos 2º, inciso X, e 56 da Lei n. 9.784/1999, cujas disposições são aplicáveis subsidiariamente, nos termos do seu art. 79 do Regimento Interno, verbis:

Art. 79. Aplicam-se as regras, na omissão do presente Regimento Interno, da Lei federal n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. (Grifou-se)

48. Logo, havendo nos autos prova inequívoca de que a recorrente se mantém na titularidade do Contrato de Concessão 194/2015, firmado com o Município de Penha em 10.11.2015, não há por que questionar a legitimidade recursal.

49. O mesmo há de se dizer da tempestividade.

50. Num primeiro momento, consoante a Carta APE-JUR-CAR-2021/0000014, de 05.02.2021, a Concessionária vislumbrou um prazo de 30 (trinta) dias para interposição de recurso, arrimando-se, para tanto, "no art. 28, inc. IV, do Protocolo de Intenções da ARIS; nos art. 26, inc. IV, e art. 74, inc. V, do Regimento Interno; bem como nos art. 15, § 2º, e art. 20, da Resolução Normativa n.º 17/2019" (p. 2614).

51. Sucede que os dispositivos invocados, a rigor, não autorizam concluir que o prazo recursal contra decisão em processo de revisão tarifária é de 30 dias, conforme se pode extrair dos textos transcritos em nota de rodapé. Tanto os do Protocolo de Intenções quanto os do Regimento Interno da Agência não estabelecem expressamente o prazo recursal. E a Resolução Normativa 17/2019, ainda que o faça de forma expressa, cuida, com exclusividade, de assunto diverso e específico: as "condições gerais para os procedimentos de fiscalização da prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, bem como de aplicação de penalidades". E, por isso, não é aplicável a processos de revisão tarifária.

52. Conquanto tenha vislumbrado, inicialmente, direito a 30 dias de prazo para recorrer, a Concessionária, através da Carta-APE-JUR-CAR-2021/0000015, de 08.02.2021, flexibilizou sua posição e limitou-se a pedir à Agência que interrompesse o fluxo do prazo recursal até que sobreviesse uma decisão definitiva sobre essa questão; e que, uma vez definido o lapso temporal aplicável, passasse a contá-lo a partir do dia seguinte ao da intimação da Concessionária (p. 2619).

53. A decisão da Agência quanto ao tema ocorreu no dia 09.02.2021 (p. 2626). Concluiu que, diante da omissão das normas internas, o prazo a ser observado, por força do disposto no art. 79 do Regimento Interno, seria o previsto no art. 59 da Lei n. 9.784/1999, ou seja, 10 (dez) a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão impugnada, conforme está expresso aludido dispositivo, verbis:

Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.

54. E, assim, tendo a decisão sido divulgada no dia 09.02.2021, ficou estabelecido que o término do prazo para interposição do recurso administrativo seria o dia 22.02.2021, perfazendo, entre o termo inicial e o final, um lapso de dez dias úteis.

55. Portanto, como o recurso foi protocolado às 18:43 h do dia 22.02.2021 (p. 2629), tem-se, indubitavelmente, que foi tempestivo, merecendo ser conhecido.

56. Em preliminar ao mérito, a Concessionária suscita cerceamento de defesa.

57. Alega que tanto a Deliberação 005/2021 — decisão final objeto do recurso — quanto o Parecer Técnico 506/2020 (p. 1817-1878) e o 2º Parecer Jurídico (p. 2501-2553), "não foram submetidos ao contraditório prévio". E insiste, dizendo que "não foi oportunizada à Concessionária prévia manifestação quanto ao seu teor antes da decisão final da Diretoria da ARIS" e que "os referidos pareceres técnicos e jurídicos ignoraram as incorreções apontadas pela Concessionária", limitando-se a "repetir o posicionamento outrora exarado pela Agência".

58. Com o respeito devido, o reclamo não procede.

59. Os procedimentos atinentes à revisão tarifária foram definidos na Resolução Normativa 23/2019, aprovada pelo Conselho de Regulação da Agência em 17.07.2019, publicada em 16.08.2019 (p. 21-22).

60. Ciente do referido ato normativo, a Concessionária teve múltiplas oportunidades e plena liberdade de intervir no processo, sendo-lhe permitido praticar todos os atos que considerou necessários ao agenciamento de seus direitos: (i) juntar documentos a qualquer tempo; (ii) pedir (e ter deferida) dilação de prazos; (iii) agregar pareceres técnicos e jurídicos e memoriais das mais prestigiadas fontes; (iv) pedir

esclarecimentos, entre outros atos.

61. Apenas para corroborar o que se afirmou acima, veja-se: (i) em 10.01.2020, apresentou o Estudo Prévio de Revisão Tarifária Ordinária, elaborado pelo escritório de consultoria GO Associados, da cidade de São Paulo (p. 32-98); (ii) na mesma data, requereu e teve deferido o pleito de dilação do prazo de entrega do estudo final de revisão tarifária (p. 104-110); (iii) no dia 20.01.2020, fez juntar aos autos o ESTUDO DO PLEITO DE REVISÃO TARIFÁRIA: Avaliação do Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato de Concessão de Água e Esgoto do Município de Penha – Processo de Revisão Ordinária, (p. 112-233), documento este também elaborado pela GO Associados, no qual vêm listados nove eventos de desequilíbrio contratual e é proposto, para fins de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, um reajuste tarifário de 6,8548%; (iv) no dia 24.01.2020, noticiou à Agência a obtenção de liminar, em ação acautelatória ajuizada contra o Município de Penha, impedindo-o de praticar qualquer ato que obstasse a prestação do serviço pela Concessionária e obrigando-o a manter os termos do contrato até final decisão da cautelar (p. 236-276); (v) em 10.07.2020, compareceu novamente aos autos para: (a) anexar, a pretexto de contribuir na análise da revisão tarifária, estudo técnico complementar elaborado pela GO Associados, intitulado Parecer Econômico e Regulatório sobre o Relatório Jurídico acerca da Revisão do Contrato do Município de Penha (p. 799-848); (b) solicitar o ajustamento do cronograma de trabalho da RTO, de modo que o Termo Aditivo ao contrato somente fosse celebrado após a deliberação sobre a revisão tarifária (p. 850-853); (c) pedir que a Agência se manifestasse preliminarmente sobre a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, juntando, em suporte a esse pleito, documento intitulado Memorando Jurídico, elaborado pela por Ayres Britto Consultoria Jurídica e Advocacia, no qual aborda a “inclusão do ‘fator x’ nos contratos de concessão da Águas de Penha e da Águas de São Francisco do Sul” (p. 854-868); (vi) no dia 04.08.2020, por intermédio da GO Associados, manifestou-se sobre a Consulta Pública n. 003/2020 e sobre as considerações expendidas no Parecer Técnico n. 345/2020 emitido pela Agência a respeito da RTO em curso (p. 1412-1461); (vii) em 19.10.2020, trouxe aos autos Parecer Jurídico elaborado pela empresa de consultoria Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques – Sociedade de Advogados, da cidade de São Paulo, abordando os temas até então pautados e discutidos no procedimento de revisão tarifária em curso (1653-1711); (viii) em 16.11.2020, enfatizou junto à Agência (Carta APE-JUR-CAR-2020/0000191) a existência de “pendências quanto a liberação de áreas e licenciamento ambiental”, anexando inclusive cópia da Carta APE-JUR-CAR-2020/0000187, dirigida ao Prefeito Municipal de Penha (p. 1780-1784); (ix) finalmente, em 23.11.2020, a apresentou manifestação final junto à Agência, concluindo-a nos seguintes termos:

Por todos esses argumentos, somados àqueles bem postos nos estudos jurídicos e econômicos já constantes dos autos, a Águas de Penha renova o pleito para: a) Revisão tarifária na ordem de 6,8548%, diante da redução da Taxa Interna de Retorno (TIR) em 1,18%, com o objetivo de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão nº 194/2015, e

b) Que a Agência Reguladora (ARIS) proceda, ainda que em expediente apartado, o imediato reconhecimento da aplicação do gatilho tarifário, conforme disposto nos itens 1.3 do Anexo II (Estrutura Tarifária) e 2.1.1.1 do Anexo V (Termo de Referência), sem prejuízo da possibilidade de sua aplicação escalonada no tempo, como proposta pela Concessionária na carta APE-JUR-CAR-2020/0000106;

Sucessivamente:

c) que os temas em questão sejam submetidos a uma terceira parte, escolhida de comum acordo por ARIS e Águas de Penha. Essa terceira parte deverá ser instituição de renome, com experiência em regulação no setor de infraestrutura em geral e, em especial, no de saneamento básico, que avaliará a melhor aplicação da matriz de risco contratual e qual seria seu impacto sobre o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

Por fim, a concessionária reitera, que nada obsta o reconhecimento do pleito tarifário e a aplicação do gatilho tarifário dê-se com medidas regulatórias de incremento parcelado à tarifa pública, tudo para a preservação da modicidade tarifária e garantia do justo equilíbrio econômico-financeiro da concessão pública.

Sem prejuízo, a Águas de Penha renova seu compromisso em bem cumprir o Contrato de Concessão e prestar serviços públicos com qualidade e eficiência, proporcionando bem-estar à sociedade.

62. Como visto, foi ampla e plena a faculdade assegurada à Concessionária de alegar, provar e sustentar os direitos que entende possuir. Não procede, por isso, a invocação de cerceamento de defesa. Conforme está assentado na doutrina processual e na jurisprudência, a parte pode se dizer prejudicada por cerceamento de defesa quando dela se subtrai o direito de alegar e provar fatos essenciais à sua defesa, levando o órgão julgador, em consequência, a proferir decisão lhe seja prejudicial.

63. Não foi o que aconteceu no caso. Em nenhum momento a Concessionária foi impedida de deduzir postulações junto à Agência ou de requerer o que entendesse pertinente à sustentação de seus interesses. Já foi decidido nos tribunais:

“... o cerceamento de defesa ocorre quanto as partes são indevidamente tolhidas do direito constitucional de produzir prova”. (TRT-3, RO 00103980320165030142, j. 01.06.2017).

