

São Pedro da Aldeia, 15 de Janeiro de 2015

Carta – PR/0097/2015/PROLAGOS

Para: AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro

**Exmo. Sr.
Dr. José Bismarck Vianna de Souza
Presidente da AGENERSA - Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro**

Assunto: Pleito da III Revisão Quinquenal da Prolagos S/A (2009-2013)

Ref.: Processo Regulatório E-12/003.413/2013

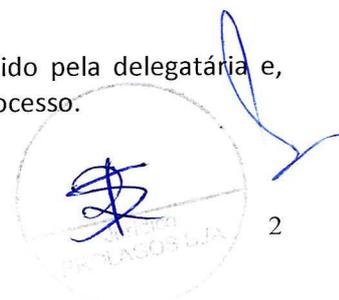
Prezado Senhor,

Em dezembro de 2013 a concessão estabelecida por meio do Contrato de Concessão CN 04/96 - SOSP/ERJ entre o governo do Estado do Rio de Janeiro, os municípios de Cabo Frio, São Pedro da Aldeia, Armação dos Búzios, Iguaba Grande, Arraial do Cabo e a Prolagos S/A encerrou mais um ciclo ao completar 15 anos, o que impõe revisão contratual, nos termos da Lei Estadual nº 2.869, de 18 de Dezembro de 1997.

A última revisão do contrato de concessão, iniciada em 2003 e julgada por meio da Deliberação AGENERSA nº 638/2010, redundou no 3º Termo Aditivo ao Contrato e no Plano de Investimentos em vigor, pelo montante ampliado de investimentos da ordem de R\$258.960.872 (Dez/08).

O Plano de Investimentos aprovado vem sendo rigorosamente cumprido pela delegatária e, inclusive, superado, conforme se constatará na instrução do presente processo.

AGENERSA - Protocolo	
ID	0226
Data	16 / 01 / 15
Horário	14 : 10
Assinatura	



PROT. AGENERSA 16/JAN/2015 14:10 001021

1. CUMPRIMENTO DA DELIBERAÇÃO AGENERSA nº 1566, de 30 de abril de 2013

A Deliberação AGENERSA nº 638/2010 estabeleceu outros procedimentos e alterações contratuais cujo cumprimento pela delegatária foi constatado por meio da Deliberação AGENERSA nº 1566, de 30 de abril de 2013 (Anexo I), do seguinte teor (grifamos):

**AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ATO DO CONSELHO-DIRETOR**

*DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 1566 DE 30 DE ABRIL DE 2013
CONCESSIONÁRIA PROLAGOS – REVISÃO QUINQUENAL 2004/2008.
O CONSELHO-DIRETOR DA AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGENERSA, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no Processo Regulatório nº E-12/020.051/2009, por unanimidade,
DELIBERA:*

Art. 1º - Considerar cumprida a Deliberação AGENERSA nº. 638 de 27 de outubro 2010.

Art. 2º - Determinar que a SECEX em até 30 dias, abra processo para que a CASAN realize o acompanhamento, a cada 03 (três) meses, do andamento das negociações entre a Prolagos e a Prefeitura de Araruama.

Art. 3º - Determinar à Concessionária que, caso esta obtenha, judicial ou extrajudicialmente, tutela que a dispense do pagamento da cobrança pelo uso do solo no município de Araruama, comunique tal fato a esta Agência em até 30 (trinta) dias, a fim de que sejam adotadas as providências necessárias à eventual revisão do Contrato em benefício dos Poderes Concedentes e dos usuários.

Art. 4º - Encerrar o presente Processo.

Art. 5º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 30 de abril de 2013

*JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA
Conselheiro-Presidente
LUIGI EDUARDO TROISI
Conselheiro-Relator
MOACYR ALMEIDA FONSECA
Conselheiro
ROOSEVELT BRASIL FONSECA
Conselheiro
SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
Conselheiro
MÁRIO FLÁVIO MOREIRA
Vogal*

Além da Deliberação AGENERSA nº 638/2010 que, ao julgar o pleito de revisão quinquenal do contrato de concessão dispôs, expressamente, "*Considerar cumpridas, conforme exposto no voto condutor da presente Deliberação, as metas estabelecidas no Contrato de Concessão e seus Aditivos para os dois primeiros quinquênios da concessão*", no decorrer do último quinquênio (2009/2013) a Prolagos S.A obteve dessa Agência Reguladora as Notas Técnicas AGENERSA/CASAN de números 017/2008, 014/2009, 062/2011, 123/2012, 093/2013 e 125/2014, todas certificando o cumprimento de metas de serviços e atendimento pela concessionária.

2. SERVIÇOS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DE ARRAIAL DO CABO

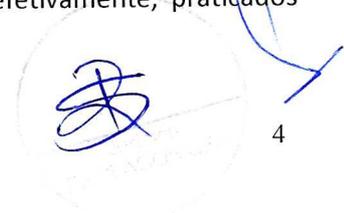
Os contratos de concessão, por serem complexos e de longa duração, necessitam de constantes ajustes para que os serviços sejam modernos e atuais, de modo a melhor atender o interesse público. Isso é natural, eis que ocorrem, a todo o momento, situações novas. Essa possibilidade de revisão assegura o não sucateamento da concessão, com perda de foco do objeto contratual.

Neste sentido, o município de Arraial do Cabo informou a essa Agência Reguladora por meio do Ofício GAPRE nº 149/12 (processo regulatório E-12/020.753/2012) que apresentou à Secretaria de Estado do Ambiente projetos para construção de redes coletoras e Estação de Tratamento de Esgotos Sanitários para a localidade de Monte Alto (2º Distrito), estando os mesmos devidamente aprovados e em fase de implantação, tendo manifestado interesse em conceder a operação do sistema.

De se observar, a Licitação por Concorrência Nacional nº 04/96 SOSP-ERJ, contou com Edital que abrangeu no seu escopo, a concessão dos **serviços e a atuação em obras de implantação, ampliação, manutenção e operação dos sistemas de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto nas áreas urbanas dos municípios de Arraial do Cabo, Cabo Frio e São Pedro da Aldeia, esses dois últimos desmembrados no início do certame para formar os municípios de Armação de Búzios e Iguaba Grande, respectivamente.**

Relativamente ao referido procedimento licitatório (nº E-19/699/96), o município de Arraial do Cabo, juntamente com os demais municípios licitantes acima citados, integrou a Comissão Especial de Licitação criada pela Resolução SOSP/ERJ nº 95/96. O Consórcio Prolagos apresentou proposta à referida Licitação, julgada ao final vencedora, **englobando os serviços de água e esgoto do município de Arraial do Cabo (1º e 2º Distritos).**

A Secretaria de Estado e Obras de Serviços Públicos, entendendo por cumpridas as normas legais e editalícias postulou a homologação do resultado e adjudicação do objeto da Licitação ao concorrente vencedor, o Consórcio Prolagos, atos estes que foram, efetivamente, praticados

A handwritten signature in blue ink is written over a circular stamp. The stamp contains some illegible text and a central emblem. A blue arrow points from the signature towards the bottom right of the page.

pelas autoridades competentes, dentre elas os Exmos. Srs. Prefeitos dos Municípios de Arraial do Cabo, Cabo Frio, São Pedro da Aldeia, Iguaba Grande e Armação de Búzios, **conforme publicado nos órgãos oficiais em data de 04/11/97.**

Como se sabe, em face da existência, na época, de uma Estação de Tratamento de Esgotos já implantada, o município de Arraial do Cabo optou, na undécima hora, por operar diretamente o sistema existente, razão pela qual entregou ao vencedor do certame somente os serviços de abastecimento de água.

Foi, portanto, utilizada a prerrogativa que confere ao administrador público de realizar alterações e ajustes para reduzir o objeto concedido, sem, contudo, alterar sua natureza. A retirada do escopo da contratação do esgotamento sanitário do Município de Arraial do Cabo produziu efeitos sobre o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, tendo sido objeto de exame e decisão por parte da Agência Reguladora, em 07.02.2002, através da Deliberação ASEP-RJ/CD nº 193/02, que resultou na celebração do 1º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão.

Desde então, a concessionária vem prestando, de maneira adequada e dentro da normalidade, os serviços de abastecimento de água que lhe foram delegados por Arraial do Cabo.

Entretanto, como ocorrem mudanças de contexto ao longo dos anos, a situação dos serviços de esgotamento sanitário daquele município sofreu alterações significativas. Nos termos do que consta do processo regulatório E-12/020.753/2012, não mais é conveniente para o Município de Arraial do Cabo prestar, diretamente, o serviço de coleta e tratamento do esgoto municipal. A situação sinaliza certo agravamento pela necessidade de universalização do serviço de esgotamento sanitário, em atendimento à legislação que traçou o marco regulatório do setor, e de busca da melhoria da qualidade de vida dos munícipes visando, ainda, a aceleração do programa de despoluição da Lagoa de Araruama, de extrema relevância para a atividade econômica e ecológica da região.

É sabido, no que se refere ao esgotamento sanitário, o município vem enfrentando toda a sorte de dificuldades para coletar e tratar o esgoto. Um dos principais problemas enfrentados é a dificuldade de recebimento por esses serviços, com perda de foco pelo administrador público, que gasta recursos que poderiam ser destinados à saúde, educação, moradia, segurança e afins, tendo que operar e manter um sistema que atualmente está obsoleto.

Constatou-se, os serviços serão melhor prestados e menos onerosos aos cofres públicos, se finalmente delegados a um concessionário. Isso ocorre porque a coleta e tratamento de esgotos é mais custosa e menos rentável que o tratamento e distribuição de água, havendo, na prática, uma espécie de subsídio cruzado entre os dois serviços. A regra nas concessões de saneamento

no Brasil é que abastecimento de água seja concedido em conjunto com esgotamento sanitário, justamente para evitar que a tarifa de esgoto seja muito elevada para o usuário, principalmente por se tratar de uma questão de saúde pública.

Ou seja, ao considerarmos os altos custos de coleta e tratamento de esgoto, que são totalmente cumpridos pela municipalidade, sem a devida contrapartida dos usuários, é possível concluir que qualquer alternativa à assunção dos serviços de forma isolada é inviável, por não se auto sustentar. O próprio fato de a municipalidade pública encontrar dificuldades em manter esse serviço, sem utilização de recursos que poderiam ser destinados a outras áreas, já demonstra isso.

Nunca é demais lembrar que o serviço a ser prestado é complexo, altamente especializado e de natureza singular, demandando profissionais já experientes, além de capacidade técnica e financeira para a execução das atividades necessárias. Nesse sentido, a concessionária conta com equipe técnica qualificada, permitindo concluir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto pretendido pelo município de Arraial do Cabo, nas condições expostas. Igualmente não pode ser desprezado o ganho de escala que representa a prestação desses serviços pela concessionária Prolagos.

A concessionária já apoia o município de Arraial do Cabo na gestão do sistema de esgotamento sanitário implantado no 1º Distrito, por meio de um convênio celebrado em 2012, sem ônus para o ente público.

Por outro lado, despidendo mencionar o avanço, em termos de proteção ao meio ambiente, ocorrido nos municípios circunvizinhos à Arraial do Cabo, e integrantes da mesma Licitação CN 04/96, que passaram, nos últimos anos, a contar com os maiores índices de coleta e tratamento de esgotos do Estado do Rio de Janeiro, o que foi, sem dúvida alguma, fruto de um trabalho conjunto, mas de modo especial, dos investimentos oriundos da concessão.

