



AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO RIO GRANDE DO SUL
Av. Borges de Medeiros, 659 - 13º andar - Bairro Centro - CEP 90020-023 - Porto Alegre - RS - www.agergs.rs.gov.br
CNPJ 01.962.045/0001-00

INFORMAÇÃO - DIRETORIA DE ASSUNTOS JURÍDICOS Nº 55/2021 - DJ

Expediente	000845-39.00/20-3
Origem:	Diretoria de Tarifas
Objeto:	Revisão Ordinária do Contrato de Concessão nº 160/2011, firmado entre BRK Ambiental Uruguaiana S.A. e Município de Uruguaiana/RS

SANEAMENTO. Revisão Ordinária do Contrato de Concessão nº 160/2011, firmado entre BRK Ambiental Uruguaiana S.A. e Município de Uruguaiana/RS. Resposta ao Encaminhamento 38/20021-DT.

Sr. Diretor:

O expediente trata da Revisão Ordinária do Contrato de Concessão nº 160/2011, firmado entre BRK Ambiental Uruguaiana S.A. e Município de Uruguaiana RS.

A DAJ já se manifestou em duas oportunidades recentes, sendo que o expediente retornou a esta Diretoria, conforme se verifica no Encaminhamento 38/2021-DT, em razão de oportunidade de exercício de ampla defesa e contraditório sugerida na Informação nº 32/2021-DJ (0302032).

É o brevíssimo relato.

A Direção-Geral encaminhou (0305356) o expediente para atendimento do Encaminhamento 38/2021-DT (0305201), o qual refere:

“Sugerimos o encaminhamento à DJ para análise das justificativas apresentadas pela BRK Ambiental Uruguaiana no Ofício 164/2021 (0304790) em resposta ao Ofício DT 19/2021 (0304339) e à Informação DJ 32/2021 (0302032) quanto aos motivos que levaram a Concessionária a não requerer as divergências nos indicadores de perdas de água e de população na época da primeira revisão ordinária ocorrida em 2016”. (grifou-se).

A Diretoria de Assuntos Jurídicos já se manifestou em longo e analítico arrazoado na Informação nº 32/2021-DJ (0302032). Dessa forma, limitando-se aos aspectos jurídicos, os quais são de sua competência, ater-se-á a analisar os questionamentos específicos do Encaminhamento 38/2021-DT, ou seja: **“quanto aos motivos que levaram a Concessionária a não requerer as divergências nos indicadores de perdas de água e de população na época da primeira revisão ordinária ocorrida em 2016”**.

Serão consideradas as razões e documentos acostados pela concessionária na resposta encaminhada (0304790), uma vez que se tratava da oportunidade de materialização do direito daquela à ampla defesa e ao contraditório.

Das divergências nos indicadores de perdas de água

Em suma, a Concessionária referiu, em relação às divergências indicadas no pleito envolvendo o indicador de perdas, que somente em setembro de 2016, após conclusão de Parecer Técnico independente, foi possível compreender as reais discrepâncias quanto ao aspecto de perdas. Indicou que o processo da Primeira Revisão Ordinária já estava em curso (protocolo em janeiro de 2016). Ressaltou que já havia temas complexos para serem abordados, motivo pelo qual entendeu inoportuna a inclusão de novos itens no meio da Primeira Revisão Ordinária, o que requereria novas avaliações e alongaria o processo.

Na Informação nº 32/2021-DJ (0302032), apesar de a DAJ ter sugerido oportunizar a Concessionária que explicasse as razões de o pleito não ter ocorrido na Primeira Revisão, deixou claro que, exceto robusta comprovação de motivo excepcional e legítimo, não se sustentaria não ter sido feito pedido acerca da divergência na Primeira Revisão, uma vez que a Concessionária tinha ciência de que as revisões são elaboradas por ciclos tarifários quinquenais e de que, em 2012, o percentual médio de perdas era de 63%, o qual ainda foi reconhecido no PMSB de Uruguaiana em 2014.

