

**ARIS****RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 30, DE 25 DE JUNHO DE 2021 DISPÕE SOBRE O JULGAMENTO DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS OPOSTO PELA ÁGUAS DE PENHA SANEAMENTO SPE S/A, EM FACE DO ACÓRDÃO ANEXO A RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 29/2021, NOS AUTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 143/2019**

Publicação Nº 3132700

RESOLUÇÃO NORMATIVA nº 30, de 25 DE JUNHO DE 2021

Dispõe sobre o julgamento do pedido de esclarecimentos oposto pela Águas de Penha Saneamento SPE S/A, em face do Acórdão anexo a Resolução Normativa nº 29/2021, nos autos do processo administrativo nº 143/2019.

O Conselho de Regulação da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento (ARIS), no uso das suas atribuições prevista no artigo 28, IV e 68 do Protocolo de Intenções de criação da Agência, em reunião ordinária realizada no dia 23 de junho de 2021, delibera:

Art. 1º O Conselho de Regulação da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento (ARIS), DECIDE, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração (pedido de esclarecimentos) opostos 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 junho 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

Embargos de Declaração no Acórdão anexo da Resolução Normativa nº 29/2021

Relator : Conselheiro JOSÉ GALVANI ALBERTON

Embargante : ÁGUAS DE PENHA SANEAMENTO SPE S/A

Embargado :AGÊNCIA REGULADORA INTERMUNICIPAL DE SANEAMENTO

EMENTA  
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS. IVIÁVEL O SEU ACOLHIMENTO FACE A INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO ANEXO A RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 29/2021. NADA A ESCLARECER. DETERMINAÇÃO PARA O IMEDIATO CUMPRIMENTO À DELIBERAÇÃO Nº 05/2021, OBSERVADOS TERMOS DO ACÓRDÃO OBJETO DA RESOLUÇÃO NORMATIVA/ARIS Nº 29/2011.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Conselheiros do Conselho de Regulação, por unanimidade, em negar provimento aos embargos de declaração (pedido de esclarecimento), em reunião realizada no dia 23 de junho de 2021. Intime-se.  
Florianópolis, 24 de junho de 2021.

Conselheiro JOSÉ GALVANI ALBERTON - Relator

**RELATÓRIO**

1. A Resolução n. 29/2021 do Conselho de Regulação da ARIS, publicada no Diário Oficial dos Municípios de 02.06.2021, limitou-se a convalidar o acórdão prolatado pelo Colegiado nos autos do recurso administrativo interposto pela concessionária Águas de Penha Saneamento SPE S/A contra decisão da Direção-Geral da Agência Reguladora, que definiu a Revisão Tarifária Ordinária (RTO) prevista no Contrato de Concessão para a prestação dos serviços de água e esgotamento sanitário do Município de Penha.

2. Publicado o acórdão, sobreveio pedido de esclarecimentos, formulado pela Concessionária, ao argumento de que "o acórdão demanda indispensável integração, a fim de permitir a compreensão pela ora petionária, sobretudo em vista do preceito mandamental dos arts. 20 e 21 da Lei n. 13.655/2018". Acrescenta que o decisório reclama "esclarecimentos para afastar obstáculos cognitivos e factuais", fazendo-se necessária sua "integração objetiva", relativamente a "aspectos pontuais — na forma dos art. 79 do REGIMENTO INTERNO; art. 50 da Lei n. 9.784/1999; arts. 15, 489, § 1 e 1.022, incs. I e II, do CPC —, para fins de ser assegurado o contraditório e viabilizado seu posterior cumprimento. (Os grifos são do original)

3. Conclui com o seguinte pedido:

Em vista da essencialidade do pedido de esclarecimentos para compreensão (e eventual execução) do v. acórdão, requer sejam interrompidos quaisquer prazos que por eventualidade se entendam existentes (materiais e processuais), até r. decisão esclarecedora ser proferida pelo órgão colegiado. Requer, portanto, a integração do v. acórdão nos termos supra, sem a qual a RECORRENTE estará impedida de lhe dar cumprimento.