A proposta feita nesta revisão quinquenal é que a concessionária Prolagos tenha esse serviço reinserido ao seu escopo contratual. **Conforme parecer da lavra do renomado Prof. Marçal Justen Filho, Doutor em Direito (Anexo IV), é possível o retorno do objeto já licitado - "serviços de esgotamento sanitário do 1º e 2º Distritos de Arraial do Cabo", mediante Termo Aditivo ao Contrato de Concessão CN 04/96".**

As conclusões do i. parecerista estão abaixo resumidamente elencadas e vão ao encontro do entendimento da concessionária que, de fato, após aprovação dessa Agência Reguladora, poderá operar o sistema de esgotamento sanitário municipal, por meio de alteração do contrato em vigor. São os excertos do Parecer:



“O referido serviço estava previsto por ocasião da licitação. Todos os potenciais interessados tinham ciência de que a outorga abrangeria inclusive o referido serviço. A sua exclusão por ocasião da formalização da outorga não produziu efeitos relativamente à amplitude da licitação realizada. Excluído o serviço depois da licitação, a sua reinclusão em momento posterior não viola a exigência da licitação. Não se trata de ampliar a concessão para passar a compreender um serviço não previsto por ocasião da licitação.”

“Não há óbice jurídico à revisão da decisão de exclusão desses serviços do objeto da outorga. A solução da prestação direta dos referidos serviços pelo Município de Arraial do Cabo se revelou insatisfatória, eis que não propiciou o atingimento dos resultados previstos. Não é cabível que prevaleça a solução insatisfatória, como se houvesse uma espécie de decisão irretratável. É indispensável à adoção das providências aptas a alcançar os resultados esperados. E as circunstâncias existentes evidenciam que a reinserção dos referidos serviços no objeto da concessão, de modo a propiciar a prestação conjunta dos serviços pela Consulente, é a providência mais adequada para a satisfação das necessidades envolvidas no caso concreto.”

“A existência de uma concessão única envolvendo cinco Municípios não pode deixar de ser considerada, especialmente porque a outorga abrange serviços de coleta e tratamento de esgoto relativamente a quatro desses Municípios. Portanto, a outorga já abrange os referidos serviços públicos. A alteração pretendida se relaciona com a ampliação do objeto, de modo a compreender os mesmos serviços também em relação ao Município de Arraial do Cabo.”

“Os cinco Municípios da Região dos Lagos promoveram uma concessão única para a prestação dos serviços de fornecimento de água e de coleta e tratamento de esgotos. A licitação isolada dos serviços de coleta e tratamento de esgotos do Município de Arraial do Cabo conduziria ao potencial surgimento de dois concessionários, o que é incompatível com a solução adotada como satisfatória, conveniente e necessária. Portanto, configura-se que somente a ora Consulente dispõe de condições para assumir a concessão dos serviços de coleta e tratamento de esgotos do Município de Arraial do Cabo sem que isso resulte na multiplicação de concessões e concessionárias. Nenhum outro particular se encontra em condições de competir com a Consulente para a obtenção desse resultado. A solução de outorgar diretamente a concessão em questão em favor da Consulente configura-se com a única medida apta a realizar os fins e os interesses coletivos em questão.”

“O restabelecimento das condições originais da outorga, com a inserção dos serviços de esgotamento sanitário no âmbito do Município de Arraial do Cabo, deve ser promovido através de aditivo contratual.”

A atualidade é uma característica inerente ao serviço público adequado, por força artigo 6o, § 1o, da Lei de Concessões. Assim sendo, se o interesse público pede a reinclusão desse serviço ao objeto da concessão, e se há justificativa plausível para tanto, é imperativo que ocorram esses ajustes. Mais que uma prerrogativa, pode-se sustentar que se trata de uma obrigação que o administrador público possui, até mesmo porque não seria coerente que a Administração Pública, na qualidade de perseguidora do interesse público, optasse por manter projetos e especificações insuficientes ou inconvenientes aos anseios da sociedade diante das modificações conjunturais.

Nos autos do Processo Regulatório E-12/020.753/2012, registrou a Câmara de Saneamento em sua Nota Técnica nº 002/13 da CASAN, que “*não tem o que opor quanto a Prolagos assumir os*



serviços de esgotos sanitários em Arraial do Cabo, uma vez que possibilitará uniformizar o padrão desses serviços com os que já estão sendo bem desenvolvidos nos outros quatro Municípios da Área da concessão”.

Alerta ainda a CASAN:...” a produção de esgotos em Arraial do Cabo está tendo um aumento significativo com a implantação recente da Adutora Monte Alto-Figueira, com capacidade de abastecer com mais de 100.000 (cem mil) litros por dia os 70 (setenta) quilômetros de redes de distribuição de água, que estão em fase final de instalação nesses dois Bairros”. E prossegue: “A coleta e o tratamento desse elevado volume de esgoto tem caráter de urgência, uma vez que todo o despejo tem como destino a lagoa de Araruama, comprometendo o programa de despoluição da mesma, e que está em plena fase de execução, visando o incremento da atividade econômica e ecológica da região.”

A Procuradoria dessa AGENERSA manifestou às fls. 124/131 do mencionado processo regulatório, conforme abaixo transcrito:

“Sob o prisma contratual, respaldado pelos princípios da administração pública, a inclusão por um dos municípios de serviço já consubstanciado no edital licitatório que resultou na consolidação do instrumento concessivo não fere a obrigatoriedade de licitação.”

.....
“Por outro lado, a celebração de nova concessão não atenderia ao interesse primário, sendo inconveniente e desnecessária para com a atual situação regulatória da região dos lagos.”

.....
“Portanto, utilizando a ponderação de interesses, entendo que a celebração de termo aditivo com o objetivo de incluir o serviço de esgotamento sanitário no município de Arraial do Cabo sopesa a obrigatoriedade da licitação”.

.....
“Portanto, não há óbice à adição ao contrato de concessão, tendo em vista o amparo no poder discricionário, sem violação, contudo, ao primado da legalidade”.

Em sessão regulatória de 28 de novembro de 2014 essa Agência Reguladora decidiu por meio da Deliberação AGENERSA nº 2269, à unanimidade, *“Considerar, pelas razões do presente voto, inexistir óbice de cunho técnico no tocante à absorção, pela Concessionária Prolagos, da operação de esgotamento sanitário no Município de Arraial do Cabo”.*

O voto condutor da Deliberação AGENERSA nº 2269/14 ressaltou:

“O entendimento apresentado nas razões do presente voto está contido, inclusive, no Parecer do Ilustre Jurista Marçal Justen Filho, que demonstrou às fls. 33/51 inexistência de óbice de cunho jurídico no tocante à absorção, pela Concessionária Prolagos, da operação de esgotamento sanitário no município de Arraial do Cabo.”

Em data de 03 de dezembro de 2014, o município de Arraial do Cabo, dando publicidade ao seu objetivo, encaminhou à delegatária o Ofício GAPRE nº 240/14 (Anexo IV), por meio do qual citou



a conclusão dessa Agência Reguladora quanto ao Processo Regulatório E-12/020.753/2012 e consultou a concessionária sobre o interesse no retorno dos serviços de esgotamento sanitário de Arraial do Cabo a Concessão CN 04/96, resultante da Licitação por Concorrência Nacional CN nº 04/96-SOSP-ERJ, tendo obtido da empresa ponderações com resposta afirmativa.

E é em razão de se ter adjudicado à Prolagos o objeto licitado “*serviços e execução de obras de implantação, ampliação, manutenção e operação dos sistemas de coleta e tratamento de esgoto nas áreas urbanas do município de Arraial do Cabo*”; pelo fato da retirada da contratação desta parte do objeto adjudicado ter ocorrido por decisão, ao final, da Agência Reguladora, nos termos da já citada Deliberação ASEP 193/2002; pela compatibilidade dessa reinserção com as normas que disciplinam a alteração dos contratos de concessão que pleiteia a Prolagos o retorno destes serviços (esgotamento sanitário do 1º e 2º Distritos) à concessão, conforme investimentos previstos no Edital CN/04/96, cujo montante é de R\$5.850.312 (Dez/96), mediante reversão no 1º Termo Aditivo ao Contrato CN nº 04/96, da exclusão operada, conforme registrado no Plano de Negócios de Arraial do Cabo (Anexo VI).

3. COOPERAÇÃO PARA EXPANSÃO DOS SERVIÇOS DE ESGOTAMENTO SANITARIO NA ÁREA DE CONCESSÃO

Em Outubro de 2010, por meio da Deliberação AGENERSA nº 638/10, em sede da II Revisão Quinquenal da Prolagos S/A foi aprovado por essa Agência Reguladora um Plano de Investimentos para o período 2010 a 2041 que monta R\$258.960.872 (Dez/08).

3.1. Implementação de redes coletoras de esgoto: Subsídios

Nos termos da lei 11.445/07, os subsídios são instrumentos econômicos de política social para garantir a universalização do acesso ao saneamento básico.

Já conforme o Decreto nº 7.217/10 que regulamentou a referida Lei, os subsídios podem ser diretos, quando destinados a determinados usuários; indiretos, quando destinados a prestador de serviços públicos; entre localidades - aqueles concedidos nas hipóteses de gestão associada e prestação regional; além dos subsídios tarifários - quando integrarem a estrutura tarifária e fiscal - quando decorrerem da alocação de recursos orçamentários, inclusive por meio de subvenções.

Duas situações inéditas de subsídios indiretos, aprovados por essa Agência Reguladora, estão sendo implementadas para viabilizar o avanço dos sistemas de esgotamento sanitário na região da concessão. A primeira, por meio de repasse de verba do Governo do Estado do Rio de Janeiro

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized, cursive set of letters.

para transposição dos efluentes das Estações de Tratamento de Esgotos (ETEs) de São Pedro da Aldeia e Cabo Frio (Processo Regulatório nº E-12/003.291/2013). A segunda para implantação de parte das redes coletoras de esgotos nos municípios de Cabo Frio, Armação de Búzios, São Pedro da Aldeia e Iguaba Grande, bem como implementação de *Wetlands* para fase posterior ao tratamento dos efluentes das ETEs de Armação de Búzios e Cabo Frio/Jardim Esperança – (Processo Regulatório E-12/003/679/2013).

Tendo em vista que a ampliação dos sistemas objeto do Protocolo de Intenções assinado em data de 09 de setembro de 2013 (Processo Regulatório E-12/003/679/2013) não faz parte das obrigações assumidas pela concessionária, nos termos do Contrato de Concessão CN nº 04/96 e que, neste caso, não há interesse de repercussão na tarifa quanto aos investimentos ampliados, o Estado propôs fazer uso dos recursos previstos na Resolução FECAM¹ nº 311/2013, no valor de R\$14.864.500 (Jul/12), e os municípios de Armação dos Búzios, São Pedro da Aldeia, Iguaba Grande e Cabo Frio farão uso dos recursos angariados com o **ICMS Verde**, nos valores respectivos de R\$ 17.483.930 (Jul/12), R\$10.347.590 (Jul/12), R\$5.410.190 (Jul/12) e R\$8.720.020 (Jul/12), para repasse em forma de contrapartida a concessionária, em 07 (sete) parcelas anuais de igual valor, a serem estabelecidas pela AGENERSA – Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro, iniciando o repasse conforme definição da AGENERSA.

O **ICMS Verde** é uma forma de o Estado compensar os municípios com uma ampliação de repasse do ICMS, por investimentos em projetos ambientais e atendimento à restrição do uso do território. Os critérios de avaliação levam em conta ações em unidades de conservação, qualidade da água, captação e tratamento de esgoto, gestão de resíduos, coleta e a destinação do lixo. Desta forma, a decisão dos municípios de destinação do repasse da verba “ICMS Verde” para saneamento básico gerará mais repasses, representando uma ação de ciclo virtuoso. Os municípios deverão aprovar em suas casas legislativas os repasses comprometidos por meio do Protocolo de Intenções.