64. Mas, afóra isso, é de se indagar se, na hipótese, tratando-se de revisão tarifária ordinária ou periódica, prevista no art. 38, inciso I, da Lei n. 11.455/2007, provocada de ofício pelo órgão regulador, seria caso de exigir-se a observância, em todo o seu rigor formal, dos princípios inerentes ao contraditório e à ampla defesa (CF, art. 5º, LV). Afinal, a Agência se limitou a instar a Concessionária a deflagrar o procedimento de revisão tarifária, não a censurou nem lhe impôs qualquer sanção que a permitisse qualificar-se como “prejudicada”.

65. Portanto, a rigor, não se instalou, no procedimento da RTO, um cenário de conflito entre a agência reguladora e o prestador do serviço. Em verdade, não há um litígio entre as partes: demandante x demandado ou acusador x acusado, pressuposto indispensável para que se imponha a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa.

66. O Supremo Tribunal Federal, em pelo menos duas decisões recentes, asseverou:

A exigibilidade do contraditório pressupõe o envolvimento de acusado ou de litígio, não sendo necessário observá-lo em momento anterior à conversão do processo de monitoramento em tomada de contas especial. (STF, 1ª Turma, MS 34.972, rel. min. Marco Aurélio, j. 08.05.2018) E, ainda:

A exigibilidade do contraditório pressupõe o envolvimento, considerado processo administrativo ou judicial, de acusado ou litígio. Descabe observá-lo em julgamento implementado pelo Tribunal de Contas da União ante auditoria realizada em órgão público. (STF, Plenário, MS 32.305, rel. min. Marco Aurélio, j. 22.09.2020)

67. Tomando-se em conta esses precedentes, impõe-se considerar que, no caso sob análise, não há “acusado”, assim como não se vislumbra a existência de um “litígio”. Vê-se apenas um procedimento comum de revisão tarifária, compreendido entre as atribuições rotineiras do órgão regulador, no curso do qual a cautela do contraditório não se mostra imperiosa. Afinal, o órgão regulador, simplesmente, no regular exercício de suas atribuições legais, impulsionou o procedimento revisional, sem, no seu curso, subtrair da Concessionária a faculdade de utilizar-se dos meios adequados à sustentação e agenciamento de seus direitos.

68. Não desbordaria da razoabilidade, portanto, considerar dispensável, no caso, a observância do contraditório, respeitada, obviamente, a garantia constitucional do amplo acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).

69. Mas, de qualquer modo, ainda que assim não se entenda, o procedimento, como visto, foi conduzido em conformidade com as



disposições dos artigos 38 e 44 da Lei n. 9.784/1999. Foi facultado à Concessionária, ao longo de toda a fase instrutória, "juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo". Pôde também, ao final, manifestar-se livremente sobre o que fora coligido na instrução — tudo conforme prescrevem os dispositivos legais supracitados.

70. Por tais razões, afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa.

71. Vencidas as preliminares, passa-se ao mérito. Todavia, antes de ingressar na análise das teses específicas suscitadas no recurso, parecem oportunas breves considerações sobre alguns princípios e valores constitucionais e legais que guardam pertinência com a temática das concessões públicas.

Dentre esses princípios, merece prioridade, por estar fortemente imbricado no assunto, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos públicos, particularmente os que envolvem as concessões de serviços públicos.

Está previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, verbis:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

E, mais explicitamente, no art. 65 da Lei n. 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), verbis:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II- por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Deflui dos textos legais, que equilíbrio é termo que concentraria a preocupação comum, tanto da Administração Pública quanto do ente privado, orientada para a consecução de uma efetiva justiça econômica, cuja essência pode ser traduzida numa equação em que se harmonizem, de um lado, o atendimento das necessidades públicas, mediante a prestação de um serviço adequado, no conceito que lhe foi dado pelo art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/1995, e, de outro, a justa remuneração do serviço prestado pelos concessionários. Supõe equivocado, portanto, presumir que o instituto do equilíbrio-econômico financeiro, notadamente nos contratos de concessão, em regra de longo prazo, represente, por si só, direito e garantia de lucros permanentes.

No caso em análise, os reflexos desse princípio foram não apenas demonstrados, mas magistralmente exaltados pelos advogados da Concessionária, utilizando-o como pilar principal de sustentação de todos os seus pleitos.

Impõe-se considerar, por outro lado, — e isso é tarefa inarredável deste Colegiado — que, ao lado do princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, outros princípios, institutos e valores estão inscritos no ordenamento jurídico do país, e, por isso, não podem ser ignorados.

Não se pode esquecer, por exemplo, o princípio da assunção do risco pelas concessionárias, de aplicação obrigatória nas licitações e nos contratos de concessão de serviços públicos.

Está claro nos artigos 2º, inciso II, e 25, da Lei 8.987/95, verbis:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

[...]

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

Necessário também considerar o princípio da capacidade contributiva dos usuários. Notadamente diante da semelhança existente entre os conceitos de tarifa e taxa, permitindo invocarem-se as disposições do art. 145, § 1º, da Constituição Federal, verbis:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A capacidade contributiva merece, aqui, ser considerada, especialmente, na sua ótica ético-econômica, contemplando o propósito de realização de uma justiça econômica material, avaliando a aptidão econômica do usuário para suportar a tarifa que lhe é imposta.

Destaca-se ainda, no contexto do caso, o direito do consumidor, a cujo titular se equipara o usuário de serviços públicos.

Trata-se de direito fundamental, contemplado no art. 5º, inciso XXII, e, também, de princípio estruturante da Ordem Econômica, contemplados, respectivamente, no art. 5º, inciso XXII, e no art. 170, caput e inciso V, ambos da Constituição Federal.

A relevância deste princípio se destaca, particularmente, pelo fato de a defesa do consumidor compor o elenco de princípios que regem a Ordem Econômica, no âmbito da qual foram estabelecidos os lineamentos básicos das concessões públicas.

Ademais, não se deve olvidar que o, nos termos do art. 7º, inciso I, da Lei Geral das Concessões, o usuário (ou consumidor) tem direito de receber um serviço adequado, cuja definição é dada pelo art. 6º, § 1º, da mesma lei, verbis:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido

nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

E, complementarmente, é norma expressa do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990):

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Por fim, muito embora frequentemente esquecido, até mesmo nas altas esferas do Poder Judiciário, é fundamental exigir-se, na prestação dos serviços público, o respeito absoluto aos princípios da Justiça e da Solidariedade, tomados em toda a sua amplitude, material e imaterial. Ainda que poucos os prestigiem, a verdade é que estão ali, ostensivamente presentes no art. 3º da Constituição, entre as normas estruturantes da Nação, definindo os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Não são meros enunciados retóricos e decorativos, passíveis de serem ignorados. Trazem, dentro de um espectro alargado, a mesma carga cogente de que são dotados todos os dispositivos constitucionais, motivo pelo qual a ninguém dado — pessoa física ou jurídica, órgão ou instituição — afastar-se de seus comandos axiológicos ou a eles se contrapor, no exercício de qualquer atividade, tarefa ou função.

Feitos estes breves registros, enfrenta-se agora as questões jurídicas pontuais levantas no recurso.

A Concessionária dá ênfase especial às causas de desequilíbrio econômico-financeiro que teriam decorrido das alegadas omissões do Poder Concedente no cumprimento do Contrato e às inconsistências técnicas que diz existentes na Deliberação impugnada.

Afirma que, "por estar fundada em interpretações inadequadas quanto à alocação de riscos do Contrato, a Deliberação promove medida de reequilíbrio em total descompasso com o projeto concessionário, em violação ao art. 9º, §§ 2º e 4º da Lei n.º 8.987/1995 e arts. 2º, incs. VII, art. 22, inc. IV, e art. 29 da Lei n.º 11.445/2007". Acrescenta que a decisão deixou de "reconhecer os descumprimentos do Município quanto a suas obrigações contratuais e, por outro lado, cria obrigações à Concessionária, respeitosa e, inexistentes em contrato", com o que gerou "significativas distorções no processo de reequilíbrio econômico-financeiro".

Dentre essas "distorções", destaca, por primeiro, o "reiterado descumprimento contratual do Município".

Invocando as disposições das alíneas "g", "j" e "k" da cláusula 15.1 do Contrato, lembra que o Município assumiu "a obrigação de promover desapropriações e/ou cessão de bens para as infraestruturas necessárias à concessão" e de "obter licença ambiental prévia (LAP) e respectivos documentos necessários para essas obras". Todavia, desde 2016, "não promoveu qualquer das medidas necessárias às desapropriações e licenciamento ambiental prévio".

Argumenta ainda que, contrariamente aos termos da avença original, o Município buscou uma repactuação com a Concessionária, mediante a qual lhe seriam transferidas "todas as obrigações da pessoa pública", incluindo "o encargo de quitação da dívida municipal com a CASAN, bem como o compromisso de antecipar a consecução das metas do sistema de esgotamento".

Censura, ainda, a postura da Agência. Afirma que "nunca, em quase seis anos de execução contratual, indicou, ou ao menos fez menção, à existência de qualquer obrigação subsidiária ou concorrente por parte da Concessionária em relação à aquisição das áreas necessárias para o sistema ou quanto à licença ambiental prévia". E acrescenta que ela extrapolou suas competências, as quais estariam constringidas nos limites da cláusula 31.1 do Contrato, nas disposições do "§ 3º do art. 4º do Regulamento de Serviços e no art. 8º do Protocolo de Intenções anexo ao instrumento de Consórcio Público" que a originou, motivo pelo qual concluiu que "é absolutamente nula a interpretação adotada, bem como suas consequências".

Com todo o respeito, os argumentos recursais parecem ter desbordado da realidade fática, construindo um cenário ajustado apenas às conveniências da Concessionária.

Explica-se.

É verdade que, de acordo com a cláusula 15.1, alíneas "g" e "k", o Município ficou com a obrigação de ceder, disponibilizar e promover a desapropriação das áreas públicas necessárias ao atingimento das metas previstas no Contrato e, também, de obter as Licenças Ambientais Prévias (LAPs) e fornecer os documentos necessários para a obtenção das demais licenças necessárias à execução das obras indispensáveis à prestação do serviço.