Ou seja, o que há de demonstrado no expediente é que a Concessionária tinha conhecimento da divergência desde de 2012, tendo inclusive a Prefeitura de Uruguaiana/RS reconhecido em 2014, no PMSB. Ambas as datas bastante anteriores a 2016. Ainda, caso efetivamente só tenha se sentido segura em setembro de 2016, em razão de Parecer Técnico Independente, como agora sustenta, não incluiu na Revisão em andamento por decisão unilateral. Não havia impedimento contratual ou legal de agregar mais esse tema, não há comprovação formal (pelo menos não acostou junto a sua justificativa) de que tenha dividido a questão com os envolvidos, especialmente com a AGERGS, e o processo de Revisão ainda tramitou por bastante tempo, o suficiente para ter sido declinado e discutido o tema. Ademais, o próprio contrato de concessão prevê a instauração de revisão extraordinária que poderia, ainda

que logo após a Revisão Tarifária de 2016, ter solucionado a questão. Mas, ao que consta, não fora protocolado nesta AGERGS requerimento de revisão extraordinária com o objeto ora perseguido.

Somado a isso, a Concessionária não tratou de derruir as teses jurídicas destacadas na Informação da DAJ (especialmente a referente à prescrição) e tampouco veio ao expediente qualquer documento que demonstre as alegações daquela, capaz de infirmar o que já foi destacado pela Diretoria Jurídica, motivo por que as razões não merecem acolhida e mantém-se o que já foi destacado. Adotam-se as razões da Informação nº 32/2021-DJ (0302032), as quais se transcrevem:

“(...) há diplomas legais que se aplicam indistintamente ao tema, caso do Decreto Federal nº 20.910/32, ainda em pleno vigor, além de entendimentos jurisprudenciais recentemente consolidados, que registram a incidência de prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública .

Deste modo, muito embora o vínculo entre a concessionária BRK e o município de Uruguaiana seja de trato diferido, há entendimentos do Superior Tribunal de Justiça afastando posições ligadas a “inexistência de prescrição sob o fundamento de que a ação para a defesa do direito da concessionária (reequilíbrio) existirá enquanto perdurar a relação contratual e persistir a situação ou o estado de desequilíbrio”. Neste sentido, exemplificativamente, o Recurso Especial nº 756.511-PR, cuja ementa segue transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CONCESSÃO. EXPLORAÇÃO DE LINHAS RODOVIÁRIAS. INSERÇÃO DE NOVA SISTEMÁTICA DE CÁLCULO DE TARIFAS PELO GOVERNO ESTADUAL. RESOLUÇÃO Nº 03/85. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL ACOLHIDA PELO ACÓRDÃO DE SEGUNDO GRAU. APLICAÇÃO DO DECRETO Nº 20.910/32, ART. 1º. AÇÃO AJUIZADA EM 30/03/94. TERMO A QUO: DATA DE CADA ATO ALEGADAMENTE LESIVO. RENOVAÇÃO PERIÓDICA DA POSSÍVEL LESÃO. SÚMULA 85/STJ. INEXISTÊNCIA DE OMISSÕES NO ARESTO RECORRIDO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC REPELIDA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

Outrossim, se considerarmos a teoria jurídica segundo a qual a perda do direito de pleitear determinada reposição ou indenização flui a partir do exato momento em que se teve o efetivo conhecimento do ato ou fato do qual decorreu o prejuízo (“Actio Nata”), o que segundo a BRK ocorreu em janeiro de 2012 , a solicitação de informações à concessionária (no sentido de por que a divergência no índice de perdas não foi solicitado na anterior revisão) torna-se ainda mais relevante, especialmente porque de lá para cá já se passaram não só o primeiro ciclo tarifário como lapso superior a cinco anos, o que pode caracterizar a perda do direito de pleitear a consideração integral da diferença de percentual existente desde o primeiro ciclo.