4. Rigorosamente, conquanto tenha recebido o rótulo de “pedido de esclarecimentos”, o que está sendo apresentado é, verdadeiramente, um novo recurso, na modalidade de embargos de declaração, com nítido caráter infringente, uma vez que pretende a rediscussão e a revisão de matéria já julgada, em oposição ao entendimento consolidado nos tribunais (STJ, 3ª Turma, EDcl no AgInt nos EDcl no REsp 1835504/DF, rel. min. Moura Ribeiro, j. 19.04.2021).

5. Só por isso, e em respeito ao teor do art. 40 do Regimento Interno da ARIS, segundo o qual “as deliberações do Conselho de Regulação serão colegiadas e públicas, delas não cabendo recurso administrativo”, o “pedido de esclarecimentos” não mereceria ser conhecido, já que está emoldurado como um verdadeiro “recurso”, consoante os termos dos artigos 1.022 a 1.026 do CPC.

6. Ademais, a parte dispositiva do acórdão não deixa margem a dúvidas: o Conselho de Regulação, por unanimidade, decidiu “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, mas, no mais, “manter Deliberação n. 005/2021 da Direção-Geral da ARIS, publicada em 30.01.2021, em todos os seus termos”.

7. Daí, a integração que, a rigor, poderia ser buscada pela Concessionária é da decisão da Direção-Geral da Agência Reguladora (Resolução n. 005/2021), no sentido de dar-lhe efetivo cumprimento. Quando ao acórdão do Conselho de Regulação, poderia quando muito, se merecidos, pedir esclarecimentos quanto à rejeição da tese de cerceamento de defesa e à aplicação do índice do Fator ‘X’.

8. De qualquer, em respeito aos ilustres advogados signatários do pedido de esclarecimento, merecem ser aduzidas as considerações seguintes.

9. Relativamente à tese do cerceamento de defesa, suscitada na fase recursal, não se vislumbra, com a devida vênia, qualquer obscuridade ou omissão. O acórdão, fundamentadamente, não a acolheu — e o fez de forma clara e objetiva.

10. A Concessionária, contudo, insiste. Quer que “seja esclarecido se, depois de encerrada a instrução, foi oportunizado o direito da parte de se manifestar no prazo de dez dias, bem como requer seja esclarecido qual ato instrutório foi praticado depois desses pareceres dos órgãos consultivos da ARIS e, ainda, se foi oportunizada à RECORRENTE a manifestação sobre ambos, antes da DELIBERAÇÃO n. 05/2021”.

11. O pedido não se sustenta. Primeiro porque, evidentemente, a petionária, mais do que qualquer outro ente, deve saber se lhe foi permitido manifestar-se no prazo a que alude e, também, quais foram os atos praticados após a emissão dos pareceres que menciona. O pedido de esclarecimentos encerra um preciosismo que não consegue ocultar o seu propósito protelatório.

12. Ademais, a indagação e a resposta mostram-se despidas de relevância. Não custa lembrar que o procedimento de revisão tarifária, não obstante instaurado nos termos da Resolução Normativa 23/2019 da ARIS, teve como peças inaugurais o pedido de revisão pela Carta n. APE-JUR-CAR-2019/0000216 (p. 32) e o Estudo Prévio de Revisão Tarifária Ordinária, elaborado pela empresa de consultoria GO Associados, a pedido da Concessionária, acostados, respetivamente, na página 32 e nas páginas 34-98 da RTO. Portanto, se é para falar-se em contraditório, este teria se instaurado a partir da apresentação desses documentos pela Concessionária.