As obras subsidiadas integram o cronograma presente no Anexo II, quais sejam: (i) a ampliação das redes coletoras de esgotos no município de Armação dos Búzios; (ii) o projeto de pós-tratamento por wetland dos efluentes das estações de tratamento de esgotos de Jardim Esperança (município de Cabo Frio) e São José (município de Armação de Búzios); (iii) ampliação das redes coletoras de esgotos no município de São Pedro da Aldeia; (iv) ampliação das redes coletoras de esgotos no município de Iguaba Grande e (v) ampliação das redes coletoras de esgotos no município de Cabo Frio. O subsídio mencionado vem sendo apreciado por meio dos processos regulatórios N.º E-12/003/679/2013, E-12/003.308/2014 (Deliberação AGENERSA 2193/14), E-12/003.295/2014 (Deliberação AGENERSA nº 2192/14), Processo E-

¹ FECAM - Fundo Estadual de Conservação Ambiental e Desenvolvimento Urbano, cujo objetivo é atender as necessidades financeiras de projetos e programas ambientais e de desenvolvimento urbano em consonância com o disposto no § 3º, do artigo 263, da Constituição Estadual do Rio de Janeiro.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized, circular scribble.

12/003.294/2014 (Deliberação AGENERSA nº 2221/14), E-12/003.293/2014 (Deliberação AGENERSA 2129/14).

Deve-se ainda considerar os termos do Protocolo de Intenções assinado em 06 de fevereiro de 2013, para transposição dos efluentes das estações de tratamento de esgotos de Iguaba Grande e São Pedro da Aldeia e implantação de rede coletora de Esgotos em Geribá - Armação dos Búzios, com previsão de subsídio pelo Estado do Rio de Janeiro, tendo em vista que as referidas obras, igualmente, não integram as obrigações contratuais da concessionária.

O Protocolo mencionado foi convertido na Lei Estadual nº 6.460/2013, publicada no Diário Oficial do Estado em data de 03/05/2013 e monta o valor de R\$11.500.000 (Jun/13), a ser subsidiado pelo Estado do Rio de Janeiro, nos termos do Processo Regulatório nº E-12/003.291/2013 e Deliberação AGENERSA nº 1879/2013.

No Plano de Investimentos apresentado (Anexo II), estão sendo considerados os Protocolos de Intenções que impõem a antecipação de investimentos pela delegatária, com contrapartida de reequilíbrio contratual em 07 anos, mediante a aprovação de leis municipais e Estadual e respectivos repasses. Para a hipótese de qualquer eventualidade que impeça ou dificulte a contrapartida direta pelos municípios e pelo Estado, a concessionária requer a essa Agência Reguladora, desde já, a manutenção do equilíbrio contratual por meio de reformulação de contrapartida, adotando-se o repasse nas tarifas da concessão.

4. INVESTIMENTOS NECESSÁRIOS PARA EXPANSÃO DOS SERVIÇOS

Em Outubro de 2010, por meio da Deliberação AGENERSA nº 638/10, em sede da 2ª Revisão Quinquenal da Prolagos S/A foi aprovado por essa Agência Reguladora um Plano de Investimentos para o período 2010 a 2041 que monta R\$258.960.872 (Dez/08). Os investimentos já efetuados relativamente ao Plano vigente compõem o item 5, subitem 5.1.1 e Anexo III.

Conforme análise preliminar da Prolagos e visando o cumprimento das disposições contratuais de atendimento estabelecidas no instrumento vigente, estima-se que serão necessários investimentos para os sistemas de água e esgoto de mais R\$ 210.885.348 (Dez/08). Os investimentos propostos e respectivas rubricas estão consolidados no cronograma físico-financeiro, representando no Anexo II deste pleito.

A handwritten signature in blue ink is visible in the bottom right corner of the page. Below the signature is a faint circular stamp, likely an official seal or stamp, also in blue ink.

5. DESEQUILÍBRIOS CONSTATADOS NO QUINQUÊNIO 2009-2013

5.1. Fatores de Desequilíbrio

5.1.1. Antecipação de Investimentos e/ou acréscimo de obras:

De acordo com o Plano de Investimentos que integra o 3º Termo Aditivo ao contrato de concessão, de Janeiro de 2009 a Dezembro de 2013 deveriam ser investidos R\$112.516.102 (Dez/08). Entretanto, conforme balanços auditados por empresa de renome em auditoria independente e internacional e entregues a essa Agência Reguladora, foram investidos R\$185.966.983 (Dez/08).

O excedente de valores representou uma ampliação não prevista das obras contratadas, com mudança de escopo/acréscimo de obras ou antecipação de investimentos previstos para momento contratual posterior. Esta situação gerou uma diferença de **R\$73.450.881 (Dez/08)**².

É o que se extrai do fluxo de caixa (Anexo III) e processos regulatórios: E-12/020.588/2011, E-07/505.371/2009 E-12/020.044/2010, E-12/020.104/2010 E-12/020.248/2011, E-12/020.551/2011, E-12/020.048/2011, E-12/020.129/2011, E-12/020.151/2011, E-12/020.036/2011, E-12/020.220/2012, E-12/020.281/2012, E-12/020.282/2012, E-12/020.301/2012, E-12/020.469/2012, E-12/020.692/2012, E-12/020.067/2012, E-12/020.068/2012, E-12/020.069/2012, E-12/020.070/2012, E-12/020.071/2012, E-12/020.627/2012, E-12/020.599/2012, E-12/020.600/2012, E-12/020.601/2012, E-12/020.602/2012, E-12/020.603/2012, E-12/020.604/2012, E-12/020.626/2012, E-12/020.366/2012, E-12/020.368/2012, E-12/020.369/2012, E-12/020.373/2012, E-12/020.353/2012, E-12/020.620/2012, E-12/020.470/2012, E-12/020.472/2012, E-12/020.367/2012, E-12/020.470/2012, E-12/020.472/2012, E-12/020.367/2012, E-12/020.559/2012, E-12/020.560/2012, E-12/020.573/2012, E-12/020.569/2012, E-12/020.562/2012, E-12/020.561/2012, E-12/003.470/2013, E-12/003.415/2013, E-12/003.414/2013, E-12/003.725/2013, E-12/003.413/2013, E-12/003.726/2013, E-12/003.681/2013, E-12/003.638/2013, E-12/003.637/2013, E-12/003.636/2013, E-12/003.635/2013, E-12/003.634/2013, E-12/003.633/2013, E-12/003.682/2013, E-12/003.411/2013, E-12/003.410/2013, E-12/003.400/2013, E-12/003.399/2013, E-12/003.398/2013, E-12/003.409/2013, E-12/003.412/2013, E-12/003.408/2013, E-12/003.291/2013, E-12/003.359/2014, E-12/003.093/2014, E-12/003.094/2014, E-12/003.095/2014, E-12/003.096/2014, E-12/003.152/2014, E-12/003.153/2014.

As ampliações de obras e as antecipações foram pleiteadas pelos Poderes Concedentes, aprovadas pela Agência Reguladora por meio de decisões nos processos acima mencionados e contou com manifestação favorável do Consórcio Intermunicipal Lagos São João, na representação dos Prefeitos Municipais, conforme Ofício CILSJ. N.º175/2013 direcionado a essa AGENERSA, indicando ser a revisão quinquenal o momento oportuno para se estabelecer a contrapartida necessária ao reequilíbrio contratual, senão vejamos:

“Ref.: Resposta aos Ofícios AGENERSA/RB/nº 169 e 174/2013

Assunto: Proc. Regulatório nº E-12/003.409/2013 e Proc. Regulatório nº E-12/003.413/2013 – Investimento – Expansão de Água. Projeto de Implantação do Sistema de Abastecimento de Água – Sub Adução – Bairro Unamar – Setores IV e V – Tamoios 2º Distrito – Município de Cabo Frio RJ.

Prezado Conselheiro,

² Do valor citado R\$32.434.339 (Dez/08) referem-se ao processo E-12/020.248/2011 – Revisão de Tarifa - 2º Termo Aditivo – Obras Fase II, já reequilibrados e retirados no Fluxo (Anexo III), linha 2.6.a.



Em resposta aos Ofícios acima, esclarecemos que conforme consta, a CASAN aprovou os referidos projetos e a CAPET, analisando os investimentos previstos para o período, sugeriu a aprovação, mencionando a necessidade de repactuação dos valores.

Lembramos que os investimentos estão direcionados para o 2º Distrito de Cabo Frio, Tamoios, região de expressivo crescimento na área da concessão e onde os investimentos em água mais significativos só estão sendo feitos neste momento. É certo que o executivo de Cabo Frio sempre se referiu a melhorias em infraestrutura para a região de Tamoios e já instou a concessionária neste sentido, inclusive tendo direcionado correspondência à esta Agência Reguladora visando a ampliação do abastecimento em Tamoios, bastante precário, em face do rápido adensamento populacional.

Entendemos que os vários projetos direcionados a esta Agência estão pautados justamente nesta necessidade de atender àquela região e que, conforme já referido pelas Câmaras Técnicas, devem ser aprovados.

Sobre os valores de investimentos pela Prolagos, eventualmente excedentes, após acurada verificação da CAPET, o Consórcio recomenda que sejam os mesmos direcionados para análise de reequilíbrio, no bojo da próxima revisão quinquenal da concessionária. Nos parece ser este o momento oportuno para os Poderes Concedentes, em aditivo ao contrato, consolidarem os ajustes de remanejamento de rubricas.

Lembramos, ainda, que a concessionária conta com obrigações em implantação de sistema de esgotamento sanitário em Tamoios, área onde havia uma importante demanda de abastecimento, sendo pois razoável que os investimentos em esgoto, após feitos os calculos, sejam remanejados no tempo, em atendimento a um melhor alinhamento de investimentos na área da concessão da Prolagos. Atenciosamente, Mario Flavio Moreira, Secretário Executivo – CILSJ” - **Grifamos**

A análise do fluxo apresentado possibilitará inferir que tanto a receita quanto o opex se constituem em consequência dos investimentos realizados.

Embasada nas Leis números 8.987/95 e 11.445/07, bem como Cláusula 7ª do contrato de concessão CN 04/96 abaixo transcrita, requer a concessionária seja determinada a contrapartida ao desequilíbrio contratual operado em face das obras, conforme apresentado no Anexo III, pelo montante de **R\$41.016.542 (Dez/2008)**³.

Este também é o comando da Cláusula Sétima, Parágrafo Terceiro e Cláusula Decima Quarta, Parágrafo Primeiro, Letra “a”, do contrato de concessão, abaixo transcrita:

**CLAUSULA SÉTIMA - DO EQUILIBRIO ECONOMICO E FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO
PARÁGRAFO PRIMEIRO**

Constitui princípio fundamental que informa a concessão o equilíbrio econômico e financeiro inicial deste CONTRATO.

PARÁGRAFO SEGUNDO

³ O montante representa a dedução de R\$73 milhões da diferença realizada, considerada ainda a dedução de R\$ 32 milhões do processo regulatório E -12/020.248/2011 – Revisão de Tarifa - 2º Termo Aditivo – Obras Fase II, este ultimo já reequilibrado.

É pressuposto básico da equação econômica e financeira que preside as relações entre as partes, o permanente equilíbrio entre os encargos da CONCESSIONÁRIA e as receitas da concessão, expresso nos valores iniciais constantes da estrutura tarifária.

PARÁGRAFO TERCEIRO

Qualquer alteração nos encargos da CONCESSIONÁRIA bem como nas especificações indicadas nos Anexos IV e V do EDITAL, que basearam a proposta do LICITANTE vencedor, poderá importar na revisão do valor da TARIFA DE ÁGUA E ESGOTO, para mais ou para menos, conforme estabelecido neste CONTRATO.