É necessário esclarecer, contudo, que essa obrigação não foi assumida em caráter absoluto e exclusivo pelo Poder Concedente. Na sua cláusula 16.2, alínea "m", consta expressamente do Contrato, entre as obrigações da Concessionária, a seguinte:

Cláusula 16.2 'm': assegurar a aquisição e ou locação dos bens necessários ao atingimento das metas, desde que não sejam passíveis de desapropriação ou cessão pelo poder concedente e obter, junto às autoridades competentes as licenças, inclusive ambientais, exceto as licenças ambientais prévias (LAP, a cargo do Concedente, necessárias à execução das obras ou prestação dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário, sendo ainda responsável pelo pagamento dos custos correspondentes;

Importa dizer que, quando da celebração da avença e oferta das propostas técnica e comercial, a Concessionária tinha plena ciência dos riscos que assumia e de suas possíveis consequências. Certamente, não ignorava que, na eventualidade de se verem inviabilizadas a desapropriação e disponibilização das áreas destinadas às obras indispensáveis à prestação do serviço, incluída neste contexto a realização dos investimentos necessários ao atingimento das metas contratualmente previstas, seria ela, a Concessionária, quem deveria buscar as alternativas e os meios para a sustentação dos serviços objeto da concessão, arcando, inclusive, com os custos correspondentes, a fim de que, ao final, não restassem prejudicados os usuários – destinatários preferenciais e legítimos da estabilidade operacional do sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Ademais, anote-se que, além da cláusula 16.2 'm', constam do Contrato:

Cláusula 3.1. Este Contrato de Concessão tem por objeto a prestação, pela Concessionária, por sua conta e risco, dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário, em caráter de exclusividade, na Área de Concessão, mediante a cobrança de Tarifa dos Usuários.

[...]

Cláusula 16.2. [...]

[...]

r) acordar com as entidades pública competentes o uso comum do solo o do subsolo quando necessário para a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e para a construção e exploração das obras necessárias;

- s) captar águas superficiais e subterrâneas mediante prévia autorização das autoridades competentes, atendendo ao uso racional dos recursos hídricos;
- t) assumir as responsabilidades pela demanda de abastecimento de água e esgotamento sanitário;

A Concessionária argumenta que, nas disposições da cláusula 16.2 'm', está excluída da pauta de suas obrigações, a aquisição de dos bens imóveis "passíveis de desapropriação ou cessão pelo poder concedente". E, por conta dessa exclusão e do disposto na cláusula 15.1 'g', as propostas técnica e comercial apresentadas à época do certame licitatório não fizeram nenhuma previsão de recursos para aquisição de imóveis.

O raciocínio é razoável — mas comporta questionamentos.

Para o professor Prof. Thiago Marrara, as disposições das cláusulas 15.1 'g' e 16.2 'm' do contrato precisam ser interpretadas conjuntamente, uma vez que compõem "uma dinâmica obrigacional que visa a garantir que a infraestrutura de saneamento básico seja edificada, ainda que um dos caminhos de obtenção de imóveis não funcione" (p. 2477). E complementa:

É o próprio contrato que traz essa engenhosidade com o objetivo de garantir a eficiência do serviço público. É possível que o Município desaproprie, mas se isso não ocorrer ou se a desapropriação de alguma maneira emperrar, a concessionária pode e deve agir para que o serviço adequado seja oferecido à população (p. 2477). —

Afora isso, impõe-se considerar que um dos documentos que integrou o processo licitatório foi o Plano Municipal de Saneamento Básico do Município de Penha, o qual, entre os seus vários Anexos, traz o Prognóstico do Sistema de Abastecimento de Água de Penha, estudo que contempla as possíveis alternativas para a captação de água bruta. E, entre estas, consta fundamentadamente que a "alternativa mais indicada para a captação de água seria o Rio Itajaí-Açu, em ponto localizado no município de Ilhota", conforme indicado no mapa que acompanha o documento — local onde, obviamente, o município de Penha não poderia implementar qualquer medida expropriatória, por não deter jurisdição sobre aquele território.

Além disso, é a própria Concessionária que, ao tratar da questão relativa à "Captação, Recalque e Adutora de Água Bruta", item 2.1.2 da Proposta Técnica, p. 84, afirma:

Isto posto, foram estudadas alternativas de captação com o intuito de aumentar a capacidade produtiva do município e, assim, garantir as metas estabelecidas pelo Termo de Referência do Edital, são elas: (i) Captação no Rio Iriri (Alternativa 01); (ii) Captação no Rio Piçarras (Alternativa 02); (iii) Captação no Rio Itapocu (Alternativa 03); (iv) Captação no Rio Itajaí-Açu (Alternativa 04); (v) Captação por poços profundos (Alternativa 05); (vi) Captação no Rio Itajaí-Mirim (Alternativa 06); (vii) Captação no Rio Luiz Alves (Alternativa 07).

Percebe-se, a partir deste registro, que, dentre as sete alternativas de captação de água consideradas, apenas duas (a do Rio Iriri e a dos poços profundos) se situavam no território do município de Penha, estando as demais localizadas em outros municípios.

Diante disso, era imperioso que a Concessionária considerasse, para efeito de composição da tarifa básica inicial, o risco concreto de que desapropriação ou a cessão de uso e, por consequência, a própria obtenção da LAP poderiam não se viabilizar, obrigando-a, então, a buscar, ela mesma, as áreas indispensáveis à manutenção e expansão dos serviços objeto da concessão.

Anote-se ainda que, em 13.12.2017, data bem posterior à licitação, a própria Concessionária deixou clara a necessidade de intervenção em imóveis não passíveis de desapropriação ou cessão de uso pelo Município de Penha, conforme está registrado no Ofício n.140/2017, dirigido à ARIS, de cujo texto se extrai:

Ademais, a Águas de Penha reiterou que protocolou cinco ofícios (Ofícios n. 126/2017 a 130/2017) perante o Município de Penha/SC com uma série de solicitações para a realização dos serviços, independentemente da formalização da alteração do Contrato de Concessão. Nesse contexto o, foi requerido alvará de obras para o sistema de abastecimento de água, agendamento de reunião entre o Prefeito do Município de Penha/SC e os Prefeitos dos Municípios de Balneário Piçarras/SC e Navegantes/SC para tratar do traçado da adutora de água que passará por estas cidades, .... (p. 2826).

Pode-se concluir, portanto, que, já na fase licitatória, a Concessionária tinha pleno conhecimento de que, para efeito de alimentação do Sistema de Abastecimento de Água, havia a real necessidade de buscá-la, sob a forma água bruta, em outro município, e que isso inviabilizaria a desapropriação ou a cessão, pelo Município de Penha, dos imóveis atingidos pelas obras de captação, adução e distribuição de água. Nestas circunstâncias, se a Concessionária, nas propostas técnica e comercial, deixou de prever recursos para a aquisição de imóveis para tal fim, o fez por sua conta e risco, não tendo motivo legítimo para pretender compensar-se dessa omissão agora, à guisa de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em sede revisão tarifária, onerando os usuários. Mesmo porque, os recursos que deixou de prever e contingenciar, para fins de uma possível aquisição de imóveis, certamente foram utilizados para outros fins e lhe propiciaram os correspondentes retornos financeiros.

Como bem ponderou a equipe técnica do escritório Ayres Britto Consultoria e Advocacia, em parecer encomendado pela Concessionária, "o ponto fundamental para caracterização do direito ao reequilíbrio econômico e financeiro reside na existência de alguma modificação contratual que imponha quebra da matriz de risco do contrato pactuada inicialmente entre as partes" (p. 2328), situação que não ocorreu no caso em análise.

De fato, não é um sobressalto qualquer nas perspectivas de lucro que autoriza os concessionários a se albergarem sob o teto do equilíbrio econômico-financeiro e a reclamarem compensação junto aos poderes concedentes. Se assim fosse, perderia sentido a disposição do inciso II do art. 2º, da Lei nº 8.987/95, que define o instituto da concessão de serviço público como

a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

É de se ter em conta que a exigência legal de manter-se, nas concessões de serviço público, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato não se apresenta nem deve ser tomada como uma panaceia capaz de afastar todos os riscos e os virtuais tropeços e malogros inerentes à atividade econômica.

Por outro lado, não parece que a conduta do Poder Concedente noticiada no item 28 da petição recursal (p. 2644) esteja a merecer a censura e a qualificação pejorativa que lhe imputada. Conforme se depreende do texto do Ofício n. 008/2017/GP, encaminhado à Concessionária em 01.02.2017, o expediente limitou-se a informar o interesse da municipalidade em alterar as cláusulas contratuais, para o fim de desonerar o ente público dos custos inerentes às desapropriações e às licenças ambientais; e, também, em antecipar as metas de implantação do sistema de esgoto nas localidades de Praia de São Miguel e Praia de Armação. Aproveitou, ainda, para consultar (apenas "consultar") a Concessionária sobre a possibilidade de ela "arcar com o parcelamento da dívida da CASAN" (p. 2811-2812).

Assim, extrai-se do texto que o propósito se resumiu a uma simples consulta, mera tentativa formal de negociação, sem nenhuma carga impositiva apta a transformá-la em ato de administração, concreto e arbitrário, como tenta qualificá-lo o recurso nas páginas 2644 e 2645.

A própria Concessionária, incorrendo em contradição, corrobora o que foi dito acima, quando, no penúltimo parágrafo da página 2644, afirma que “o Município pretendia, inclusive, transferir” e, no parágrafo seguinte, qualifica aquela conduta com um “ato de administração”, ou seja, uma “ação ou omissão” concreta, capaz de retardar, agravar ou impedir a execução do contrato por parte da Concessionária — ou seja, num momento afirma uma coisa, noutra, outra.

Portanto, como o fato noticiado teria ficado na esfera de simples cogitações, sem capacidade de alterar a matriz gerencial do Contrato, parece de bom alvitre desconsiderá-lo.

Consta também nas razões recursais que a Agência teria exorbitado de suas competências (p. 2646), as quais estariam confinadas nos limites do “§ 3º do art. 4º do Regulamento de Serviços e no art. 8º do Protocolo de Intenções anexo ao instrumento de Consórcio Público” do qual se originou a Agência, conforme estabelecido na cláusula 31.1 do Contrato. Argumenta que “nenhum dos referidos instrumentos prevê de forma específica a atribuição de a Agência definir interpretações sobre o conteúdo do Contrato”, motivo pelo qual considerou nula a interpretação por ela adotada no caso em análise (p. 2647).