13. Assim é que, para efeito de análise desse pedido, a ARIS, por intermédio do Marrara Sociedade de Advocacia, apresentou o primeiro parecer jurídico (p.343-461 da RTO) e vários pareceres técnicos emitidos pela Diretoria de Regulação da Agência (páginas 1002-1014, 1015-1021, 1023-1028), além do Parecer Técnico 345/2020 (p. 1227-1374 da RTO). E, sucedendo a esses atos, a Concessionária sempre teve plena e ampla oportunidade de manifestar-se e opor resistência, sendo de realçar que o fez mediante a utilização de um vasto e qualificado arsenal jurídico, gerado por conceituados escritórios de consultoria, como a GO Associados, Ayres Britto – Consultoria Jurídica e Advocacia, e Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques – Sociedade de Advogados, conforme consignado no acórdão.

13. Conclusão óbvia, portanto, é que, ao longo da instrução, se perfez toda a trajetória defensiva da Concessionária, assegurando, concretamente, a plenitude do devido processo legal, aí incluídos o contraditório e a ampla defesa.

14. Não seria razoável, portanto, tomando por analogia, a ordem de apresentação dos argumentos estabelecida no art. 364 do CPC, que à Concessionária, como autora do pedido de revisão, fosse concedido o privilégio de ser a última a manifestar-se no procedimento.

15. Resulta daí que o contraditório se cumpriu integralmente, mesmo que a petionária não tenha se pronunciado formalmente mais uma vez, depois da emissão Parecer Técnico 506/2020 do 2º Parecer Jurídico, elaborados pela Agência Reguladora.

16. Não houve, portanto cerceamento de defesa; tampouco omissão ou deficiência de fundamentação.

17. Lembre-se ainda que, conforme registrado no acórdão, “a Agência se limitou a instar a Concessionária a deflagrar o procedimento de revisão tarifária”, conforme disposição contratual. Não lhe impôs ônus ou sanções que a permitissem qualificar-se como “prejudicada” pelo só efeito dessa provocação. Por isso, entendeu que, rigorosamente, não se instalou no âmbito da RTO, “um cenário de conflito entre a agência reguladora e o prestador do serviço”, com a presença de um demandante x um demandado ou um acusador x um acusado, “pressuposto indispensável para que se imponha a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa”. E trouxe a lume precedente do Supremo Tribunal Federal, que merece ser aqui reproduzido, verbis:

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)

18. Para facilitar a compreensão, anote-se que esse precedente da Suprema Corte envolve ato do Tribunal de Contas da União, consubstanciado na Deliberação n. 168/2017, que, no Processo de Monitoramento nº TC 031.620/2012-4, instaurado para aferir a licitude da execução do contrato entre o Estado de Mato Grosso e a empresa Ecoplan Engenharia Ltda, converteu aquele procedimento em Tomada de Contas Especial e determinou a citação do fiscal do contrato para apresentar defesa, posto que detectara indícios de superfaturamento.

18. Inconformado com essa decisão, o fiscal — agente público — impetrou Mandado de Segurança perante STF, cuja ordem foi denegada.

19. Na fundamentação do indeferimento, o ministro relator escreveu:

Quanto à questão de fundo, a instrução não trouxe qualquer argumento adicional a afastar a óptica veiculada no campo precário e efêmero: inexistindo acusado ou litígio no curso do monitoramento, não se revela exigível a abertura de contraditório, embora nada impeça que o Tribunal de Contas notifique pessoas naturais ou jurídicas para prestar esclarecimentos.

Transcrevo o que consignei:

A análise dos documentos que instruem a inicial não revela a ocorrência de ofensa ao princípio do devido processo legal. A deliberação nº 168/2017 foi formalizada em processo de monitoramento, nos quais não se pode cogitar de acusado ou litígio. O monitoramento é o meio que o Tribunal de Contas da União utiliza para verificar o cumprimento das próprias deliberações e os resultados delas advindos, não fazendo, nesse processo, exame conclusivo sobre a correção de atos.

Consoante fiz ver nos mandados de segurança nº 25.206 e nº 32.569, de minha relatoria, descabe, em procedimentos de controle, potencializar o contraditório, impossibilitando, até mesmo, a atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas. A assim não se entender, ter-se-á verdadeiro caos na atuação do Órgão, perpetuando-se, a mais não poder, todo e qualquer processo cuja solução repercuta, direta ou indiretamente, na esfera jurídica de terceiros.