Por fim, muito embora tal análise seja afeta muito mais à Diretoria de Tarifas do que a esta Diretoria Jurídica, certo é que o índice de 49,2% não passava de mera projeção, não sendo vinculativo do Poder Concedente.

Neste sentido, as análises efetuadas pelo próprio SNIS demonstram que em regra (absurdamente) o índice de perdas gira em torno de 50%-60%, podendo em alguns casos atingir o percentual de até 70%, ainda mais em cidades atendidas por companhias estaduais, que equivalem a maciça maioria brasileira. Com isto, o que se quer dizer é que a concessionária certamente poderia prever que o índice era maior que o indicado no edital/dados oficiais”.

Assim, reconhece-se prescrita a pretensão e, ainda que assim não fosse, não se acolhem os motivos lançados pela Concessionária, pelas razões acima expostas, especialmente porque se tratava de meras projeções não vinculativas.

Divergência quanto ao indicador de população

Quanto ao indicador de população, destacou a Concessionária que, apesar de constatar que a curva de população não estava aderente ao previsto nos documentos da licitação, entendeu adequado avaliar se ela retomaria o patamar previsto. Porém, nos últimos anos foi possível constatar o descolamento do indicador de população, motivando a inclusão na Segunda Revisão Ordinária. Disse, ainda, que aguardava o Censo Demográfico de 2020, o qual não ocorreu.

Por primeiro, saliente-se que a concessionária não informa quando constatou que a curva de população não estava aderente ao que previa o Edital de licitação e seus anexos. Fato é que se a discrepância foi verificada ainda em fase de licitação o Edital costuma prever a possibilidade de impugnação, prerrogativa da qual se infere não ter feito uso. Mesmo se assim não foi e a divergência veio a tona em outro momento, as razões da Informação nº 32/2021-DJ (0302032) não foram impugnadas de modo a haver superação do entendimento já lançado pela DAJ. Transcreve-se:

“A concessionária refere que a divergência no indicador populacional previsto no edital é causa de desequilíbrio, uma vez que o ato convocatório previa como ponto de partida a existência de 136.000 residentes no perímetro urbano no ano de 2008. Diz que “com isso, o edital de licitação adotou a premissa de que a evolução se daria mediante uma taxa geométrica constante e igual a 1% (um por cento)” mas com o passar dos anos observou-se que as premissas e projeções contidas no edital não se concretizaram, visto que a população atual do município é de 126.866 habitantes, enquanto que pelo edital deveria ser de 153.248 habitantes.

Ocorre que o indicador de população equivale a risco de demanda do serviço, estando entre os riscos alocados exclusivamente à concessionária, conforme discorrido na parte inicial deste estudo.

De fato, a divergência no indicador de população traduz-se em fato que afeta as receitas. Equivale ao risco da demanda pelo serviço ser inferior àquela estimada na licitação. Segundo a doutrina aplicável ao tema, porém, tal risco é tradicionalmente alocado à concessionária, havendo a possibilidade de atribuí-lo parcial ou totalmente ao Poder Concedente unicamente quando o risco de demanda for muito alto, o que não parece ser o caso do contrato de Uruguiana”.

Diante do exposto, opina-se pelo reconhecimento da prescrição quinquenal da pretensão, no que tange à revisão em razão das divergências nos indicadores de perdas de água. Mesmo se assim não fosse, igualmente não merecem acolhida as razões da Concessionária, pois se tratava de meras projeções não vinculativas; e no que tange a divergência quanto ao indicador de população como fator de reequilíbrio em sede de revisão, mantém-se a conclusão da Informação nº 32/2021-DJ (0302032), por se tratar de risco alocado exclusivamente à Concessionária.

É a informação.

Em 13 de maio de 2021.



Documento assinado eletronicamente por **Ciane Zortéa, Técnica Superior - OAB/RS nº 74.602**, em 13/05/2021, às 14:34, conforme Medida Provisória nº 2.200-2/2001.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://sei.agergs.rs.gov.br/processos/verifica.php> informando o código verificador **0305782** e o código CRC **9D2F83CD**.