Pois, bem. Com as mais respeitadas escusas, não parece que as disposições dos normativos internos invocadas no recurso impeçam o órgão regulador de interpretar o conteúdo dos contratos de concessão sujeitos à sua fiscalização. Veja-se que, nos termos da cláusula 31.1, o Contrato está submetido à sua regulação e fiscalização, esclarecendo que o “rol de competências, direitos e obrigações” da Agência “consta do Regulamento de Prestação de Serviços, anexo ao Edital, e do Protocolo de Intenções de criação da ARIS, ratificado pela Lei Municipal n. 2.768/2014”.

Todavia, persistindo em seu raciocínio, a Concessionária destaca, a pretexto de sustentá-lo, os seguintes dispositivos, ambos relacionados às competências da Agência:

Regulamento de Prestação de Serviços: [...] Art. 4º [...] § 3º A Agência Reguladora, entidade de regulação, terá as seguintes competências: [...] V – Fazer cumprir as normas legais, regulamentares e pactuadas pertinentes aos serviços, e em especial, os contratos de concessão e permissão, instruindo os prestadores dos serviços quanto ao cumprimento de suas obrigações e prevenindo condutas violadoras de tais normas; (Grifou-se)

Protocolo de Intenções: [...] Art. 8º Compete à ARIS: [...] II - acompanhar e fiscalizar a prestação dos serviços públicos regulados, de acordo com as leis, contratos, planos, normas e regulamentos pertinentes; (Grifou-se)

Sem temor de equívoco, o que se extrai desses dispositivos é uma conclusão visceralmente oposta à que chegou a Concessionária: ao contrário do que foi por ela afirmado, a Agência tem, sim, competência para interpretar os contratos de concessão. E, mesmo que não estivesse prevista nas normas e regulamentos internos, se afirmaria como uma emanção direta e obrigatória da Lei 11.445/2007, que a estabelece de forma explícita no seu art. 25, verbis:

Art. 25. Os prestadores de serviços públicos de saneamento básico deverão fornecer à entidade reguladora todos os dados e informações necessários para o desempenho de suas atividades, na forma das normas legais, regulamentares e contratuais.

§ 2º Compreendem-se nas atividades de regulação dos serviços de saneamento básico a interpretação e a fixação de critérios para a fiel execução dos contratos, dos serviços e para a correta administração de subsídios.

Com isso, supõe-se permitido concluir que a Agência detém total competência para interpretar o conteúdo dos contratos de concessão sujeitos à sua jurisdição, presumindo-se válida e regular a decisão que por ela venha a ser adotada, a partir de interpretação das cláusulas neles contidas.

Em outro tópico (item IV.3), o recurso busca o reconhecimento do desequilíbrio decorrente dos impactos econômico-financeiros resultantes da postergação do prazo de implantação e operação do reservatório de água de 2.000m<sup>3</sup>.

Diz que a construção do reservatório, juntamente com a ETA, estava prevista para o segundo ano de concessão, e que, segundo o Edital, concluído aquele reservatório, a Concessionária teria direito a um gatilho tarifário de 20% (vinte por cento). Observa, porém, que tal meta não foi atingida porque o Poder Concedente não disponibilizou o imóvel nem obteve o licenciamento ambiental para sua construção, a despeito de várias vezes instado a fazê-lo pela Concessionária. Aduz que, devido a essa omissão da municipalidade e aos reclamos dos usuários, houve uma reunião na Câmara de Vereadores de Penha, no dia 07.03.2019, oportunidade em que se decidiu pela alteração do projeto do reservatório, o que a teria obrigado a adquirir áreas específicas para tal finalidade, a um custo de R\$ 320.000,00.

Por conta desses alegados atrasos, a Concessionária busca, mediante reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, recompor-se das despesas realizadas, não previstas no pacto inicial, entre as quais a (i) aquisição do imóvel, (ii) a alteração do projeto e (iii) a aquisição de equipamentos. Além disso, suportou as das perdas decorrentes da frustração de receita resultante da não aplicação do gatilho contratual no momento originalmente previsto na avença.

Pondera que, de acordo com a decisão recorrida, o pleito foi deferido em relação à aquisição do imóvel e dos equipamentos, mas indeferido em relação à alteração do projeto e frustração de receita, motivo pelo qual insiste agora no reequilíbrio em relação a esses dois fatores, não considerados pela Agência na decisão objeto da Deliberação n. 005/2021.

Não parece lhe assistir razão.

No item 66 da petição recursal (p. 2660), a Concessionária afirma, textualmente:

Devido às queixas de abastecimento de água ocorridas na temporada verão 2018/2019, em reunião realizada na Câmara de Vereadores em 07.03.2019, decidiu-se pela alteração do projeto, com a construção separada do reservatório à jusante no sistema – de modo a, rapidamente, assegurar maior segurança ao abastecimento na temporada 2019/2020.

Extraí-se do texto transcrito, como se vê, que a alteração do projeto não decorreu de uma imposição unilateral do Poder Concedente, mas de decisão da própria Concessionária, para o fim de “rapidamente, assegurar maior segurança na temporada 2019/2020”. E, ademais, não se tratou de iniciativa estranha às previsões contratuais. O teor da cláusula 11.6 é claro:

Cláusula 11.6. A concessionária, a partir da assunção do sistema, assumirá integral responsabilidade por todos os riscos e obrigações inerentes a exploração da concessão, observadas as condições previstas neste Contrato. (Grifou-se)

Logo, se a alteração do projeto resultou de uma decisão da Concessionária, para garantir o abastecimento no período de alta temporada, não se transfere ao Poder Concedente o custo da alteração, ainda que esta tenha sido debatida e ajustada em conjunto com membros do Legislativo municipal.

Dentre as disposições contratuais, merece destaque a vinculação com as normas que as regem, mencionadas na cláusula 1.1, entre as quais as Leis 8.666/1993; 8.987/1995; 9.074/1995 e 11.445/2007, e o Decreto federal 7.217/2010).

A Lei 11.445/2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, por exemplo, é enfática:

Art. 43. A prestação dos serviços atenderá a requisitos mínimos de qualidade, incluindo a regularidade, a continuidade e aqueles relativos aos produtos oferecidos, ao atendimento dos usuários e às condições operacionais e de manutenção dos sistemas, de acordo com as

normas regulamentares e contratuais.

Diante deste comando legal, tendo a Concessionária apurado a existência de anormalidade no fornecimento de água durante as temporadas de verão, imperioso era que fosse buscar alternativas para solucionar o problema, incluindo até mesmo a alteração do projeto, tal como teria sucedido no caso. É o que estabelece a cláusula 11.6 do Contrato, verbis:

Cláusula 11.6. A Concessionária, a partir da assunção do sistema, assumirá integral responsabilidade por todos os riscos e obrigações inerentes à exploração da Concessão, observadas as condições previstas neste Contrato.

Assim, considerando as circunstâncias em que ocorreu a modificação, o custo correspondente não pode ser levado à conta do reequilíbrio econômico-financeiro, mas, sim, mantido dentro dos limites da álea ordinária do contrato.

O mesmo deve ser dito em relação ao consumo de energia elétrica. Trata-se, pois, de mera despesa operacional cujo incremento, se houve, decorreu de uma opção operacional feita pela própria Concessionária, por sua conta e risco, não sendo plausível imputá-lo ao Poder Concedente.

Pretende ainda o recurso que o reequilíbrio abranja a frustração de receitas que teria havido entre os anos 2 e 4 da concessão, devido à não aplicação do gatilho tarifário de 20%. Alega, em amparo a essa pretensão, que se o Município houvesse disponibilizado a área e obtido a LAP dentro do prazo inicialmente previsto, teria concluído o reservatório e, por consequência, aplicado o incremento tarifário previsto.

Com a devida vênia, o raciocínio se revela demasiadamente otimista. Não se pode firmar com segurança absoluta a premissa de que, disponibilizada a área e obtida a LAP, a conclusão do reservatório aconteceria em tempo hábil, com todos os componentes necessários para, de imediato, ser colocado a serviço da população.

Em matéria de contratos, trabalha-se, é verdade, com o princípio da boa-fé dos contratantes, que permite alimentar a presunção de que as obrigações serão regularmente cumpridas. Mas presunção não importa certeza, especialmente quando milita em favor de uma das partes a possibilidade de alcançar a meta contratual trafegando por uma via alternativa que não seja, exatamente, o adimplemento da obrigação confiada à outra, tal como se verificava no caso.

Não se pode olvidar que, nos termos das cláusulas 15.1 'e' e 16.1, é obrigação comum do Poder Concedente e da Concessionária respeitar e fazer valer os termos do Edital e do Contrato. Daí, se o Município se mantinha omissivo no cumprimento do pacto inicial, conforme alegado, e estava assegurada à Concessionária a possibilidade de subsumir-se a ele na aquisição dos imóveis necessários à implantação do Sistema (cláusula 16.2 'm'), cumpria a ela, Concessionária, implementar as medidas necessárias à consecução das metas contratuais. Se optou por não fazê-lo, é de se concluir que assim tenha procedido por mera conveniência ou por algum interesse subjacente que, do ponto de vista econômico-financeiro, não se mostrava nem se mostra suficientemente relevante para justificar a aplicação do equilíbrio agora reclamado.

No item IV.4, o recurso questiona o desfecho dado pela decisão da Agência na questão relacionada à prorrogação do contrato com a CASAN, para fornecimento de água, e à frustração de receita que daí teria decorrido. Alega que "os atrasos do Poder Concedente em obter a LAP e disponibilizar todas as áreas necessárias à implementação do novo SAA obrigaram a Concessionária a continuar com a aquisição de água tratada junto à CASAN, na cidade de Balneário Piçarras – aquisição esta que estava prevista para findar no Ano 2 da concessão". Aduz, textualmente:

A Concessionária foi forçada a arcar com maiores despesas para a obtenção de água para o sistema de abastecimento (já que a compra no atacado de água tratada possui custo superior à produção própria), ao mesmo tempo em que perdeu receitas por conta do fornecimento pela CASAN em volume insuficiente às necessidades de Penha. (p. 2667).

Na sua decisão, a Agência reconheceu o desequilíbrio em relação (i) ao aumento de despesas com a compra de água por um período mais dilatado e (ii) à redução de custos operacionais, em razão do Sistema não estar funcionando em sua plenitude e depender de recursos hídricos externos.