O impetrante poderá exercer o contraditório na tomada de contas especial. [...]

Indefiro a ordem. (Grifou-se)

20. A semelhança entre o caso apreciado pelo STF e a RTO de Penha é visível. Portanto, nesta fase preliminar, até a decisão da Agência que definiu o índice de revisão tarifária, seria admissível, em respeito aos princípios da celeridade processual e da eficiência, até mesmo dispensar-se a aplicação do contraditório e da ampla defesa.

21. Prosseguindo no pedido de esclarecimentos, a Concessionária vê obscuridade no fato de o acórdão ter se referido apenas de forma singela aos princípios da capacidade contributiva, dos direitos do consumidor, da justiça e da solidariedade social. Pede, com fundamento no art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e art. 489, §§ 1º e 2º do CPC, que "seja esclarecido, em específico para o caso dos autos, (i) o conteúdo dos princípios acima referidos; e (ii) como a aplicação de tais valores jurídicos abstratos pelo colegiado permitiria mitigar ou influenciar a análise do equilíbrio econômico-financeiro do projeto concessionário no presente processo de revisão tarifária e em suas repercussões futuras".

22. Supõe-se permitido afirmar, por primeiro, que os princípios jurídicos citados, na medida em que estão expressamente previstos na Constituição, não se amoldam ao padrão conceitual de "valores jurídicos abstratos" (LINDB) ou de "conceitos jurídicos indeterminados" (CPC). Caso se ajustassem a essas molduras, o próprio princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tão festejado pela Concessionária, deveria ser submetido à censura do art. 20 da LINDB e do art. 489, §§ 1º e 2º do CPC.

23. Percebe-se, à medida que se evolui na leitura do pleito, que a pretensão da Concessionária é mesmo apenas procrastinatória. Não visa a outro fim senão o de retardar o cumprimento e embaraçar a execução do ato regulatório que deve cumprir. E, obstinada, parece ter dificuldade de montar corretamente a equação semântica dos textos colhidos do acórdão. Veja-se, por exemplo, como se conduziu na interpretação do texto que compõe o primeiro parágrafo do item 4 de seu petição.

24. A primeira parte do parágrafo está assim redigida:

Como premissa à análise do mérito, o v. acórdão afirma que "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". (Grifou-se)

25. Outra leitura não pode ser feita senão a que coloca todos princípios citados no mesmo patamar axiológico. Pois, bem. Agora, veja-se a leitura que fez a Concessionária ao compor a segunda parte do mesmo parágrafo, interpretando o texto da primeira parte:

Menciona, então, a capacidade contributiva, os direitos do consumidor, a justiça e a solidariedade social, como princípios que podem se sobrepor ao equilíbrio econômico-financeiro. (Grifou-se)

26. Convenhamos: onde está dito que a capacidade contributiva, os direitos do consumidor, a justiça e a solidariedade social podem se sobrepor ao equilíbrio econômico-financeiro? Em nenhum lugar: a equação hermenêutica não fecha.

27. Não é difícil compreender e justificar a predileção da Concessionária pelo princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, visto, sobretudo, na perspectiva de uma garantia absoluta de lucro. É um juízo aceitável para quem milita na área econômica. Isso não implica, porém, autorização para desqualificar os demais princípios citados, deixando de mantê-los, no mínimo, no mesmo nível axiológico e com o mesmo padrão de legitimidade e cogência.

28. Ademais, é sabido que não é obrigação dos entes julgadores expender comentários sobre todos os argumentos apresentados pelas partes nem responder a todas as indagações que suscitam. Estão autorizados a limitar-se a uma fundamentação sucinta, desde que a tenham como suficiente para o equacionamento da controvérsia (STJ, AI 169.073-AgRg, min. José Delgado, j. 04.06.1998).