CLAUSULA DÉCIMA QUARTA - DA REVISAO DA TARIFA DE CONCESSÃO

PARÁGRAFO PRIMEIRO

Em contrapartida aos riscos da concessão a CONCESSIONÁRIA terá direito a revisão do valor da tarifa da concessão nos seguintes casos:

a) sempre que houver modificação unilateral deste CONTRATO imposta pelo PODER CONCEDENTE, que importe em variação de custos ou de receitas, para mais ou para menos, conforme o caso, de acordo com o capítulo IV da Lei Federal 8987 de 13/02/95;

.....

5.1.2. Implantação do projeto de geração de energia por meio de geradores

Desde o início da concessão a companhia enfrenta dificuldades em sua prestação de serviços em face da qualidade dos serviços prestados pela fornecedora de energia elétrica.

É fato, a falta de energia ou picos e oscilações na rede de energia acarretam sérios problemas ao funcionamento do sistema de abastecimento de água e coleta e tratamento dos esgotos. Referimo-nos em especial à perda de pressão em um sistema implantado em região predominantemente plana e que tem na energia elétrica o seu principal insumo.

Decorrente da ação da Agência Reguladora iniciada em 2013, e em cumprimento a Deliberação AGENERSA nº 1893/2013 (Processo Regulatório nº E-12/003.114/2013) a concessionária apresentou projetos para a implantação dos sistemas de geração própria de energia e solução dos problemas de variação de tensão, em pontos considerados vitais para o serviço de água e esgoto, exibindo relação custo-benefício, bem como cronograma físico-financeiro e planilha orçamentária detalhada.

Por outro lado, a Concessionária recebeu, por cópia, o Ofício nº 217/2014 do Consórcio Intermunicipal Lagos São João, integrado pelos Prefeitos dos municípios da área da concessão, direcionado a essa Agência Reguladora por meio do qual determinou a Prolagos a imediata implantação do sistema de geradores.

Desta forma a delegatária providenciou o pronto atendimento às necessidades apresentadas pelos municípios onde opera e investiu na aquisição e implantação dos geradores necessários para garantir o funcionamento do sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário já para o próximo verão 2014/2015.



Os projetos entregues a essa AGENERSA foram analisados pela Câmara Técnica de Saneamento da AGENERSA. O investimento, orçado em **R\$6.338.646 (Dez/08)**, não integra o atual Plano de Investimentos aprovado para a concessão.

A Deliberação AGENERSA nº 2270, de 27/11/2014 estabeleceu em seu artigo 2º:

“Aprovar os investimentos para implantação dos sistemas de geração própria de energia e mitigação dos problemas de variação de tensão, em pontos considerados vitais para o serviço de água e esgoto, no valor de R\$6.087.198,27 (seis milhões, oitenta e sete mil cento e noventa e oito reais e vinte e sete centavos) - base Dezembro/2008, conforme projeto Concessionária Prolagos e de R\$ 692.820,45 (seiscentos e noventa e dois mil oitocentos e vinte reais e quarenta e cinco centavos) - base Agosto/96, conforme projeto apresentado pela Concessionária Águas de Juturnaíba, incorporando os valores em questão à 3ª Revisão Quinquenal de ambas”. Nós grifamos.

Além dos custos com aquisição dos geradores, a concessionária arcou com investimentos em bases de fundação, estruturas periféricas e equipamentos para o pleno funcionamento dos equipamentos, orçado em **R\$1.141.027 (Dez/08)**, já encaminhados a essa Agência Reguladora e para os quais requer a devida contrapartida.

A Prolagos faz jus, também, à contrapartida referida aos valores que serão despendidos com a operação dos geradores. Neste sentido, identificou o montante de **R\$1.338.023 (Out/14)** por ano, conforme se extrai do relatório (Anexo VII), onde se encontram detalhados os valores de forma qualitativa. Esta nova despesa deverá ser objeto de reequilíbrio ao Contrato de Concessão CN/04/96, uma vez que a operação de geradores não se constituía em uma obrigação integrante do referido contrato, representando consequência da imposição de implantação do projeto de geração de energia.

5.1.3. Operação do Sistema de Transposição de Efluentes Tratados de Iguaba e São Pedro da Aldeia

Conforme consta do Processo Regulatório nº E-12/003.291/2013, “*Protocolo de Intenções - Transposição dos efluentes das estações de tratamento de esgotos de Iguaba Grande e São Pedro da Aldeia e Implantação de Rede Separativa de Esgoto em Geribá*”⁴, o Governo do Estado do Rio de Janeiro encaminhou a essa Agência Reguladora por meio do Ofício SEA/SSE nº 42/13 o Protocolo de Intenções assinado pela representação do Estado, Municípios da área da concessão e concessionária, com obras de esgoto a implantar pelo montante de R\$10.914.217 (Dez/08), a ser subsidiado pelo Estado do Rio de Janeiro, tendo em vista que as referidas obras não integram as obrigações contratuais da concessionária, conforme contrato de concessão CN/04/96.

⁴ Ver item 3.1.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized, circular scribble.

Essas obras propiciarão a transposição dos efluentes tratados das Estações de Tratamento de Esgotos (ETEs) de Iguaba Grande e São Pedro da Aldeia, atualmente lançados na Lagoa de Araruama, conforme Licenciamento da Operação das ETEs, para serem destinados ao Rio Una e cujo objetivo é evitar o encaminhamento de água doce para a maior laguna hipersalina do mundo.

Por se tratar de subsídio, o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Rio de Janeiro encaminhou à Assembleia Legislativa o Projeto de Lei nº 2158/2013, convertido em Lei Estadual nº 6.460/2013, publicada no Diário Oficial do Estado em data de 03.05.2013.

Os projetos para implementação das obras, objeto do Protocolo de Intenções foram enviados pela Prolagos à AGENERSA, apreciados pela Câmara de Saneamento – CASAN e aprovados pelo Conselho Diretor, conforme Deliberação AGENERSA nº 1879/2013.

Consta do Protocolo de Intenções, em seu Parágrafo Segundo, Clausula Terceira *“As despesas suportadas para a operação dos sistemas serão objeto de reequilíbrio contratual a ser estabelecido pela AGENERSA no mês consecutivo a entrada em operação dos sistemas de transposição e coleta, objeto deste Termo Aditivo”*. Assim, entende a concessionária ser a presente Revisão Quinquenal o momento adequado para equacionamento das despesas com a operação dos sistemas, após a assinatura do Termo Aditivo ao Contrato de Concessão.

A empresa procedeu à simulação dos custos com a referida operação e identificou o montante de **R\$226.279 (Dez/08) ao ano**, a partir de 2015, conforme se extrai do relatório - Anexo VIII, despesa essa que deverá ser objeto de reequilíbrio ao Contrato de Concessão.

5.1.4. Aumento Tarifário do Insumo Energia Elétrica

A Prolagos se utiliza do insumo Energia Elétrica para a alimentação dos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Nesse sentido mantém com a Ampla, contratos anuais para a garantia do fornecimento de energia, sendo que no quinquênio 2009/2013 a empresa despendeu R\$29.179.176 (Dez/08), custos estes registrados no Fluxo (Anexo III), previstos no plano de Investimentos para o mesmo período.

A somatória dos reajustes de energia elétrica no quinquênio, em especial após a Resolução ANEEL

nº 1.703/14, apontam para um aumento considerável do preço do insumo para as tarifas do subgrupo A4, classe tarifária THS Verde, tarifa de energia fora de ponta, período seco. Neste subgrupo estão concentrados 90% da utilização de energia pela Prolagos S/A.

Para além desta questão, desde 16 de abril de 2013, por meio da Resolução Normativa ANEEL nº 547 com entrada em vigor postergada para janeiro de 2015, restou estabelecida na estrutura

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'S' and 'B' intertwined.

tarifária de energia elétrica o novo sistema de “Bandeiras Tarifárias” que sinalizam um acréscimo no custo da energia, em função das condições de geração da eletricidade. A atribuição do custo conforme bandeiras é realizada considerando os valores do Custo Marginal de Operação (CMO) e do Encargo de Serviço de Sistema por Segurança Energética (ESS-SE) de cada subsistema de bandeiras tarifárias.

A empresa procedeu à simulação dos custos com energia elétrica, em virtude das alterações normativas acima e identificou um aumento de **R\$2.265.785 (Dez/08)** ao ano, a partir de 2015, conforme se extrai do relatório - Anexo IX.

Conforme estabelece a Cláusula Sétima e seus parágrafos e, em especial, a Cláusula Décima Quarta, letra “f” do Contrato de Concessão CN 04/96, os aumentos consideráveis do insumo energia devem ser objeto de reequilíbrio ao Contrato de Concessão⁵. Requer a concessionária sejam estes custos considerados em seu fluxo de caixa com a devida contrapartida em face da ampliação de encargos.

5.1.5. Novas legislações: Lei que atribui característica de periculosidade à atividade exercida com utilização de motocicletas e Lei da Cultura

Em 18 de junho de 2014 foi introduzida mudança na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Lei nº 12.996/2014 que reconheceu como perigosas as atividades do trabalhador em motocicleta. Em 14 outubro de 2014, a Portaria 1.565/2014 do Ministério do Trabalho e Emprego regulamentou o adicional de periculosidade para os motociclistas. Conforme o Anexo V da Norma Regulamentadora nº 16, aprovada pela Portaria mencionada, o trabalho exercido com utilização de motocicleta gera direito a 30% do salário do empregado, a título de adicional de periculosidade.

Entretanto, logo após a regulamentação da lei, em 14/11/2014 o Tribunal Regional Federal suspendeu a sua aplicação, atendendo a recurso da Associação Brasileira das Indústrias de Refrigerantes e Bebidas não Alcolólicas por suposto descumprimento pelo Ministério do Trabalho e Emprego dos normativos especificados na Portaria. A aplicação da Lei está apenas suspensa, até julgamento da demanda, mas a lei não foi retirada do mundo jurídico.

⁵ Lei 8987/95

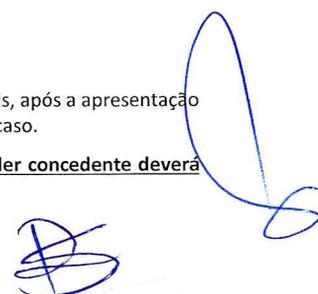
Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§

§

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

A large, stylized handwritten signature in blue ink is located in the bottom right corner of the page.

Por outro lado, foi sancionada em dezembro de 2012 a Lei nº 12.761/2012 que institui o Programa de Cultura do Trabalhador e criou o vale-cultura. Por meio da Lei restou concedido ao trabalhador contratado em regime de Consolidação das Leis do Trabalho e que recebe até cinco salários mínimos o direito de optar por receber o crédito de R\$ 50,00 (cinquenta reais) mensais, verba que poderá ter como destinação compra de ingressos para shows e espetáculos e, também, a aquisição de produtos como livros e DVDs. O projeto tem por objetivo promover a universalização do acesso a serviços culturais e estimular a visitação a estabelecimentos e serviços culturais e artísticos.

Em 26 de agosto de 2013 o governo federal publicou a regulamentação da Lei nº 12.761/2012 por meio do Decreto nº 8.084, esclarecendo sobre o funcionamento do Programa.

O custo do pagamento do Adicional de Periculosidade criado pela Lei nº 12.996/2014 para o período da concessão foi estimado em **R\$5.911.178 (Dez/08)**. Quanto ao Vale Cultura, que tem origem na Lei nº 12.761/2012, este gerará um impacto na folha de pagamento da concessionária até 2041 de **R\$5.441.098 (Dez/08)**. Estes cálculos estão demonstrados no Anexo IX, que considera a quantidade de média de funcionários que se enquadra nos novos benefícios criados pelo prazo de exploração da concessão.

O pleito de reequilíbrio em face dos custos agregados pelas novas obrigações estabelecidas pelas mencionadas leis à concessionária está amparado pela legislação aplicável às concessões e também pelo Contrato de Concessão CN/04/96, em sua Clausula Sétima, parágrafos 1º e 2º e Cláusula Quarta, parágrafo 1º, letras b e c.

Pleiteia, pois, a concessionária sejam os valores apresentados considerados, ainda que, quanto a Lei nº 12.996/2014, sob condição de sua entrada em vigor, em seu fluxo de caixa para fim de reequilíbrio contratual.

5.1.6. Cumprimento da Deliberação AGENERSA 1646/2013

Por meio da Deliberação AGENERSA 1.646/2013, após tramitação do Processo Regulatório nº. E-12/020.500/2011, essa Agência Reguladora apreciou a implantação do reajuste anual procedido pela Prolagos em Dezembro de 2011 e em face do conflito mencionado pela concessionária, presente no contrato de concessão relativo ao prazo necessário para os procedimentos e a divulgação pelos órgãos oficiais dos índices contratuais, identificou uma diferença de **R\$54.469,94 (Dez/11)** como perda da Concessionária.

O artigo 2º da Deliberação em comento recomendou ao Poder Concedente firmar Termo Aditivo, contemplando a alteração do período de leitura dos índices de reajustamento para capturar a variação ocorrida nos 12 (doze) meses anteriores ao mês de setembro de cada ano

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'S' or similar character.

avaliado, o que se espera, ocorra quando do Termo Aditivo ao Contrato de Concessão relacionado a esta Revisão Quinquenal visando compatibilização dos prazos para aplicação de reajustes contratuais. A reposição desta perda já reconhecida deve ser considerada, como fez a concessionária registrando-a no Anexo III.

5.1.7. Refaturamento de contas por decisões judiciais

Consta da Lei 8.987/95, a tarifa do serviço concedido é a do preço da proposta, preservada pelas atualizações e regras de revisão. Depreende-se do artigo 9º da mencionada lei:

“ 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.

§ 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

Segundo dispõe a Cláusula Sétima do Contrato de Concessão CN 04/96, o equilíbrio contratual é uma relação entre encargos e receitas da concessão.

Entretanto, os juízes da área da concessão, instados pelos usuários que entendem que suas faturas estão fora do padrão de consumo, vêm determinado o refaturamento de contas, com redução das mesmas, não obstante:

- a) A concessionária efetuar as medições por medidores certificados pelo INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia,
- b) A concessionária contar com bancada de aferição de medidores à disposição dos usuários, igualmente certificada pelo INMETRO,
- c) A região da concessão se tratar de área de veraneio com sazonalidade de ocupação e de consumo e, portanto, com variação significativa de valores de faturas durante o ano,
- d) A responsabilidade por corrigir vazamentos internos ser dos usuários, na forma do artigo 25 do Decreto 22.872/96⁶.
- e) A concessionária fiscalizar e orientar os usuários para a adequada manutenção de suas instalações internas.

⁶ “Art. 25 - Após a instalação do hidrômetro ou do limitador de consumo, de acordo com o artigo 38, todas as instalações serão feitas às expensas do proprietário, por instalador por ele escolhido entre os registrados junto a CONCESSIONÁRIA ou PERMISSONÁRIA.

§ Único – A conservação das instalações prediais ficará a cargo exclusivo do usuário, podendo a CONCESSIONÁRIA ou PERMISSONÁRIA fiscalizá-la quando julgar necessário.”

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized, circular scribble.

Esses refaturamentos ocorrem por força de decisões judiciais (Anexo XI) em sede de juizados, os quais não comportam perícias, mesmo alegando a empresa quanto à imprescindibilidade da perícia para comprovação da correta leitura pelos hidrômetros, da água entregue ao usuário.

Cláusulas essenciais dos Contratos firmados com a administração pública são, inclusive, as relativas ao preço e condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços (art. 55 da Lei 8.666/93).

Por esta razão, é de se reconhecer que eventos novos e interferências imprevistas, não imputadas ao concessionário, verificadas ao tempo da execução do contrato e com impacto nas receitas, podem determinar a revisão para ajustá-lo a esta situação superveniente.

O equilíbrio econômico e financeiro do contrato é a maior garantia do contratado e não pode ser afastado nem mesmo por lei – conforme fundamento previsto na Constituição Federal, art. 37, XXI e art. 5º, XXXVI.

Entre 2012 e 2013, os juízes determinaram refaturamentos por meio de processos judiciais em contas/faturas cujos valores originais eram de R\$1.089.076 (Dez/08), reduzindo-as para o total de R\$155.149 (Dez/08), o que acarretou uma perda de receita total de R\$933.927 (Dez/08), conforme comprova o Relatório que integra o Anexo XII.

Faz-se, pois, imperioso, pelo princípio que rege as relações entre Poder Concedente e concessionária que seja restabelecido o equilíbrio contratual com a integração destas perdas de faturamento pelo total de **R\$933.927 (Dez/08)** na tarifa da concessão.

5.1.8. Perda de água por furto e irregularidades

Prevê a lei 11.445/07 que:

“Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços:

I - de abastecimento de água e esgotamento sanitário: preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos conjuntamente;

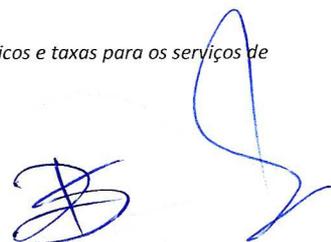
II - de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos: taxas ou tarifas e outros preços públicos, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades;

III - de manejo de águas pluviais urbanas: na forma de tributos, inclusive taxas, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades.

§ 1º Observado o disposto nos incisos I a III do caput deste artigo, a instituição das tarifas, preços públicos e taxas para os serviços de saneamento básico observará as seguintes diretrizes:

I - prioridade para atendimento das funções essenciais relacionadas à saúde pública;

II - ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços;

Two handwritten signatures in blue ink, one on the left and one on the right, appearing to be official approvals.

III - geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos do serviço;

IV - inibição do consumo supérfluo e do desperdício de recursos;

V - recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência;

VI - remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços;

VII - estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços;

VIII - incentivo à eficiência dos prestadores dos serviços. “

A delegatária, na condição de responsável pela captação, tratamento, adução, reservação e distribuição de água potável para a área da concessão superou suas metas contratuais⁷ e de uma produção de água inicial de 450 l/s produz atualmente 1500 l/s.

Quando do início da concessão a Prolagos detectou uma perda de água da ordem de 68%, relacionada a perdas técnicas e às práticas ilícitas de retirada de água do sistema através de macacas (desvio de água das canalizações e adutora para venda através de carros pipa) e furto de água por cidadãos individualmente considerados, cujo procedimento é chamado popularmente de “gato”.

Nesse âmbito, somente em 2013 foram gastos R\$985.883 (Dez/08) em produtos químicos no tratamento e aproximadamente R\$4.729.704 (Dez/08) em energia para a produção e distribuição de água. Adicionalmente, a empresa contou com a incumbência de combater perdas de água potável produzida, visando garantir a continuidade, regularidade, redução de custos e universalidade da prestação dos serviços e assim vem procedendo.

Mais facilmente que com energia elétrica, as irregularidades feitas em tubulações de água de pequeno porte (redes) nenhum ou baixíssimo risco traz à integridade física dos fraudadores e desta forma ao serem retiradas, essas retornam rapidamente, caso não haja um programa sistemático de combate às irregularidades.

Investimentos em ações operacionais e comerciais de recuperação dos sistemas e atuação sistemática no combate ao furto de água vêm sendo realizados. A empresa aciona também a polícia e o judiciário, implementa obras civis para substituição das infraestruturas que ficam comprometidas pelo grande número de ligações clandestinas, desenvolve projetos específicos (“Prolagos do Seu Lado”), com treinamentos para atuação de agentes, dentre outras⁸. Os custos anuais de fiscalização que abrangem o combate às perdas por irregularidades são da ordem de R\$5.080.000 milhões.⁹

⁷ Vide Notas Técnicas AGENERSA / CASAN nº 093/2013 e 125/2014.

⁸ Vide Relatório de Fraudes: Processo Regulatório E/12.003.252/2013.

⁹ Vide processo regulatório nº E-12/003.250/2013.

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized, cursive script.

A delegatária cumpre com sua meta contratual de 32% de perdas nos sistemas implantados, situação atestada pela Agência Reguladora, através da Deliberação AGENERSA nº 1919/14 (Processo Regulatório E-12/003.250/2013).

Entre 2012 e 2013, das 58.349 inspeções realizadas foram detectadas 4.408 irregularidades, tais como ligações clandestinas, violação de corte, by pass, dentre outros. Essas inspeções são fundamentais, pois evitam prejuízos a toda a população, já que o furto de água se não combatido contribui, sobremaneira, para desorganizar a programação de distribuição de água da concessionária.

De 2009 a 2013 foram perdidos no sistema por irregularidades cerca de 3.431.445m³ de água potável, acarretando uma considerável perda de receita (Anexo XIII).

Visando manter o equilíbrio econômico e financeiro do contrato e para que sejam mantidos os procedimentos e dispêndios para combate as perdas por retirada ilegal de água do sistema, pretende a concessionária que também a perda de receita, em face das irregularidades, seja compensada, a despeito do que já ocorre no setor de energia elétrica, relativamente ao furto de energia. Os custos com produtos químicos e energia elétrica já integram a estrutura tarifária.

O relatório que compõe o Anexo III registra o impacto dessas perdas frente ao faturamento da concessão e aponta um desequilíbrio da ordem de **R\$ 18.923.672 (Dez/08)** a ser compensado a delegatária. A concessionária entende que somente a manutenção de combate sistemático pode determinar, com o tempo, a redução ainda mais significativa dos percentuais de perdas no sistema, bem como propiciar que a empresa atenda ao mesmo contingente de usuários com menor produção de água ou, amplie o atendimento aos usuários com a mesma quantidade de água atualmente produzida, o que representará atuação em regime de eficiência.

5.1.9. Perda de faturamento por não interligação às redes de água

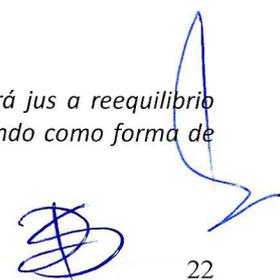
Em 2009 os Poderes Concedentes municipais requereram à concessionária uma ampliação de investimentos visando iniciar o processo de universalização dos serviços em seus municípios, o que culminou no Protocolo de Intenções assinado em 20.02.2009, cujo objeto foi o seguinte:

1. OBJETO

- 1.1. *O presente protocolo tem por objeto a ampliação do escopo do contrato para:*
- 1.2. *contratação de obras de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto que vsam ampliação para 98% de atendimento em água e 90% de coleta e tratamento de esgoto, ambos para a população residente na área urbana dos municípios da concessão, conforme cronograma físico e financeiro anexo.*

2. CONTRAPARTIDA

- 2.1. *Em contrapartida as obras a serem executadas a CONCESSIONÁRIA fará jus a reequilíbrio econômico financeiro do contrato, a ser aferido pela Agencia Reguladora, considerando como forma de*



reequilíbrio contratual, prioritariamente, aumento de prazo de concessão, na proporção dos investimentos referidos as obras a implantar, mantida a Taxa Interna de Retorno do capital.

Instruído o processo de revisão quinquenal nº E-12/020.051/2009, por meio do qual foi analisado o referido procoloto, foram consolidados investimentos de R\$258.960.872 (Dez/08) para atender aos pleitos dos Poderes Concedentes, conforme registrado no 3º Termo Aditivo ao Contrato:

“III) Considerando, outrossim, o que foi decidido pela AGENERSA através da Deliberação AGENERSA nº 638/2010, publicada no DOE em 10 de novembro de 2010, oriunda do processo administrativo E-12/020.051/2009, concernente ao pleito de 2ª Revisão Quinquenal do Contrato de Concessão, assinado em 25 de abril de 1998, entre as PARTES, doravante denominado CONTRATO, visando ao reequilíbrio da equação econômico-financeira constante da avença;”

.....

“CLÁUSULA SEGUNDA – NOVO PLANO DE INVESTIMENTOS DA CONCESSÃO

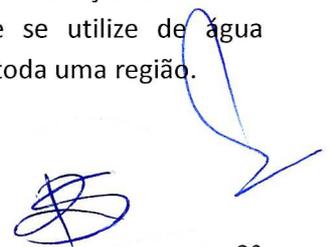
O ESTADO, os PODERES CONCEDENTES e a CONCESSIONÁRIA acordam que o novo montante global de investimentos a ser alocado no desenvolvimento dos projetos da concessão a partir de 10 de novembro de 2010, data da publicação da Deliberação AGENERSA nº 638/2010, será de R\$ 258.960.872,00 (duzentos e cinquenta e oito milhões, novecentos e sessenta mil e oitocentos e setenta e dois reais (Data-base 2008)”.

Na sequência, a concessionária deu início às medidas necessárias visando a implantação dos projetos de redes de abastecimento para expansão dos serviços, dentre outros, tendo sido aprovados por essa agência reguladora, até a presente data, 61 obras as quais somam 973 km de redes de água.

A universalização do acesso aos serviços de abastecimento de água é um imperativo legal, com o fim de proporcionar condições de salubridade adequadas à saúde e ao bem-estar dos cidadãos, proteção ao meio ambiente quanto aos resíduos líquidos (esgotamentos sanitários), produzidos pelas populações em seu dia-a-dia e, conseqüentemente, proteção à vida das pessoas.

É sabido, por se tratar de bem essencial, a inexistência de abastecimento de água promovido por concessionárias autorizadas impele o cidadão a fazer uso de soluções alternativas, raramente em conformidade com as normas do Ministério da Saúde e legislação de proteção aos recursos hídricos, em vigor.

Também é notório que para ser efetivo, o saneamento básico tem de alcançar o máximo possível de domicílios e pessoas, já que uma única residência que se utilize de água contaminada pode, por exemplo, disseminar uma epidemia de cólera por toda uma região.



Por outro lado, frisamos, a sustentabilidade econômica das concessões e a eficiência na prestação de serviços perseguidas estão ancoradas, via de regra, no retorno do capital por meio do pagamento das tarifas de serviços.

E foi justamente nesta esteira que o marco do saneamento (Lei 11.445/2007) previu, em seu artigo 45, a obrigatoriedade de conexão às redes de abastecimento e redes separadoras de esgotamento sanitário, senão vejamos:

Art. 45. Ressalvadas as disposições em contrário das normas do titular, da entidade de regulação e de meio ambiente, **toda edificação permanente urbana será conectada às redes públicas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário disponíveis e sujeita ao pagamento das tarifas e de outros preços públicos decorrentes da conexão e do uso desses serviços.**

§ 1º Na ausência de redes públicas de saneamento básico, serão admitidas soluções individuais de abastecimento de água e de afastamento e destinação final dos esgotos sanitários, observadas as normas editadas pela entidade reguladora e pelos órgãos responsáveis pelas políticas ambiental, sanitária e de recursos hídricos.

§ 2º A instalação hidráulica predial ligada à rede pública de abastecimento de água não poderá ser também alimentada por outras fontes.

O Decreto Federal nº 7.217, de 21 de junho de 2010, que regulamentou a lei acima ratificou que **toda edificação permanente urbana será conectada à rede pública de água disponível** e somente na ausência destas redes serão admitidas soluções individuais, ainda assim, conforme normas de regulação e dos órgãos de políticas ambientais, sanitária e de recursos hídricos. Segundo o mesmo Decreto, o usuário deve conectar-se à rede pública, sob pena de se submeter às sanções cabíveis.

No Estado do Rio de Janeiro, desde 1996, o Decreto Estadual 22.872/96, que regulamenta a prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, já previa em seu artigo 7º que *“Os prédios situados em logradouros dotados de abastecimento de água ou de esgoto sanitário, deverão ter suas ligações ligadas nos respectivos sistemas.”*

É de se referir, ainda, que em 2006 foi expedido o Decreto Estadual nº 40.156, de 17 de junho de 2006, que **proíbe o uso de água de poço para fins de consumo e higiene humana**. Isto porque a água necessita de rígido controle de qualidade pelas doenças que pode veicular, o que é garantido pela concessionária, sob fiscalização do Estado e municípios, por meio de suas secretarias de saúde.

Para cidadãos de baixa renda há subsídios visando incentivar o uso da água distribuída pela concessionária, tal como a tarifa social aprovada por essa Agência Reguladora em 2012 (Deliberação AGENERSA nº 1155/13). Certo é que não pode haver entraves para que as

A handwritten signature in blue ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke.

interligações aos sistemas se efetivem, sendo imperioso que as mesmas se deem assim que implantadas as redes.

Desta forma, considerando o interesse público de proteção e promoção da saúde pública e na sequência da implantação dos sistemas de ampliação de redes já aprovados foi requerido a essa Agência Reguladora o estabelecimento de procedimentos, conforme critério de sua Câmara Técnica de Saneamento para interligação dos imóveis localizados em logradouros dotados de redes de abastecimento, com o fim de evidenciar o cumprimento pela delegatária das medidas para efetivação da universalização dos serviços e a garantia do equilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão, processo regulatório E-12/003.100/2013.

Instado pela AGENERSA, o Consórcio Intermunicipal Lagos São João, integrado por todos os Prefeitos da área da concessão, manifestou-se através do Ofício CILSJ. N.º 174/2013, direcionado a essa Agência Reguladora, em outubro de 2013, nos seguintes termos:

“..... expressamos que a universalização dos serviços é uma condição que não pode esbarrar na negativa dos usuários de interligação aos sistemas, após a implantação dos mesmos, conforme preconiza o marco do saneamento em seu artigo 45 ao determinar a obrigatoriedade de conexão as redes de esgotamento sanitário e abastecimento de água.

Infelizmente esta situação de não aceitar a ligação ainda ocorre na área da concessão da Prolagos S/A e Águas de Juturnaíba.

Com a aprovação dos constantes investimentos em redes de esgoto e água, conforme a última revisão quinquenal que culminou na Deliberação AGENERSA 683/2010 (Prolagos) e na Deliberação AGENERSA 585/2010 (CAJ), é fundamental que além de implantação das redes de esgoto e água, o consumidores estejam ligados as redes, por uma questão de saúde pública, inicialmente, depois de proteção ao meio ambiente e, por fim, de manutenção das condições econômico-financeiras das concessões, relativamente aos investimentos realizados.

*.....
Relativamente a possibilidade de utilização de água de poço no Estado do Rio de Janeiro, se faz necessário pontuar, contrariamente ao parecer da Procuradoria dessa Agência, que o Decreto Estadual nº 40.156 (de 17 de junho de 2006), proíbe o uso de água de poço para fins de consumo e higiene humana, conforme o artigo 11 inciso IV do referido Decreto. Isto não impede o uso de água de poço que esteja devidamente autorizado pelos órgãos ambientais competentes, em áreas sem abastecimento de água ou em locais onde há abastecimento de água, mas impõe que todos tenham uma ligação de água potável oferecida pelas concessionárias para consumo e higiene humano.*

A água de poço, ao contar com a outorga do órgão, onde houver abastecimento por concessionárias, deve ser utilizada somente para fins menos nobres como limpeza de imóveis, rega de jardins, enchimento de piscinas, lavagem de veículos, etc., sob pena de perda da outorga, senão vejamos:

“Art. 11 - A eficácia das outorgas para abastecimento residencial e comercial em áreas que contem com serviço de abastecimento público, ficará condicionada ao atendimento das seguintes exigências:

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and lines.A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, stylized loop followed by a long horizontal stroke.

I - instalação de dispositivos e equipamentos de medição de vazão em todos os poços e nas captações superficiais, sendo franqueado, aos técnicos da SERLA e ao responsável pelos serviços de abastecimento público, o acesso para vistoria e leitura dos mesmos;

II - monitoramento mensal e envio semestral à SERLA das medições relativas às vazões de captação hidrometradas;

III - realização de separação do sistema alternativo de abastecimento com o sistema de abastecimento através de rede pública;

IV - proibição de utilização da água provida pelo sistema alternativo para consumo e higiene humana;

V - proibição de utilização de água provida pelo sistema alternativo para comercialização;

VI - pagamento, ao responsável pelo serviço público de esgotamento sanitário, do valor correspondente ao lançamento de efluentes na rede, calculado com base nos volumes de captação hidrometrados referidos no inciso I deste artigo e nas tarifas de esgoto atribuídas pelo responsável pelo serviço."

Parágrafo único - Os usuários outorgados terão o prazo expresso nos §§ 1º e 2º do art. 10 deste Decreto para atendimento aos incisos III e IV deste artigo."

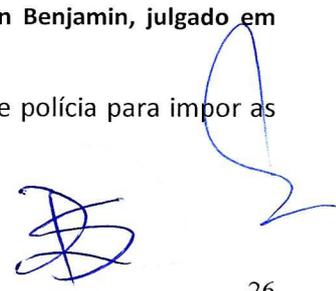
Resta, pois, evidente que a legislação em vigor Federal e Estadual impõe que todos os imóveis sejam ligados às redes públicas de água e esgoto." (os grifos são nossos)

As restrições impostas pelo Decreto acima mencionado estão em consonância com o posicionamento de nossos Tribunais:

DIREITO ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. REGULAMENTAÇÃO DO ACESSO A FONTES DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA.

É possível que decreto e portaria estaduais disponham sobre a obrigatoriedade de conexão do usuário à rede pública de água, bem como sobre a vedação ao abastecimento por poço artesiano, ressalvada a hipótese de inexistência de rede pública de saneamento básico. Os estados membros da Federação possuem domínio de águas subterrâneas (art. 26, I, da CF), competência para legislar sobre a defesa dos recursos naturais e a proteção do meio ambiente (art. 24, VI, da CF) e poder de polícia para precaver e prevenir danos ao meio ambiente (art. 23, VI e XI, da CF). Assim, a intervenção desses entes sobre o tema não só é permitida como também imperativa. Vale acrescentar que o inciso II do art. 12 da Lei 9.433/1997 condiciona a extração de água do subterrâneo à respectiva outorga, o que se justifica pela notória escassez do bem, considerado como recurso limitado, de domínio público e de expressivo valor econômico. **Nesse contexto, apesar de o art. 45 da Lei 11.445/2007 admitir soluções individuais de abastecimento de água, a interpretação sistemática do dispositivo não afasta o poder normativo e de polícia dos estados no que diz respeito ao acesso às fontes de abastecimento de água e à determinação de conexão obrigatória à rede pública. REsp 1.306.093-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 28/5/2013.** (Grifamos)

Entretanto, de se registrar que a concessionária não conta com poder de polícia para impor as ligações.



Implantadas as redes de abastecimento aprovadas com a 2ª Revisão Quinquenal, a delegatária contabilizou pelo menos 6.000 (seis mil) usuários que não aceitaram a ligação de água oferecida pela delegatária e se mantêm fora do sistema, sob a reiterada argumentação de que são proprietários veranistas e não pretendem pagar durante todo o ano a tarifa mínima pelos serviços disponibilizados.

A perda de faturamento por não interligação aos sistemas de água, considerando a quantidade de economias não interligadas, o volume faturado/economia ano e a TMA, alcança R\$ 295.379 (Dez/08), os quais devem integrar reequilíbrio ao contrato de concessão por frustração de receita, não obstante o cumprimento pela concessionária das obrigações estabelecidas para fazer jus à contrapartida tarifária, conforme relatório presente no Anexo XIV.

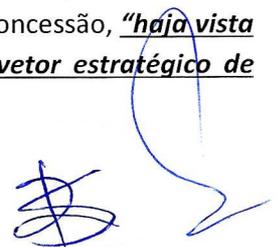
6. ESTRUTURA TARIFÁRIA DA CONCESSÃO: SERVIÇOS DE ESGOTO

Em 2004 essa Agência Reguladora, instada pelo Consórcio Intermunicipal Lagos São João e conforme Termo de Ajuste de Conduta nº 063/2004, celebrado em 19/10/2004 entre os Poderes Concedentes, a concessionária e o Ministério Público da Tutela Coletiva do Estado do Rio de Janeiro, deliberou (Deliberação ASEP 546/04) por reequilíbrio ao contrato de concessão CN 04/96 visando ressarcir a delegatária por investimentos no sistema de esgotamento sanitário *“em tempo seco”*, anteriormente aprovado por meio da Deliberação ASEP-RJ 203/02, o qual prevê a utilização das redes de drenagens municipais da área da concessão para a coleta dos esgotos.

O TAC foi firmado especificamente para ***“tratar da cobrança dos clientes, em função da implantação das obras de esgotamento sanitário, conforme Deliberação ASEP-RJ 203/02, referente à Prolagos, e o 2º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da Águas Juturnaíba, e da operação do sistema de coleta e tratamento de esgotos nas respectivas áreas de concessão das Compromitentes”***.

Consta da mencionada Deliberação, a concessionária passou a contar com o reequilíbrio contratual de tarifa de forma escalonada, em 11 anos, até atingir o percentual de 0,8291%, em face dos sistemas implantados e a implantar e sua operação. A partir de então restou vedada a cobrança de tarifa de esgotos.

Dúvida não há de que o tratamento dos esgotos, na forma das implantações efetivadas beneficiou e continua a beneficiar toda a população existente na área de concessão, ***“há vista que repercute na despolição da Lagoa de Araruama e representam vetor estratégico de***

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'S' followed by a flourish.

desenvolvimento sustentado da região, já que determina melhoria das condições ambientais da população regional e flutuante e na minimização dos passivos ambientais¹⁰.

Importante recordar que a população da Região dos Lagos, tendo constatado a crescente poluição da Lagoa de Araruama, que vinha ocorrendo em período antecedente à celebração do Contrato de Concessão, se mobilizou para que essa degradação fosse de alguma forma mitigada, possibilitando o desenvolvimento das atividades turísticas e econômicas da região.

Entretanto, com o avanço dos sistemas para o modelo separador absoluto¹¹, se apresenta esta revisão de contrato como o momento oportuno para direcionar ajustes visando outros modelos de contrapartida para a prestação dos serviços de esgotamento sanitário na concessão. Com efeito, o art. 9º do Decreto nº 7.217/2010, que regulamentou a Lei nº 11.445/2007 estabelece, claramente, as atividades que devem ser consideradas como serviço público de esgotamento sanitário:

“Art. 9º Consideram-se serviços públicos de esgotamento sanitário os serviços constituídos por uma ou mais das seguintes atividades:

I - coleta, inclusive ligação predial, dos esgotos sanitários;

II - transporte dos esgotos sanitários;

III - tratamento dos esgotos sanitários; e

IV - disposição final dos esgotos sanitários e dos lodos originários da operação de unidades de tratamento coletivas ou individuais, inclusive fossas sépticas.”

Esta posição da concessionária encontra eco em pacífica jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. TARIFA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ).

É legal a cobrança de tarifa de esgoto na hipótese em que a concessionária realize apenas uma – e não todas – das quatro etapas em que se desdobra o serviço de esgotamento sanitário (a coleta, o transporte, o tratamento e a disposição final de dejetos). De fato, o art. 3º, I, “b”, da Lei 11.445/2007, ao especificar as atividades contempladas no conceito de serviço público de esgotamento sanitário, referiu-se à coleta, ao transporte, ao tratamento e à disposição final de dejetos. Deve-se ressaltar, contudo, que a legislação em vigor não estabelece que o serviço público de esgotamento sanitário somente existirá quando todas as etapas forem efetivadas, tampouco proíbe a cobrança da tarifa pela prestação de uma só ou de algumas dessas atividades. Além do mais, o art. 9º do Decreto 7.217/2010, que regulamenta a referida legislação, confirma a ideia de que o serviço de esgotamento sanitário é formado por um complexo de atividades, explicitando que qualquer uma delas é suficiente para, autonomamente, permitir a cobrança da respectiva tarifa: “Consideram-se serviços públicos de esgotamento sanitário os serviços constituídos por uma ou mais das seguintes atividades: I - coleta, inclusive ligação predial, dos esgotos

¹⁰ Ver fundamentação do TAC 063/04.

¹¹ Ver Protocolo de Intenções firmado em 09/09/13- Processo Regulatório E- E-12/003/679/2013.



sanitários; II - transporte dos esgotos sanitários; III - tratamento dos esgotos sanitários; e IV - disposição final dos esgotos sanitários e dos lodos originários da operação de unidades de tratamento coletivas ou individuais, inclusive fossas sépticas". Além disso, a efetivação de alguma das etapas em que se desdobra o serviço de esgotamento sanitário representa dispêndio que deve ser devidamente ressarcido, pois, na prática, entender de forma diferente inviabilizaria a prestação do serviço pela concessionária, prejudicando toda a população que se beneficia com a coleta e escoamento dos dejetos, já que a finalidade da cobrança da tarifa é manter o equilíbrio financeiro do contrato, possibilitando a prestação contínua do serviço público. Precedentes citados: REsp 1.330.195-RJ, Segunda Turma, DJe 4/2/2013; e REsp 1.313.680-RJ, Primeira Turma, DJe 29/6/2012. REsp 1.339.313-RJ, Rel. **Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/6/2013.**"

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO REGIMENTAL. PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL. ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COLETA, TRANSPORTE E DISPOSIÇÃO FINAL DO ESGOTO. AUSÊNCIA DE REDE DE TRATAMENTO DOS DEJETOS. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA. PRECEDENTE.

1. A teor do disposto no art. 3º, inciso I, alínea b, da Lei 11.445/07, a cobrança pelos serviços de esgotamento sanitário abrange não só o tratamento de efluentes, como também a coleta, o transporte, e a disposição final adequada dos dejetos, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente.

2. Ao regulamentar o dispositivo acima transcrito, o Decreto n. 7.127/2010, em seu art. 9º, dispõe que os serviços públicos de esgotamento sanitário os serviços constituídos por uma ou mais das seguintes atividades: 'I - coleta, inclusive ligação predial, dos esgotos sanitários; II - transporte dos esgotos sanitários; III - tratamento dos esgotos sanitários; e IV - disposição final dos esgotos sanitários e dos lodos originários da operação de unidades de tratamento coletivas ou individuais, inclusive fossas sépticas.'

3. Consoante disciplina o decreto regulamentador em referência, considera-se prestado o serviço público de esgotamento sanitário pela simples realização de uma ou mais de uma atividades arroladas no art. 9º. Desse modo, ainda que detectada a deficiência na prestação do serviço pela ausência de tratamento dos resíduos, não há como negar tenha sido disponibilizada à recorrida a rede pública de esgotamento sanitário, pois houve a efetiva prestação dos serviços de conexão, canalização, recolhimento e escoamento dos efluentes sanitários.

4. Afigura-se, portanto, legítima a cobrança pelo serviço de esgotamento sanitário, haja vista que a recorrida utiliza os serviços de captação e transporte dos efluentes sanitários colocados à sua disposição, ainda que não se dê tratamento adequado aos dejetos. Precedente. (...)

2. Agravo regimental interposto por Serviços Autônomo de Água e Esgoto de Três rios - SAAETRI não conhecido."

(STJ, EDcl no AREsp nº 208.959/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 11.12.2012)

"RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PRESTAÇÃO DE ALGUMAS ETAPAS. COLETA E ESCOAMENTO DE DEJETOS. INEXISTÊNCIA DE TRATAMENTO. TARIFA. LEGALIDADE DA COBRANÇA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS.

1. A discussão travada no recurso é essencialmente jurídica e, portanto, independe do revolvimento de fatos e provas. São fatos incontroversos que a recorrente, ao prestar o serviço de esgotamento sanitário no Município de Três Rios, realiza a coleta e o transporte de dejetos, mas não o tratamento final dos efluentes. A controvérsia resume-se, portanto, em definir se é devida, ou não, a tarifa de esgotamento sanitário quando a concessionária realiza apenas a coleta e o transporte dos dejetos, sem promover o seu tratamento final.

2. O art. 3º, I, "b", da Lei n.º 11.445/2007 deixa claro que o serviço de esgotamento sanitário é constituído por diversas atividades, dentre as quais a coleta, o transporte e o tratamento final, qualquer delas de suma importância para a coletividade e aptas, cada uma isoladamente, a viabilizar a cobrança da tarifa em questão.
3. O benefício individualmente considerado para o usuário do serviço de esgotamento sanitário está na coleta e escoamento dos dejetos. O tratamento final de efluentes é uma etapa complementar, de destacada natureza sócio-ambiental, travada entre a concessionária e o Poder Público. Assim, não pode o usuário do serviço, sob a alegação de que não há tratamento, evadir-se do pagamento da tarifa, sob pena de permitir-se o colapso de todo o sistema. A ausência de tratamento pode, se muito, ensejar punições e multas de natureza ambiental, se não forem cumpridas as exigências da concessão e observados os termos de expansão pactuados com o Poder Público.
4. O artigo 9º do Decreto n.º 7.217/2010, que regulamenta a Lei n.º 11.445/07, confirma a ideia de que o serviço de esgotamento sanitário encerra um complexo de atividades, qualquer delas suficiente e autônoma a permitir a cobrança da respectiva tarifa. A norma regulamentar é expressa ao afirmar que constitui serviço de esgotamento sanitário 'uma ou mais das seguintes atividades' (...) 'coleta', (...) 'transporte' e (...) 'tratamento dos esgotos sanitários'.
5. Se o serviço público de esgotamento sanitário está sendo prestado, ainda que não contemple todas as suas fases, é devida a cobrança da tarifa. Precedente da Primeira Turma.
6. Recurso especial provido, com inversão dos ônus sucumbenciais."
(STJ, REsp nº 1.330.195/RJ, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, j. 06.12.2012)

"SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PRESTAÇÃO PARCIAL. INEXISTÊNCIA DE TRATAMENTO DE ESGOTO. TARIFA. LEGALIDADE DA COBRANÇA.

I - Cinge-se a controvérsia na legalidade da cobrança pela prestação de esgotamento sanitário, na hipótese da prestação parcial do serviço.

II - Compulsando os autos, verifica-se que restou delineado pelas instâncias ordinárias que a rede de esgoto foi efetivamente instalada, realizando a Recorrente a coleta e o transporte dos dejetos, não prestando, todavia, o tratamento do esgoto.

III - Com a instalação da rede de esgoto e a efetiva realização de umas das atividades elencadas no art. 9º do Decreto nº 7.217/10, quais sejam, a coleta, o transporte, o tratamento dos dejetos ou a disposição final dos esgotos e dos lodos originários da operação de tratamento, é forçoso reconhecer que há a efetiva prestação do serviço de esgotamento sanitário, apta a ensejar a cobrança ora em discussão.

IV - A interpretação equivocada da Lei 11.445/2007, sem a conjugação do decreto 7.217/2010, importaria em graves e desnecessários prejuízos para o poder público e para a população em geral, haja vista que a coleta e escoamento dos esgotos representa serviço de suma importância e a ausência de verba destacada para este fim importaria em tolher a ampliação e manutenção da rede.

V - Recurso especial provido."

(STJ, REsp nº 1.313.680/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, j. 05.06.2012)

Entende a concessionária pela necessidade de estudos e simulações considerando os critérios que devem orientar a fixação das tarifas, tais como "geração dos recursos necessários para realização dos investimentos", "recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço" e "remuneração adequada do capital investido", bem como a quantidade de rede coletora de esgoto existente e a implantar pelo potencial número de usuários e, ainda, usuários atualmente

residentes em locais servidos por redes de drenagens devidamente coletada a jusante. Este estudo apontará um ponto de equilíbrio para manter financeiramente o sistema implantado, considerando os ajustes paulatinos com implantação de redes coletoras de esgoto.

Propõe a delegatária que o Conselho Diretor da AGENERSA por meio desta revisão determine a realização dos mencionados estudos, com o fim de embasar, de forma segura, uma tomada de decisão quanto à alteração da contrapartida pelos serviços de esgotamento sanitário prestados, a partir da ampliação das redes coletoras de esgoto para o Contrato de Concessão CN 04/96.

7. TARIFA DE ÁGUA DE REÚSO

Em 26 de setembro de 2013 essa Agência Reguladora, através da Deliberação AGENERSA nº 1765/2013 (Processo Regulatório E-12/020.569/2012), aprovou a implantação da primeira Estação de Tratamento de Água de Reuso (ETAR) do Estado do Rio de Janeiro da Estação de Tratamento de Esgotos (ETE) de Armação de Búzios/RJ.

A ETAR é uma experiência inovadora, com tratamento que utiliza osmose reversa (membranas filtrantes) e foi planejada com o objetivo de alternativa para a sustentabilidade do sistema de esgotamento sanitário, reutilizando os efluentes tratados.

Na área urbana os usos potenciais são: irrigação de campos de golfe e quadras esportivas, faixas verdes decorativas ao longo de ruas e estradas, parques e cemitérios, descarga em toaletes, lavagem de veículos, reserva de incêndio, recreação, construção civil (compactação do solo, controle de poeira, lavagem de agregados, produção de concreto), limpeza de tubulações, sistemas decorativos tais como espelhos d'água, chafarizes, fontes luminosas, etc.

A ETAR está sendo concebida para grau de tratamento terciário por membranas que proporcionarão um produto final com alto grau de pureza.

A capacidade inicial de produção desta ETAR modular é de 2,16 milhões de litros/mês e a ampliação deve ocorrer, sob aprovação dessa AGENERSA, à medida que o mercado estiver sendo receptivo ao produto. O uso racional da água sinaliza uma saída para combate à escassez do produto.

Nesta oportunidade a empresa pretende o estabelecimento da tarifa para a venda de água de reuso e apresenta no Anexo XV os valores que espera sejam aprovados para comercialização do produto.



8. ATIVIDADES CORRELATAS

A concessionária vem sendo instada para prestação de alguns serviços que não envolvem custos e receitas decorrentes diretamente da prestação de serviços de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgotos. Trata-se de realização de análises laboratoriais para terceiros interessados, tais como instituições públicas e empresas privadas, bem como de utilização do verso da fatura para divulgação de serviços que não os da concessão, dentre outros.

Nesta oportunidade, requer a concessionária seja-lhe autorizada a realização dessas e de outras atividades correlatas, com custos e receitas expurgados em 50%, quanto à consideração na determinação das tarifas dos serviços. A realização de tais atividades vai ao encontro das previsões do marco regulatório no sentido de promover o incremento da eficiência na alocação dos recursos, contribuindo assim para a modicidade tarifária com novas receitas de equilíbrio da concessão e, ao mesmo tempo, incentivo ao delegatário pela eficiência e busca de soluções que beneficiem os usuários.

9. FLUXO DE CAIXA

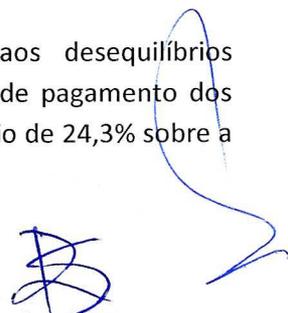
Como forma de comprovar que os impactos descritos nos pleitos acima interferem no plano de negócios da concessionária, afetando diretamente o fluxo de caixa da empresa, apresentamos no Anexo III, a planilha “Fluxo de Caixa do Plano de Negócios”.

Como se pode constatar da análise dessa planilha, os custos incorridos pela delegatária para cumprir com os eventos extraordinários surgidos após a II Revisão de Contrato de Concessão geraram um desequilíbrio na equação econômico-financeira, fato que impõe a necessidade de restabelecimento das condições financeiras inicialmente pactuadas.

10. CONCLUSÃO E PEDIDO

Frente ao exposto, considerando o patente desequilíbrio econômico-financeiro do contrato imposto à Prolagos e o direito da delegatária ao reequilíbrio contratual, pretende a concessionária com o presente pleito, o restabelecimento da Taxa Interna de Retorno do projeto, inicialmente pactuada entre as partes.

Visando o restabelecimento do equilíbrio contratual relativamente aos desequilíbrios constatados no item 5 e subitens, e após realizar estudos da capacidade de pagamento dos usuários da região (Anexo XVI), a concessionária propõe um aumento tarifário de 24,3% sobre a estrutura vigente a partir de Janeiro/15.



Além do pleito acima, requer a determinação por essa Agência Reguladora de realização de estudos visando ajustes futuros na estrutura tarifária de modo a estabelecer nova contrapartida para os serviços de esgoto.

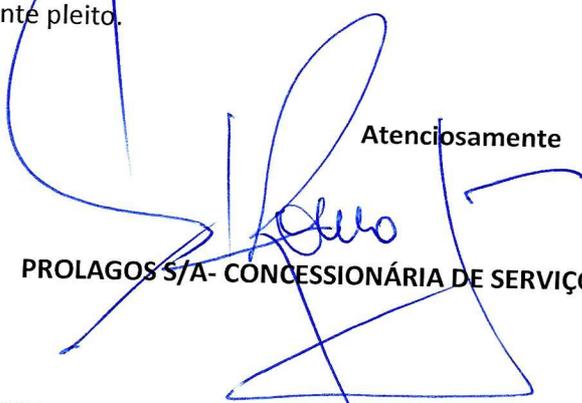
Requer, ainda:

A reinserção do esgotamento sanitário de Arraial do Cabo no escopo do contrato de concessão CN 04/96, com a inclusão no Plano dos Investimentos previstos para o município quanto a esta ampliação de escopo;

Requer, mais:

- i) A determinação da tarifa de esgotos do município de Arraial do Cabo, conforme Plano de Negócios apresentado;
- ii) A autorização para o exercício das atividades correlatas, com custos e receitas considerados em 50% no fluxo da concessão;
- iii) O estabelecimento de uma tarifa de água de reuso para a concessão;
- iv) A celebração de Termo Aditivo ao contrato de concessão, contemplando os termos do presente pleito.

Atenciosamente

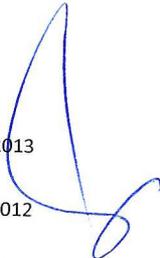

PROLAGOS S/A- CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE AGUA E ESGOTO

Em tempo:

Requer, sejam apensados ao presente os seguintes processos regulatórios

1. E-12/003/679/2013.
2. E-12/020.588/2011, E-07/505.371/2009 E-12/020.044/2010, E-12/020.104/2010 E-12/020.248/2011, E-12/020.551/2011, E-12/020.048/2011, E-12/020.129/2011, E-12/020.151/2011, E-12/020.036/2011, E-12/020.220/2012, E-12/020.281/2012, E-12/020.282/2012, E-12/020.301/2012, E-12/020.469/2012, E-12/020.692/2012, E-12/020.067/2012, E-12/020.068/2012, E-12/020.069/2012, E-12/020.070/2012, E-12/020.071/2012, E-12/020.627/2012, E-12/020.599/2012, E-12/020.600/2012, E-12/020.601/2012, E-12/020.602/2012, E-12/020.603/2012, E-12/020.604/2012, E-12/020.626/2012, E-12/020.366/2012, E-12/020.368/2012, E-12/020.367/2012, E-12/020.367/2012, E-12/020.353/2012, E-12/020.620/2012, E-12/020.470/2012, E-12/020.472/2012, E-12/020.470/2012, E-12/020.472/2012, E-12/020.367/2012, E-12/020.559/2012, E-12/020.560/2012, E-12/020.573/2012, E-12/020.569/2012, E-12/020.562/2012, E-12/020.561/2012, E-12/003.470/2013, E-12/003.415/2013, E-12/003.414/2013, E-12/003.725/2013, E-12/003.413/2013, E-12/003.726/2013, E-12/003.681/2013, E-12/003.638/2013, E-12/003.637/2013, E-12/003.636/2013, E-12/003.635/2013, E-12/003.634/2013, E-12/003.633/2013, E-12/003.682/2013, E-12/003.411/2013, E-12/003.410/2013, E-12/003.400/2013, E-12/003.399/2013, E-12/003.398/2013, E-12/003.409/2013, E-12/003.412/2013, E-12/003.408/2013, E-12/003.291/2013, E-12/003.359/2014, E-12/003.093/2014, E-12/003.094/2014, E-12/003.095/2014, E-12/003.096/2014, E-12/003.152/2014, E-12/003.153/2014, E-12/003.358/2014, E-12/003.357/2014

3. E-12/003.100/2013
4. E-12/020.569/2012
5. E-12/003.322/2014
6. E-12/003.308/2014
7. E-12/003.295/2014
8. E-12/003.294/2014
9. E-12/003.293/2014



ANEXOS

- ANEXO I Deliberação AGENERSA Nº 1566/13
- ANEXO II Cronograma físico-financeiro: Plano de Investimentos
- ANEXO III Fluxo de Caixa
- ANEXO IV Ofício GAPRE nº 240/14, de Arraial do Cabo
- ANEXO V Parecer do Prof. Dr. Marçal Justen Filho
- ANEXO VI Plano de Negócios do Sistema de Esgotamento Sanitário de Arraial do Cabo
- ANEXO VII Custos de operação do projeto de geração de energia por meio de geradores
- ANEXO VIII Custos de operação da Transposição dos Efluentes das ETEs Iguaba e São Pedro da Aldeia
- ANEXO IX Custos com energia elétrica em virtude de alterações normativas
- ANEXO X Relatório de Impacto financeiro: Novas Legislações
- ANEXO XI Decisões Judiciais de refaturamento
- ANEXO XII Perdas de faturamento por refaturamento judicial
- ANEXO XIII Perdas de faturamento em face de irregularidades
- ANEXO XIV Perdas de faturamento por não interligação ao sistema de água
- ANEXO XV Proposta de tarifa para venda de água de reuso
- ANEXO XVI Pesquisa de capacidade de pagamento dos usuários