Pretendia a Concessionária que fosse considerada também a frustração de receita decorrente do fornecimento insuficiente de água pela CASAN. Segundo ela, se houvesse sido disponibilizado volume suficiente, poderia ter incorporado uma receita adicional, proveniente da cobrança das correspondentes tarifas. Este pleito, porém, não foi considerado, dando ensejo ao questionamento formulado no recurso.

Anota que, à época da concessão, o Município, para disponibilizar água tratada para a população, mantinha contrato com a CASAN, e que essa particularidade constou do Termo de Referência anexo ao Edital, motivo pelo qual teria sido incorporada nas propostas apresentadas. Sustenta, então, que o contrato que firmou posteriormente com a estatal se constitui em "mera continuação ao que havia sido anteriormente pactuado pelo Município", e que, "em verdade, até a assinatura do novo instrumento em 2017, a CASAN apenas a trocou o nome do contratante com a emissão de faturas à Concessionária" (p. 2668).

Acrescenta que "à época da licitação, o instrumento em questão exercia função estruturante do projeto concessionário, sendo inviável iniciar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico sem tal pactuação". E, ainda, que "o instrumento se assemelha ao 'contrato de interdependência' previsto no art. 12 da Lei n.º 11.445/2007, uma vez que há dois prestadores de serviços públicos que executam 'atividade interdependente com outra' (fornecimento de água no atacado e distribuição)" (p. 2669).

Respeitosamente, não parece lhe assistir razão. A recorrente não juntou cópia do contrato celebrado com a CASAN. Assim, não há indícios concretos e seguros de que esse contrato tenha sido celebrado com plena observância das disposições contidas no art. 12 da Lei n. 11.445.2007. Também não se pode dizer que o Edital de Licitação tenha atendido às exigências do contempladas no § 4º do citado artigo, verbis:

Art. 12. [...] § 4o No caso de execução mediante concessão de atividades interdependentes a que se refere o caput deste artigo, deverão constar do correspondente edital de licitação as regras e os valores das tarifas e outros preços públicos a serem pagos aos demais prestadores, bem como a obrigação e a forma de pagamento.

Afora isso, é necessário lembrar que o Contrato, a teor de sua cláusula 1.1, é regido não apenas pela Lei n. 11.445/2007, mas, também, pelas Leis 8.666/1993, 8.987/1995 e 9.074/1995, cujas disposições incidem e balizam as cláusulas que o compõem.

Nestas circunstâncias, a avença entre a Concessionária e a CASAN se mostra mais ajustada às regras do art. 25 da Lei n. 8.987/1995, que dispõe "sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal", do que ao art. 12 da Lei n. 11.445/2007. O primeiro dispositivo citado está assim redigido:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

§ 1o Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2o Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não

se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3o A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.

Conclui-se, portanto, que se está diante de uma contratação privada, envolvendo atividades inerentes, autorizada tanto pela lei quanto pela Cláusula 16.3 do Contrato — uma avença autônoma, sem vínculo com o Poder Concedente, que, nos termos da cláusula 11.6 do Contrato, não pode, nem ele nem os usuários, assumir os custos daquela contratação, decorrendo daí a impossibilidade de serem os seus reflexos levados à conta do reequilíbrio do Contrato.

A conclusão semelhante chegou o Professor Thiago Marrara, quando, analisando a questão, pontuou:

Assim, os riscos por incapacidade de fornecimento de água pela CASAN como empresa “terceirizada” que assumiu atividades inerentes ou complementares da concessão são de responsabilidade exclusiva da concessionária. Descabe a recomposição por frustração de receitas de tarifas que teriam sido recolhidas caso a CASAN tivesse ofertado à Águas de Penha SPE Saneamento Ltda. a água necessária para abastecimento em períodos de pico. (Grifou-se)

No seu item IV.5, a peça recursal retoma a questão atinente ao descumprimento dos compromissos contratuais pelo Poder Concedente. E, por conta disso, busca compensar-se pelo alegado desequilíbrio resultante do atraso na definição de terreno destinado à ETE e consequente postergação do respectivo CAPEX para os anos sete e oito do Concessão. Afirma que houve desequilíbrio contratual por conta dos atrasos na disponibilização das áreas onde seriam construídos a Estação de Tratamento de Esgoto (ETE) e demais componentes do Sistema de Esgotamento Sanitário (SES) de Penha (p. 2671).

Argumenta que, de acordo com o cronograma apresentado na Proposta Técnica da Concessionária, “o SES deveria iniciar sua operação no 4º (quarto) ano da concessão, o que não foi possível em razão do atraso do Poder Concedente em disponibilizar a área de instalação da ETE”. Por conta disso, pede a “promoção do equilíbrio econômico-financeiro”, com amparo nos “tópicos anteriores que trataram das referidas obrigações das partes” e nas considerações lançadas em parecer do Prof. Dr. Maurício Portugal Ribeiro, cujo inteiro teor requer que “seja considerado como se aqui estivesse integralmente transcrito” (p. 2671). Não apontou quais seriam os tópicos anteriores nem os números das páginas (de um total de 110) onde o tema teria sido abordado.

Com todas as vênias, o pleito recursal, pelo menos em relação a este tópico, não mereceria ser conhecido.

A dialeticidade é atributo inarredável de todo processo, seja ele administrativo ou judicial. Implica para as partes e para o órgão julgador não apenas o direito, mas também o dever de argumentar. É no contexto dessa dialeticidade que se manifesta concretamente o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).

O Código de Processo Civil, ao tratar do agravo interno no âmbito dos tribunais, estabelece, no § 3º do seu art. 1.021, que “é vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno”. E, trabalhando na linha desse preceito, o Superior Tribunal de Justiça, não obstante admita a chamada fundamentação por remissão, exige dos julgadores que, quando a utilizarem, pelo menos transcrevam os textos aos quais estejam se reportando ou pretendam incorporar nas suas decisões. Vejam-se os precedentes:

É pacífico no âmbito do STF e do STJ o entendimento de ser possível a fundamentação per relationem ou por referência ou por remissão, não se cogitando nulidade ou ofensa ao artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, desde que os fundamentos existentes aliunde sejam reproduzidos no julgado definitivo (principal), o que, como visto, não ocorreu na espécie” (REsp 1.402.406-MT, rel. Rel. Min. Marco Muzzi, rel. designado Min. Luís Felipe Salomão, DJE de 11.5.2017). -

É nulo, por falta de fundamentação, o acórdão de apelação que se limita a ratificar a sentença e adotar o parecer ministerial, sem sequer transcrevê-los, deixando de afastar as teses defensivas ou apresentar fundamento próprio.

A jurisprudência tem admitido a chamada fundamentação per relationem, mas desde que o julgado faça referência concreta às peças que pretende encampar, transcrevendo delas partes que julgar interessantes para legitimar o raciocínio lógico que embasa a conclusão a que se quer chegar. (HC 214.049-SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, relatora para o Acórdão, Min. Maria Thereza De Assis Moura, j. 05.02.2015, DJE 10.03.2015).

O dever de fundamentação alcança, como já referido, tanto os recorrentes quanto os órgãos julgadores, cabendo a estes, nos termos do art. 932, inciso III, do Código de Processo Civil, “não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida”.

Quanto às exigências formais do recurso, o professor Daniel Amorim Assunção Neves, ensina:

Em decorrência do princípio da dialeticidade, todo o recurso deverá ser devidamente fundamentado, expondo o recorrente os motivos pelos quais ataca a decisão impugnada e justificando seu pedido de anulação, reforma, esclarecimento ou integração.

No caso, a recorrente se limitou a informar que o tema abordado no tópico específico do recurso fora “tratado em detalhes no parecer anexo do Prof. Dr. Maurício Portugal Ribeiro”, e que, “sendo assim, faz-se remissão ao seu inteiro teor, requerendo sendo seja ele considerado como se aqui estivesse integralmente transcrito” (p. 2671-2672). O referido parecer, como dito, se apresenta com 110 páginas — mas a recorrente nem mesmo o número da página (ou páginas) onde houve a abordagem se dignou a apontar. Portanto, há grande, senão intransponível, dificuldade para identificar a fundamentação do recurso relativamente à questão especificada no seu item IV.5.

Significa que o argumento recursal se mostra incipiente, impalpável, não ensejando o estabelecimento da dialeticidade necessária inerente ao sistema processual do contraditório e da ampla defesa, contemplado na Constituição Federal.

Daí, o não conhecimento não seria, a rigor, desarrazoado.

De qualquer forma, ousa-se imaginar que a Concessionária esteja a buscar reequilíbrio em função de uma presumida frustração de receita resultante do atraso na conclusão e operação do SES, que deveriam ter ocorrido no ano quatro e foram postergadas para os anos sete e oito. Estar-se-ia, como é perceptível, diante de uma mera presunção. Ainda que o terreno houvesse sido disponibilizado e a LAP obtida, nada poderia garantir que a ETE estivesse concluída dentro do prazo previsto e que o SES pudesse estar operando, ensejando a regular cobrança das tarifas. Trata-se de uma mera hipótese, com base na qual a Concessionária busca remunerar-se por um serviço que apenas presumiu — quiçá tenha alimentado o propósito de prestar —, mas que, efetivamente, nunca prestou.

Não há, por isso, plausibilidade na pretensão do reequilíbrio.

A mesma conclusão é válida para o caso da postergação do CAPEX do esgoto.

Relativamente a este tópico, como a Concessionária não apresentou, explicitamente, nenhum pedido, a única presunção que se mostra razoável seria de um possível reequilíbrio em favor do Poder Concedente, já que a ausência de investimentos no ano dois da concessão

obrigatoriamente implicou a retenção dos valores correspondentes no cofre da Concessionária, alterando a previsão de desembolso e permitindo aportes resultantes da remuneração do capital, sem falar na redução dos custos operacionais e de manutenção do SES ocorrida durante o lapso temporal abrangido pela postergação.

Portanto, relativamente à matéria objeto do item IV.5 do recurso, mantém-se a decisão recorrida.