29. No item 5 do pedido, a Concessionária quer que o acórdão, à luz das cláusulas contratuais pertinentes às obrigações do Município, defina quais os bens, situados dentro de seu território, que seriam passíveis de cessão ou desapropriação, para fins de implantação da infraestrutura do Sistema de Água e Esgotamento Sanitário.

30. Obviamente, não se trata de tarefa compreendida entre as atribuições deste Colegiado. Os vários pontos de captação de água, fora do território do Município de Penha, não foram indicados pelo Conselho de Regulação da Agência, mas, sim, pela própria Concessionária, no Projeto Técnico apresentado no momento da contratação. O acórdão a eles se referiu apenas para demonstrar que, tendo aquele projeto apontado que, das sete alternativas de captação de água apontadas, cinco estavam fora do território municipal, não se mostrava razoável a alegação de que, na Proposta Comercial, nada fora previsto para suportar eventual aquisição de imóveis fora do Município — os quais seriam insusceptíveis de cessão ou desapropriação pelo Poder Concedente.

31. Esse registro foi feito no acórdão, à guisa de simples argumentação, sem incursionar nos meandros técnicos do projeto do SAE, de responsabilidade da Concessionária, em articulação com o Poder Concedente. O pedido, portanto, é de todo impertinente.

32. No item 5.1, a Concessionária pretende rediscutir matéria que já foi objeto de análise e decisão no acórdão. E, além disso, aventura-se na tentativa de ditar regras e conduzir os atos do órgão julgador, pretensão que, à toda evidência, é descabida. Pede, por exemplo, que a questão atinente às obrigações do Poder Concedente seja analisada "à luz do princípio da boa-fé objetiva e dos arts. 22, §1º, e 24 da LINDB". Também pugna no sentido de que "sejam individualmente examinadas as mais de 20 correspondências (tempestivamente trazidas aos autos) que discutem com a ARIS o descumprimento contratual por parte do MUNICÍPIO". Quer ainda que o órgão julgador "especifique em quais correspondências o órgão regulador menciona a suposta obrigação subsidiária".

33. Diante da pretenciosidade com que foi deduzida a postulação, seria permitido admitir a absurda hipótese de que, antes de qualquer decisão, o Conselho de Regulação deveria, previamente, para confortá-las, indagar e ajustar com elas a forma de conduzir o julgamento.

34. A pretensão é descabida. "Os embargos de declaração só se prestam a sanar obscuridade, omissão ou contradição porventura existentes no acórdão, não servindo à rediscussão da matéria já julgada no recurso". (STJ, 4ª Turma, EDcl no AgInt no Agravo em Recurso Especial n, 1.761.959 – DF, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 31.05.2021) (Grifou-se)

35. No item 5.2, alega a requerente que o acórdão deixou de examinar a tese recursal relativa à obrigação subsidiária da concessionária, o que implicaria em colocá-la numa situação de submissão ao arbítrio do Poder Concedente. Requer, por isso, a integração do v. acórdão para que, acaso seja mantida a referida interpretação, esclareça-se quais repercussões negativas ou penalidades contratuais terá o MUNICÍPIO caso descumpra com suas obrigações quanto à aquisição de áreas e obtenção das licenças ambientais prévias – já que a RECORRENTE restaria automaticamente obrigada a cumpri-las em seu lugar. (Grifou-se)

36 Com todas as vênias, as eventuais consequências que poderão advir para o Município em razão de um possível descumprimento contratual é uma questão alheia ao objeto da RTO. E, ademais, envolve fatos que, na escala do tempo, se inscrevem no futuro, cuja previsão está

longe de inserir no rol dos poderes conferidos a este órgão de regulação ou, mesmo, a qualquer um de seus integrantes, meros mortais.

37. No item 6, relativo ao reservatório de água de 2.000m<sup>3</sup>, a petionária argumenta que ele está instalado no território do Município de Penha, e requer, por isso, que “seja esclarecido se era obrigação contratual do MUNICÍPIO a desapropriação ou cessão do imóvel e a obtenção da respectiva licença ambiental prévia para a construção do reservatório”. Alega que há obscuridade no acórdão.