O pleito recursal busca ainda, no item IV.6, o deferimento da recomposição das perdas resultantes da não implementação do reajuste tarifário de 2017, que compensaria a corrosão monetária havida entre os anos 2 e 3 da concessão, ou seja, entre 2016 e 2017 (p. 2672). Informou que o reajuste da tarifa pelo IGM-P a cada 12 meses está previsto na cláusula 12.1 do Contrato e que, em 2017, atingiu o índice de 1,57% (um vírgula cinquenta e sete por cento). Todavia, a despeito de tê-lo comunicado ao Poder Concedente, na forma contratual, este o teria indeferido, sob a alegação de carência de investimentos no sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Sustenta que o reajuste constituiu-se, legalmente, em fator de equilíbrio econômico-financeiro do Contrato e, no caso, o indeferimento importou em violação ao disposto na cláusula 12.5, segundo a qual "a rejeição do cálculo referente ao reajuste dos valores das tarifas somente pode ser fundamentada em equívoco matemático tocante ao cálculo ou ao não cumprimento do prazo para a aplicação do reajuste". Assinala ainda que "ausência do reajuste tarifário acarretou frustração de receita, a partir do ano de 2017", na medida em que "gerou ônus financeiro suportado unicamente pela própria Concessionária" (p. 2674), motivo pelo qual pleiteia a recomposição das perdas de receita decorrentes da não aplicação do reajuste no momento próprio.

Sem dúvida, não há como negar-se o direito da Concessionária ao reajuste tarifário, na forma estipulada no Contrato. Trata-se de garantia não apenas contratual, mas, também, constitucional e legal.

O Contrato, nas suas cláusulas 12.1 e 12.2, estabelece que "os valores das tarifas serão reajustados, no mínimo, a cada 12 (doze) meses, considerando-se a data base da proposta para efeito de cálculo do primeiro reajuste", utilizando-se para tanto o "IGM (Índice Geral de Preços do Mercado, da Fundação Getúlio Vargas) ou outro que venha a substituí-lo".

Por outro lado, a Constituição Federal estabelece:

Art. 37 [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

E, no plano infraconstitucional, a Lei n. 8.666/1993, ainda em vigor, que dispõe:

Art. 40. O edital conterá [...] e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: [...] XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I- modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; [...] § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Também a Lei n. 8.987/93 (Lei Geral das Concessões) que prescreve:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. [...] § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. [...] § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Pertinente à hipótese a lição de Bandeira de Mello:

[...] o reajuste configura hipótese em que a tarifa substancialmente não muda; altera-se, apenas, o preço que a exprime. Como persistem os mesmos fatores inicialmente levados em conta, a tarifa é apenas atualizada, a fim de acompanhar a variação normal do preço dos insumos, sem que se lhe agreguem acréscimos, pois não há elementos novos interferentes com ela.

Por tais razões, o reajuste merece ser aplicado.

O mesmo, porém, não se pode dizer em relação ao pleito de recomposição das perdas de receita decorrentes da não aplicação do reajuste no ano de 2017. Por uma razão que parece elementar: nos termos do Contrato, a aplicação do reajuste não ficou condicionada à prévia aprovação do Poder Concedente ou da Agência.

A autonomia da Concessionária está clara nas cláusulas 12.3 e 12.4. A primeira lhe permite elaborar o cálculo do reajuste, devendo apenas submetê-lo ao Poder Concedente e à Agência Reguladora com antecedência de 30 dias. A segunda lhe outorga o direito de aplicar o reajuste por ela calculado, sem necessidade de prévia homologação daqueles órgãos, os quais somente podem rejeitar o cálculo, fundamentadamente, baseados em equívoco matemático ou não exaurimento do lapso temporal previsto no contrato (12 meses).

Significa que não seria um simples "indeferimento" do Poder Concedente que teria o condão de inviabilizar a aplicação e cobrança do reajuste. Afinal, tanto o Município quanto a Agência poderiam questionar apenas o cálculo, com base nos fundamentos antes referidos — equívoco matemático e não exaurimento do prazo —, mas não indeferir a aplicação do reajuste.

Desta forma, se a Concessionária não o aplicou, o fez por sua conta e risco, posto que, neste particular, o reajuste tarifário não estava, por força da lei e do Contrato, sujeito à prévia aceitação ou homologação de nenhum ente público.

A propósito dessa questão, assim se manifestou o professor Thiago Marrara (p. 403-404):

O procedimento acima descrito permite identificar apenas duas condições para que a concessionária proceda o reajuste tarifário. São elas: (i) apresentação dos cálculos para o poder concedente e a ARIS; e (ii) divulgação do reajuste em jornal de grande circulação.

Essas condições para o reajuste não envolvem a participação ativa do concedente ou da ARIS. Mesmo no caso de rejeição dos cálculos ou do prazo, a concessionária estará autorizada a reajustar as tarifas de acordo com o valor ou prazo indicado pela rejeição. Quando o poder concedente ou o regulador deixar de se manifestar ou então rejeitar os cálculos fora das hipóteses estabelecidas em contrato, o concessionário poderá reajustar as tarifas de acordo com os seus cálculos.

Isso significa, em síntese, que nem o Município de Penha e nem a ARIS podem impedir o reajuste das tarifas. Os dispositivos contratuais permitem unicamente que os entes públicos façam controle posterior de eventuais erros nos cálculos apresentados e, nesse caso, a rejeição dos cálculos precisará sempre indicar, para que seja válida, os valores ou prazos que já podem ser adotados.

[...]

Como a concessionária não é obrigada a realizar o reajuste e a atuação do concedente ou da ARIS é apenas excepcional, incidindo a posteriori, os impactos gerados pela omissão em proceder o reajuste tarifário devem ser alocados sempre à concessionária. Por conseguinte,

eventual frustração de receitas, referente à demora em reajustar os valores das tarifas, decorre exclusivamente de omissão da concessionária.

Por tais razões, não merece deferimento, com devido respeito, a pretensão recursal de recomposição das alegadas perdas de receita geradas pela não aplicação do reajuste tarifário no momento próprio.

Prosseguindo com a pauta de insurgências, a Concessionária evoca o desequilíbrio resultante do custo da reparação de danos causados pelo Poder Concedente na tubulação de distribuição de água (item IV.7).

Diz que "precisou despender recursos para promover a reparação dos danos causados na tubulação de abastecimento de água por obras públicas do sistema de drenagem pluvial realizadas direta ou indiretamente pelo Município" e que tais custos não estavam previstos na pactuação do Contrato (p. 2676).

O que se consegue extrair das entrelinhas é que determinada empresa contratada pelo Município, ao executar as obras do sistema de drenagem pluvial da cidade de Penha, acabou por danificar a tubulação do sistema de abastecimento de água operado pela Concessionária. Vislumbrada a questão sob essa ótica, identificam-se aí duas relações contratuais de direito público: (i) uma do Município com a empresa incumbida das obras do sistema de drenagem pluvial e (ii), outra, do Município com a Concessionária. E, além destas duas relações, uma outra, agora de direito privado e de natureza extracontratual, entre a Concessionária e a pessoa jurídica contratada para as obras de drenagem pluvial da cidade de Penha — que teria sido, presumidamente, a responsável direta pela causação dos danos.

Vista desse modo a questão, não parece haver dúvida de que, demonstrado o dano e o nexo de causalidade com a ação da empresa contratada, surge para a Concessionária o direito de ser indenizada, posto que se mostram presentes os pressupostos da responsabilidade civil extracontratual.

O que há de se perquirir é se, na hipótese, a responsabilidade é do Município ou da empresa contratada. Afinal, como visto, o dano sofrido pela Concessionária teria decorrido de uma ação autônoma da empresa contratada, sem saber-se das condições em que ocorreu o fato. Não se tem nos autos o contrato celebrado entre o Poder Concedente e a empresa terceirizada, em cujas cláusulas essa questão poderia ter sido disciplinada.

De qualquer modo, não se pode ignorar o comando do art. 70 da Lei n. 8.666/1993, verbis:

Art. 70. O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado. Sobre a questão, doutrinadores de escol têm se pronunciado. Carvalho Filho, por exemplo, sustenta que, em tais situações, tendo o dano resultado de culpa exclusiva do executor do contrato, "a solução será a de atribuir-se ao empreiteiro a responsabilidade subjetiva comum do direito privado", já que é sabido que ele deve cumprir o contrato por sua conta e risco, sendo que a ação, segundo o mesmo autor, "deve ser movida, no caso, somente contra o empreiteiro, sem participação do Estado no processo". Rafael Carvalho, por sua vez, comentando o art. 70 da Lei de Licitações e Contratos, pontua:

"... a leitura do dispositivo legal em comento permite concluir pela responsabilidade primária do contratado pela má execução do contrato. Em consequência, não há que se falar em solidariedade entre o Poder Público e contratado pelos danos causados a terceiros".

Vale transcrever também, pela sua clareza, a manifestação do Professor Thiago Marrara, quando instado pela Agência a se pronunciar sobre esta questão específica:

De acordo com o art. 70 da Lei n. 8.666/1993, a empresa privada contratada pelo Município para executar serviços de drenagem é diretamente responsável pelo dano que causa a terceiros, ainda que esta figure como concessionária de serviços públicos. Trata-se de situação de responsabilidade civil extracontratual entre particulares. Não há, porém, responsabilidade contratual do Município de Penha, pois os comportamentos danosos são de terceiros e não se enquadram na categoria de fato do príncipe. Não há, portanto, autoria, nem responsabilidade pelo fato danoso de terceiro, descabendo o atendimento do pleito. O referido art. 70 da Lei n. 8.666/1993 corrobora essa conclusão ao prever que a fiscalização ou o monitoramento do contrato pelo ente público não exclui a responsabilidade da empresa contratada por danos que gere a terceiros. Portanto, cabe à concessionária buscar a reparação diretamente da empresa que executou os serviços de drenagem e asfaltamento (p. 424)

É de concluir-se, assim, que, ocorrido efetivamente o dano, e não tendo este resultado de culpa exclusiva da Concessionária, assiste a esta o direito à indenização, que deve ser buscada ao causador do dano, e não levada à conta dos usuários do serviço, mediante reajuste das tarifas.

De acordo com julgado do STF, a Concessionária, em tal hipótese, poderá, conforme o caso, acionar tanto o ente público quanto a empresa privada contratada, menos a pessoa física que possa ter sido apontada como autora do ato. A decisão está assim sintetizada:

A teor do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima passiva o autor do ato. (RE 1.027.633, rel. min. Marco Aurélio, j. 14.08.2019, P, Tema 940.)

Impõe-se lembrar de que, nas concessões de serviços públicos, incumbe às concessionárias, entre outras obrigações, a prestação de "serviços adequados", o qual, consoante a definição que lhe foi dada pela Lei n. 8.987/1993, "é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas".

Além disso, a celebração de contrato de concessão de serviço público importa para o concessionário o compromisso com a fiel execução do ajuste, "por sua conta e risco", conforme preceitua o art. 2º, inciso II, da Lei de Licitações, inclusive na nova redação que lhe foi dada pela Lei 14.133/2021.

Por tais razões, não devem os danos alegados pela Concessionária ser computados em procedimento de revisão tarifária, posto que além de não revestir-se de juridicidade, poderia implicar em indevida elevação da tarifa, comprometendo-lhe a modicidade, em prejuízo dos usuários.

No item IV.8 do recurso, a Concessionária pede a revisão da Deliberação da Agência, para o fim de reconhecer-lhe o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, em razão das despesas que teria sido obrigada a realizar na perfuração e reativação de poços de captação de água.

Alega que, devido ao inadimplemento contratual em que incorreu o Município, houve necessidade de medidas emergências, não previstas no Contrato, a fim de atender à demanda de água nos períodos de alta temporada. Sustenta que, a despeito de terem resultado, consensualmente, de decisão conjunta, mesmo assim o Poder Concedente não teria se havido com a presteza necessária, retardando várias as providências com as quais se comprometera.



O recurso não apontou quais teriam sido os poços perfurados e os recuperados pela Concessionária, limitando-se a dizer que a Municipalidade teria negligenciado e se omitido (i) no fornecimento da documentação inerente às áreas selecionadas para perfuração e dos alvarás para obras; (ii) na expedição dos termos de cessão de uso; e (iii) na obtenção das outorgas para captação das águas.

Fez questão de ressaltar que, não obstante esses embaraços, os poços de São Miguel e Santa Lúcia foram inaugurados em 19.12.2019 e, o de Praia Grande, em 20.12.2019, com o que teria sido possível reduzir a dependência da água da CASAN.

Alerta, porém, que a execução dessas obras não integrou as propostas técnica e comercial da Concessionária, e só foram executadas porque o Município não disponibilizou nem obteve a LAP das áreas necessárias ao Sistema de Abastecimento de Água. Conclui afirmando que "é evidente a necessidade de se promover o respectivo reequilíbrio econômico-financeiro desses investimentos não previstos, nos termos das CLs 14.1 e 15.1 do Contrato" (p. 2679).

O argumento, não obstante tenha sido estruturado de forma lógica, apresenta fragilidades.

O objeto da concessão, nos termos da cláusula 3.2 do Contrato, é "o planejamento, a construção, a operação e manutenção das unidades integrantes dos sistemas físicos, operacionais e gerenciais de produção e distribuição de água potável" (...). E, dentre as obrigações da Concessionária, consta expressamente, na cláusula 16.2 's', a de "captar águas superficiais e subterrâneas mediante prévia autorização das autoridades competentes, atendendo ao uso racional dos recursos hídricos".

A maneira como deveria se desincumbir dessa obrigação foi prevista na Proposta Técnica e na Proposta Comercial, as quais, nos termos da cláusula 2.1, integram o Contrato, identificadas como Anexo A e Anexo C, respectivamente.

Por isso, cumpre transcrever o que está escrito no item 2.1.2, página 84, da Proposta Técnica:

Consoante ao anteriormente descrito, o Sistema Integrado Principal é atendido, na maior parte, pela água proveniente da ETA localizada em Balneário Piçarras. Embora o município de Penha adquira a água tratada do município de Balneário Piçarras, o sistema recebe reforço pela adição de água recebe reforço pela adição de água proveniente de poços subterrâneos, nas regiões de Santa Lúcia, Santa Clara, Armação e São Miguel.

Ademais, na Relação de Bens Reversíveis confiados à Concessionária, objeto do Anexo VIII do Edital de Licitação, foram inseridos pelo menos seis poços subterrâneos: Poço Santa Clara 1; Poço Santa Clara 2; Poço Santa Lúcia; Poço São Miguel; Poço São Cristóvão e Poço São Nicolau.

Destaca-se também que o aumento da capacidade de captação de água em poços profundos está previsto na Alternativa 05 da Proposta Técnica, item 2.1.2.8, onde consta que a "definição se dará após a obtenção de dados mais precisos e execução de projeto executivo, assim como a eventual consulta de viabilidade hídrica junto aos órgãos competentes".

Por ser pertinente, registre-se ainda que, mais adiante, no item 2.1.3.1 da Proposta Técnica, a Concessionária formulou e deixou expresso o seguinte, verbis:

Quanto a disponibilidade hídrica subterrânea, conforme visto anteriormente, Penha encontra-se em local de grande favorabilidade para ocorrência de águas subterrâneas em aquíferos fraturados, podendo chegar a uma produção de 10 m<sup>3</sup>/h.

Para o Sistema São Cristóvão São Nicolau, prevê-se utilizar este potencial hídrico subterrâneo. Como o horizonte de plano é de 35 anos, estima-se a necessidade de implantação de 4 poços, com a produção acima estimada.

Conclui-se, assim, que a manutenção dos poços existentes, assim como a eventual necessidade de perfuração de novos poços, compõe a pauta de obrigações da Concessionária, mercê de uma interpretação conjunta das cláusulas contratuais e dos termos com que foram apresentadas as Propostas Técnica e Comercial.

A necessidade de vir a cumpri-las, portanto, se insere no elenco de riscos assumidos pela Concessionária quando da celebração do ajuste. Afinal, seja pelo contrato (cláusula 3.1), seja pela lei (Lei 8.987/1995, art. 2º, II), o ente contratado assume a responsabilidade de prestar adequadamente o serviço, por sua conta e risco, cumprindo, assim, a teleologia do instituto da concessão, que consiste, historicamente, na redução do tamanho e do custo da estrutura estatal.

É de se considerar ainda que, no caso, tanto a regularização quanto a construção de novos poços foram medidas que, em última análise, importaram na disponibilização de um maior volume de água aos usuários, permitindo que a Concessionária se beneficiasse com o incremento da receita de tarifas, mantendo, assim, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Não há fundamento, portanto, para, por conta desse evento, modificar a decisão da Agência.

A derradeira insurgência da Concessionária diz respeito à inclusão do Fator X, com incidência negativa, no cálculo do índice de reajuste tarifário.

Alega que a disposição contida na cláusula 13.1 do Contrato contempla uma mera "previsão geral quanto à distribuição de ganhos de produtividade com os usuários", sem se fazer acompanhar de uma metodologia que possibilite definir os ganhos provenientes da eficiência e repartir esses ganhos com os usuários. Aduz que foi exatamente a falta dessa metodologia que deu ensejo à "Decisão n. 1613/2015 do TCE, que recomendou a inclusão de tais elementos no Contrato". (p. 2681).

Para fundamentar a necessidade de revisão da Deliberação da Agência, sustenta que "a equação econômico-financeira inicial do Contrato não contempla a aplicação do Fator X, e que, por haver alteração dessa equação, há direito ao reequilíbrio".

Alega ainda que o método de cálculo do Fator X somente foi introduzido no Contrato a partir da edição do 1º Termo Aditivo, o qual não conta com a assinatura da Concessionária nem foi precedido do devido processo administrativo, motivo pelo qual o ato é nulo, posto que, com a falta de anuência expressa de ambas as partes, não se consolidou a formação do negócio jurídico bilateral.

Em socorro desse raciocínio, invoca as disposições do § 1º do art. 58 da Lei n. 8.666/93, verbis:

Art. 58. [...]

§ 1o As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

Frente a esses argumentos, pelo menos duas ponderações precisam ser feitas: (i) não houve alteração das cláusulas econômico-financeiras; (ii) segundo o mesmo art. 58 da Lei 8.666/93, é prerrogativa da Administração Pública alterar unilateralmente os contratos.

Com efeito, não procede e informação recursal de que "a equação econômico-financeira inicial do Contrato não contempla a aplicação do Fator X" (p. 2681).

Não é totalmente descartável a hipótese de a Concessionária, na formulação da sua proposta, tê-lo desconsiderado. Mas, se não o considerou, não parece lhe ser permitido alegar que o motivo foi a inexistência de previsão na minuta do Contrato que acompanhou o Edital de Licitação.

Veja-se, pois, a clareza da Cláusula 13.1 da Minuta do Contrato anexo ao Edital:

CLÁUSULA 13 – REVISÃO PERIÓDICA

13.1. A revisão periódica dos valores das TARIFAS dar-se-á a cada 4 (quatro) anos da data da assinatura do CONTRATO, objetivando a distribuição de ganhos de produtividade com os USUÁRIOS e a reavaliação das condições de mercado, momento em que se farão ajustes que captem possíveis distorções, para mais ou para menos, nos custos, nas metas previstas, nos insumos em geral, consoante as disposições deste CONTRATO e seus Anexos, bem como nas propostas apresentadas pela LICITANTE VENCEDORA, que sejam decorrentes de perdas justificáveis ou ganhos tecnológicos ou de produtividade na exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

Afora isso, já vigorava, na data da negociação, a Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, cujo art. 38 está assim redigido, verbis:

Art. 38. As revisões tarifárias compreenderão a reavaliação das condições da prestação dos serviços e das tarifas praticadas e poderão ser: I - periódicas, objetivando a distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado;

[...]

Também vigorava a Lei n. 2.672/2013, do Município de Penha, que dispõe sobre a Política Municipal de Saneamento Básico, cujo art. 29 apresenta a seguinte redação, verbis:

Art. 29. As revisões tarifárias compreenderão a reavaliação das condições da prestação dos serviços e das tarifas praticadas, objetivando a distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado, ou para adequar o equilíbrio econômico-financeiro. (Grifou-se)

Ora, o que é o Fato X?

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL deu-lhe a seguinte definição, verbis:

É um índice fixado pela ANEEL na época da revisão tarifária. Sua função é repassar ao consumidor os ganhos de produtividade estimados da concessionária decorrentes do crescimento do mercado e do aumento do consumo dos clientes existentes.

Na doutrina, a Procuradora do Estado do Rio de Janeiro, Tatiana Esteves Natal, sustenta que “a opção pela utilização da regulação tarifária por incentivos é uma realidade em diversos setores de infraestrutura”. E arremata:

Instrumentos como o do Fator X são comumente inseridos nos contratos de concessão daqueles serviços públicos, na busca de eficiência, competitividade e modicidade tarifária. A simples leitura das leis e contratos de concessão dos diversos setores de serviços públicos demonstra que a política tarifária hoje adotada em larga escala no País e a da regulação por incentivos.

Daí é permitido concluir que, na medida em que a minuta do Contrato e lei municipal se referiam expressamente a “ganhos tecnológicos ou de produtividade”, nenhuma razão plausível sobrou para a Concessionária alegar que “a equação econômico-financeira inicial do Contrato não contempla a aplicação do Fator X”.

Afinal, a existência de um objeto ou coisa não se demonstra apenas pela exibição de seus caracteres ou roupagem gráfico-visual. A efetiva presença do Fator X no Contrato não reclama, necessariamente, que ele esteja ali inserido ostensivamente sob o rótulo gráfico “Fator X”: pode perfeitamente traduzir-se e fazer-se válido e eficaz quando apresentado pela síntese de sua essência e de suas funções, tal como sucedeu no caso, sem necessidade de albergar-se sob uma expressão gráfica.

Para ilustrar o que foi dito, peço permissão para lembrar o ensinamento de um velho professor de Português, do Curso Ginásial: “Mesmo que a rosa não se chamasse ‘rosa’, ainda assim manteria sua beleza e seu perfume”.

Transportando essas considerações para o caso concreto, veja-se que, além dos comandos legais, o próprio Contrato, na sua Cláusula 13.1, estabelece expressamente que a revisão periódica tem por objetivo a “distribuição de ganhos de produtividade com os usuários”, expressão que reproduz literalmente aquela contida no art. 38, inciso I, da Lei n. 11.445/2007 e no art. 29 da Lei n. 2.672/2013, do Município de Penha.

Afora isso, há necessidade de refutar a acusação da Concessionária de que o Poder Concedente teria alterado unilateralmente cláusulas econômico-financeiras do Contrato, ensejando a aplicação do Fator X, em afronta ao § 1º do art. 58 da Lei de Licitações. Primeiro porque as disposições contratuais não foram alteradas, conforme demonstrado acima, posto que a aplicação do Fator X já estava prevista no Contrato. Segundo porque o art. 58 da Lei 8.666/1993 precisa ser lido integralmente. Perceber-se-á que, enquanto o § 1º veda a alteração das cláusulas econômico-financeiras sem prévia concordância do contratado, o caput do artigo e o seu inciso I, prestigiam o poder de alteração unilateral da Administração Pública, nos seguintes termos, verbis:

Art.58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

Além da faculdade concedida pelo dispositivo acima, é preciso lembrar o enunciado da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, verbis:

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

No caso, porém, o Poder Concedente não se valeu de nenhuma das prerrogativas acima referidas: não modificou cláusulas contratuais nem procedeu à anulação de qualquer ato. Apenas se limitou a editar o 1º Termo Aditivo ao Contrato, atendendo a recomendação emanada da Decisão 1613/2015, superveniente à data da celebração do Contrato.

A edição unilateral do Aditivo, portanto, não se traduz em nenhum ato arbitrário e ilegítimo do Poder Concedente, praticado com o objetivo de prejudicar a Concessionária ou locupletar-se indevidamente. A Corte Estadual, na verdade, nada mais fez do que propor o aperfeiçoamento do Contrato, para o fim de viabilizar a efetiva aplicação de disposições já integradas nas cláusulas contratuais, especificamente em relação à aplicação do Fator X.

Esta foi também a conclusão dos consultores do Escritório Ayres Britto, conforme se infere do texto abaixo, verbis:

Por outro lado, não se pode desconsiderar que a inserção do “fator x” foi estabelecida pelo Tribunal como uma condição de legalidade do edital de concorrência e do contrato de concessão, bem como que, mesmo de forma genérica, essa previsão de compartilhamento de ganhos de eficiência acabou sendo inserida em ambas as minutas contratuais, com as quais a concessionária anuiu ao assinar os contratos de concessão (p. 2327). (Grifou-se)

Por isso, se a Concessionária, por força da lei e do Contrato, tinha conhecimento da incidência do Fato X quando da sua participação no evento licitatório, não pode pretender agora afastá-lo, no procedimento de revisão tarifária.

Não obstante, parece certo que lhe é assegurada a oportunidade de discutir com o Poder Concedente e com a Agência Reguladora, a justa medida da participação do referido fator na definição do índice de revisão tarifária.

Afinal, não há informação de que, para efeito de fixação do fator redutor, houve prévia negociação entre os entes envolvidos, a despeito de tratar-se de exigência expressa da cláusula 13.9, inserida no Contrato pelo 1º Termo Aditivo, nos termos abaixo transcritos, verbis

Cláusula 13.9 - A CONCESSIONÁRIA, quando da revisão periódica, prevista no item 13.1, deverá encaminhar à AGÊNCIA REGULADORA competente, em até 90 (noventa) dias da data prevista para sua aplicação, o requerimento de revisão, contendo a Tabela 01: Matriz de distribuição dos ganhos de produtividade – Fator “x”, metodologia com o fim de estabelecer o vínculo entre a eficiência da concessionária e a redução do valor da tarifa com ganhos de eficiência da concessionária. Esse fator redutor deverá ser negociado entre a Prestadora de Serviço, Poder Concedente e Agência Reguladora. (Grifou-se)

Parecem respaldar este raciocínio, as judiciosas ponderações do Professor Thiago Marrara, verbis:

O Fator “x” é um instrumento de regulação por incentivos, pois fomenta uma atuação eficiente da concessionária. Em termos gerais, a concessionária absorverá os ganhos decorrentes de uma atuação eficiente acima do esperado, aumentando assim sua receita. Apenas caso apresente resultado abaixo do esperado, essa diferença poderá afetar negativamente sua remuneração. Assim, o Fator ‘x’ compartilha os ganhos de eficiência com os usuários enquanto premia a concessionária pela otimização de sua performance.

A partir de um exercício de reflexão, se a mera adição da metodologia do Fator ‘x’ à relação contratual representasse um impacto à equação econômico financeira, haveria problemas insuperáveis. Por um lado, uma vez que o Fator ‘x’ está unicamente vinculado à performance da concessionária (isto é, ela poderá ter um impacto positivo ou negativo em sua receita de acordo com a eficiência apresentada), a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, para compensar a concessionária pela inclusão da distribuição de ganhos de produtividade, significaria alocar ao poder concedente riscos relacionados à eficiência na prestação do serviço de saneamento básico. Isso, porque apenas haverá diminuição nas receitas auferidas pela concessionária se ela apresentar resultados inferiores aos acordados entre a própria concessionária, o concedente e a agência reguladora. Se o poder concedente tivesse que suportar eventual impacto do Fator ‘x’, ele absorveria o insucesso das atividades da concessionária, o que é contrário a Lei Geral de Concessão (art. 2º, II), ao contrato e a própria lógica concessória.

Por outro lado, haveria uma dificuldade prática na consideração de uma metodologia como fator de desequilíbrio. Os efeitos que o Fator ‘x’ gerará na concessão dependem: (1) do valor que será acordado, de forma consensual, entre as partes e a agência reguladora; e (2) da performance futura da concessionária a partir da fixação do fator de redução.

[...] é imprescindível diferenciar o estabelecimento da metodologia da divisão de ganhos de produtividade, objeto da cláusula 13.9, e a fixação dos valores do fator de redução, ainda não realizada. A metodologia consiste na estipulação de uma fórmula matemática que permitirá avaliar a produtividade da concessionária e de que forma o ganho será distribuído com os usuários. Contudo, essa fórmula, para ser aplicada, depende da fixação do valor do fator de redução, o chamado Fator ‘x’, que indicará o ganho de eficiência esperado. Sem esse valor, o método não poderá ser aplicado, pois é o Fator ‘x’ que permite comparar se a performance da concessionária superou ou não o planejado. É verdade que um fator redutor muito ousado, cujo ganho de eficiência esperado seja desproporcional para o caso concreto, poderia afetar as receitas da concessionária, pois dificilmente as metas de produtividade seriam alcançadas. Nesse cenário hipotético desfavorável à concessionária, em que o poder concedente estabelecesse o valor do fator redutor em um patamar inatingível, seria possível identificar uma perturbação indevida no equilíbrio econômico financeiro. No caso concreto, porém, nenhum valor foi definido pelo poder concedente, o que será objeto de futura negociação e de anuência da concessionária. (p. 2492-2493). – Grifou-se.

[...]

Enquanto a definição unilateral dos valores do fator redutor poderia impactar o equilíbrio econômico-financeiro, a mera fixação da metodologia não impacta, per se, os direitos e encargos da concessionária e, por isso, pode ser incluída no contrato por meio de alteração unilateral (cf. 9º, § 4º da Lei Federal n. 8.987/1995 e da cláusula 15.1, ‘d’).

[...]

Como a alteração unilateral, que incluiu a cláusula 13.9 no contrato de concessão, não gerou impactos diretos no equilíbrio contratual, não há que se exigir anuência prévia do concessionário, nem reequilíbrio. Note-se que isso não impede a concessionária de contestar a metodologia – por exemplo, caso identifique erro na sua formulação. Todavia, até o momento, isso não foi objeto de suas manifestações (p. 2495) – Grifou-se

Diante das razões expostas, dá-se parcial provimento ao recurso, apenas para determinar à Agência que, no exercício de suas competências, instaure procedimento apto a viabilizar a negociação entre a Concessionária, o Município e o Órgão Regulador, com a finalidade específica de, relativamente ao Fator X, definir o fator redutor a ser aplicado na Revisão Tarifária Ordinária de que trata o Processo Administrativo n. 143/2019, mantendo-se, no mais a Deliberação n. 005/2021 da Direção-Geral da Agência, publicada em 30.01.2021, em todos os seus termos.

Florianópolis, 25, de maio de 2021.

Conselheiro JOSÉ GALVANI ALBERTON

Relator