38. Não procede o pedido de esclarecimento. Está claro no acórdão: (i) em relação à aquisição do imóvel e equipamentos do reservatório, a própria Concessionária reconheceu, na peça recursal, que o reequilíbrio foi deferido pela Agência, (ii) mas foi indeferido em relação à alteração do projeto e à alegada frustração de receita. E quanto a este indeferimento foi incisivo ao concluir que o custo correspondente à alteração do projeto, nas circunstâncias em que ocorreu, “não pode ser levado à conta do reequilíbrio econômico-financeiro, mas, sim, mantido dentro dos limites da álea ordinária do contrato”.

39. Não há, portanto, o que esclarecer.

40. No item 6.1, a petionária persiste na sua pretensão de obter, na via estreita do pedido de esclarecimentos, a revisão de matéria já julgada. Quer que se diga por que não foi considerada, à luz do princípio da boa-fé objetiva, a presunção de que o reservatório seria concluído no segundo ano do contrato.

41. Ora, com a devida vênia, supõe-se que nada obriga este Colegiado a nutrir o mesmo otimismo e a formular o mesmo raciocínio da Concessionária.

42. Também a informação de que o reservatório foi concluído em quadro meses, por si só, não transmuda presunção em certeza; nem autoriza a exigir-se do usuário, apressadamente, o pagamento de tarifa por um serviço que não recebeu. Afinal, a simples conclusão da obra não é garantia de abastecimento regular e seguro. Por isso o não reconhecimento do direito ao reequilíbrio, claramente assentado no acórdão. Não há omissão a sanar.

43. O questionamento formulado no item 7 do petitório, não mereceria, a rigor, nem ser considerado.

44. Foi sobejamente demonstrado no acórdão que a simples aplicação do reajuste tarifário não está sujeita à prévia aprovação do Poder Concedente e da Agência Reguladora. Nem um nem outro tem o poder de vetar o reajuste, salvo na hipótese de erro de cálculo.

45. Logo, se não foi aplicado, isso decorreu decisão exclusiva da Concessionária — como, aliás, está claro na decisão questionada.

46. No item 8, depois de afirmar falta de clareza no enfrentamento da questão atinente à suscitada inexistência, invalidade e ineficácia do 1º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, pede a Concessionária que seja declarada expressamente “se o referido ato administrativo é existente, válido e eficaz”.

47. Trata-se de um questionamento supérfluo, desnecessário.

48. Obviamente, o ato administrativo questionado é válido. Não é sequer de ser considerada a hipótese de, no contexto em que se deu a concessão, a petionária ignorar a incidência do art. 58, inciso I, da Lei de Licitações, que confere à Administração Pública a prerrogativa de modificar unilateralmente os contratos, adequando-os para melhor atender ao interesse público.

49. No caso, nem mesmo ocorreu, em verdade, alteração unilateral, posto que a aplicação do Fator ‘X’ já estava prevista no Contrato. O Poder Concedente limitou-se a cumprir uma determinação do Tribunal de Contas do Estado, expedida com a finalidade de esclarecer como se daria o implemento da cláusula. Tudo foi explicado no acórdão, conforme demonstra o texto abaixo transcrito:

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.

50. Diga-se ainda que, tratando-se de determinação emanada da Corte de Contas, nos limites de sua competência institucional definida na Constituição da República, e com o propósito de salvaguardar interesse público primário, seria, de fato, um inaceitável exagero pretender que o órgão público deixasse de cumpri-la, ao argumento de que poderia desgostar o ente privado contratado.

51. Ainda em relação ao Fator X, a petionária pretende saber (item 8.1), em que medida a suspensão do aludido fator, determinada no acórdão, afetará o percentual total de revisão definido pela Agência Reguladora.

52. A resposta parece óbvia. Conforme consta no parágrafo único do art. 5º da Resolução n. 005/2021 da ARIS, “a efetiva aplicação do Fator X fica condicionada a celebração de termo aditivo contratual entre o Poder Concedente e a Concessionária Águas de Penha”. Significa dizer que o percentual negativo de - 0,22% (zero vírgula vinte e dois por cento negativo) não está inserido dentro do percentual negativo de - 2,60 (dois, virgula sessenta por cento negativo) fixado no art. 4º da mesma Resolução. A aplicação do Fator X, portanto, em percentual igual, superior ou inferior a - 0,22% está temporariamente suspensa, até que ele seja definitivamente estabelecido em negociação entre a Agência, o Município e a Concessionária, conforme preconiza o 1º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão.

53. Finalmente, no item 9, a petionária se insurge contra o fato presumido de o acórdão não ter mencionado e analisado os pareceres que juntou aos autos, particularmente o do Prof. Maurício Portugal Ribeiro. Complementarmente, também poderia ter presumido que o relator os tenha lido, analisado e concluído que não era caso de acatá-los nem de refutar pontualmente os argumentos neles expedidos — era uma prerrogativa sua.

54. Antes de tudo, impõe-se dizer, para conforto da petionária, que, ao analisar o item IV.5 do recurso, o acórdão, a partir da sua página 55, referiu-se expressamente ao Prof. Maurício Portugal Ribeiro pelo menos duas vezes. E o fez nos seguintes termos, verbis:

[...]

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.

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.

55. Pontua-se, em adendo, o prestígio e o currículo dos pareceristas que assessoraram a Concessionária é fator que, por si só, não impressiona. Por mais intensos que sejam o brilho e a sabedoria das manifestações jurídicas — o que foi sentido no exame deste caso — não podem elas impedir a marcha do espírito humano, em sua busca permanente e inexorável, nos meandros da consciência, da fonte confortadora da verdadeira Justiça. Assim evolui o Direito.

56. Isto posto, ressalvadas as observações lançadas neste despacho, concludo, ad referendum do Colegiado, que nada mais há a esclarecer em relação ao acórdão objeto da Resolução nº 29/2021 do Conselho de Regulação da ARIS.

57. Por outro lado, considerando que os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo (CPC, art. 1.026, caput) em relação à decisão embargada, e que, nos termos do art. 40 do Regimento Interno, as decisões do Conselho de Regulação não são passíveis de recurso administrativo, manifesto-me, ainda ad referendum do Colegiado, por determinar à Direção-Geral da ARIS que, cientificada a Concessionária desta decisão, dê imediato cumprimento à Deliberação nº 005/2021, observados termos do acórdão objeto da Resolução nº 29/2021 do Conselho de Regulação.

Florianópolis, 25, de junho de 2021.

Conselheiro JOSÉ GALVANI ALBERTON

Relator

---

## CIM-AMAVI

---

### PREGÃO ELETRÔNICO Nº 01/2021 – HOMOLOGAÇÃO

Publicação Nº 3133730

ESTADO DE SANTA CATARINA

CONSORCIO INTERMUNICIPAL MULTIFINALITARIO DOS MUNICIPIOS DA AMAVI (CIM-AMAVI)

TERMO DE HOMOLOGAÇÃO

A Presidente do CIM-AMAVI, Geovana Gessner, no uso de suas atribuições que lhe são conferidas pela legislação em vigor, especialmente sob a Lei nº 10.520/02 e em face aos princípios ordenados através da Lei nº 8.666/93 e alterações posteriores, a vista do parecer conclusivo exarado pela Pregoeira e sua equipe de apoio, resolve:

HOMOLOGAR a presente licitação nestes termos:

Processo nº: 02/2021

Licitação nº: 01/2021 PE

Data Homologação: 27/04/2021

Objeto: AQUISIÇÃO DE PARQUE INFANTIL DEVIDAMENTE INSTALADO NO MUNICÍPIO DE SALETE, INDICADO PARA CRIANÇAS DE ATÉ 12 ANOS, COM ESTRUTURA EM MADEIRA PLÁSTICA, COM ÁREA DE OCUPAÇÃO MÍNIMA DE 11,00M X 11,00M

Fornecedor declarado vencedor do processo: