



Processo nº : E-12/003/107/2016
Data de autuação: 04/02/2016
Concessionária: Prolagos
Assunto: Índice de Controle de Perdas – Ano 2015
Sessão Regulatória: 27 de setembro de 2018

RELATÓRIO

Trata-se de recurso¹ interposto contra a Deliberação AGENERSA nº 3034/2016², que considerou:
1) que a Concessionária Prolagos não atendeu ao disposto no art. 2º da Deliberação AGENERSA nº 2917/2016³; 2) quanto ao Índice de Controle de Perdas referente ao ano de 2015, não atingiu a meta

¹ Fls. 281/312.

² **DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 3034 DE 13 DE DEZEMBRO DE 2016**

CONCESSIONÁRIA PROLAGOS ÍNDICE DE CONTROLE DE PERDAS - ANO 2015.

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 E-12/003/107/2016, por unanimidade, **DELIBERA**:

Art. 1º - Considerar que a Concessionária não atendeu ao disposto no Art. 2º da Deliberação AGENERSA nº 2917/2016, bem como, não atingiu a meta de 30% referente ao Índice de Controle de Perdas para o ano de 2015 previsto na Cláusula Décima Segunda, alínea "b" do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão;

Art. 2º - Aplicar à Concessionária Prolagos, a Penalidade de Multa no valor de 0,04% (quatro centésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Quinquagésima Primeira, §2º, Inciso II, do Contrato de Concessão e Art. 24, Inciso I, alínea "g" da IN 007/2009, por descumprir a Cláusula Décima Segunda, alínea "b" do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão e a Cláusula Décima Nona, §1º, alínea "g" do Contrato de Concessão, por não atingir as Metas de Perdas no ano de 2015 conforme determinado no Art. 2º da Deliberação AGENERSA nº 2917/2016;

Art. 3º - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com as Câmaras Técnicas CASAN e CAPET, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 007/2009;

Art. 4º - Determinar que a Prolagos apresente, anualmente, o Índice de Perdas, utilizando a fórmula contratual, bem como os conceitos trazidos no corpo deste voto, devendo comprovar todos os volumes informados, sobretudo, o volume recuperado;

Art. 5º - Determinar que a CASAN, estabeleça o índice de desempenho tratado no Art. 4º e o acompanhe de acordo com o Contrato de Concessão, nos termos do presente voto, de acordo com o Art. 28, Inciso III do Regimento Interno da AGENERSA;

Art. 6º - Determinar que a Prolagos implante, imediatamente, Programa de Controle para efetiva redução das Perdas;

Art. 7º - Determinar que a CASAN recalcule os Índices de Perdas dos últimos 5 anos utilizando a fórmula contratual expressa no Anexo V do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, nos termos do presente voto, no prazo de 60 dias;

Art. 8º - Esta Deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

Rio de Janeiro, 13 de dezembro de 2016. **JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA**, Conselheiro-Presidente; **LUIGI EDUARDO TROISI**, Conselheiro; **MOACYR ALMEIDA FONSECA**, Conselheiro; **ROOSEVELT BRASIL FONSECA**, Conselheiro-Relator; **SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA**, Conselheiro; **ADRIANA MIGUEL SAAD**, Vogal.

³ **DELIBERAÇÃO AGENERSA N.º 2917, DE 28 DE JUNHO DE 2016.**

CONCESSIONÁRIA PROLAGOS - PERDAS FÍSICAS.

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 E-12/003/107/2016, por maioria, **DELIBERA**:

Art. 1º - Determinar que a SECEX retifique o assunto objeto do presente processo, alterando-o de 'Perdas Físicas' para 'Índice de Controle de Perdas - Ano 2015'.

Art. 2º - Baixar o processo em diligência para que a Concessionária, em 15 (quinze) dias, calcule o índice de perdas, utilizando a fórmula contratual $IPD (\%) = [(VD - VU) / VD] \times 100$.

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.



contratual de 30%, prevista na Cláusula Décima Segunda, alínea "b" do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão; 3) aplicou penalidade de multa de 0,04% (quatro centésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, e 4) dá outras providências.

Preliminarmente a Concessionária Prolagos aborda a tempestividade da peça recursal, requer efeito suspensivo para a Deliberação combatida e faz um resumo dos fatos, como segue.

Informa que, através da carta nº 0076/2016, utilizando-se da fórmula $PF = A - (B + C) - D - E$, apresentou o percentual de perdas de 28,94% para o ano de 2015, o qual foi considerado correto pela CASAN. Acrescenta que, *"no curso do processo, foram solicitados à CASAN esclarecimentos acerca da fórmula utilizada para demonstração do índice de perdas, tendo a Câmara de Saneamento esclarecido que a expressão utilizada foi extraída de preposição estabelecida pela IWA (International Water Association)"* e alega ser essa a expressão utilizada no Edital Para Licitação Por Concorrência Nacional CN nº 04/96 – SOSP-ERJ.

Acrescenta que *"inobstante as manifestações da CASAN, acima transcritas, bem como o entendimento que vinha sendo aplicado pela Agência ao longo de alguns anos, o Exmo. Relator, no que foi acompanhado pelo Conselho Diretor desta AGENERSA, entendeu que a fórmula aplicada até então pela Concessionária e pela Câmara de Saneamento da própria Agência não era compatível com estabelecido pelo 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, que prevê como Metodologia de Cálculo de Perda a expressão $IPD(\%) = [(VD-VU)/VD] \times 100$ ", e que o CODIR determinou que o processo fosse baixado em diligência para que fosse efetuado o cálculo do índice de perdas de acordo com a fórmula contratual, "o que foi atendido pela Concessionária, às fls. 106/108, apontando-se o índice de 28,94, exatamente o mesmo índice indicado no plano apresentado às fls. 08/10, o que atenderia à meta estabelecida no 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão"*.

Aponta que em Razões Finais a Prolagos informa ter dado cumprimento ao art. 2º da Deliberação AGENERSA nº 2917/2016. Entretanto, argúi que *"o Ilmo. Conselheiro Relator entendeu por 'considerar que a Concessionária não atendeu ao disposto no art. 2º da Deliberação AGENERSA nº 2917/2016, bem*

Rio de Janeiro, 28 de junho de 2016. JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA, Conselheiro – Presidente; LUIGI EDUARDO TROISI, Conselheiro; MOACYR ALMEIDA FONSECA, Conselheiro; ROOSEVELT BRASIL FONSECA, Conselheiro – Relator; SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA, Conselheiro.



como, não atingiu a meta de 30%, referente ao Índice de Controle de Perdas para o ano de 2015, previsto na Cláusula Décima Segunda, alínea 'b' do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão', no que foi acompanhado pelo Conselho Diretor", pelo que foi aplicada à Concessionária a penalidade de multa de 0,04% (quatro centésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração.

Entende, ainda, a Concessionária Prolagos que "a decisão desta Agência encontra-se equivocada, merecendo reforma". Nesse sentido, reclama que a Deliberação combatida viola a proibição de comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*) e ofende aos princípios da Segurança Jurídica, Proteção da Confiança Legítima e Boa-fé Objetiva.

Aponta que "princípio intrínseco à atividade administrativa é o denominado princípio da proibição de comportamento contraditório ou *nemo potest venire contra factum proprium*, que proíbe que a Administração adote comportamento contraditório em relação a casos análogos anteriores, de forma a impedir que esse comportamento incoerente fira a legítima confiança do administrado. Tal princípio encontra fundamento no princípio da segurança jurídica, no princípio da boa-fé objetiva e no princípio da solidariedade (art. 30, 1 da CRFB), este último entendido como um dever de consideração da posição alheia no universo das relações jurídicas".

Argumenta que "no caso concreto, o que se verifica é que a AGENERSA vinha aceitando, até então, os cálculos apresentados pela Concessionária, que, inclusive, **SEMPRE FORAM CHANCELADOS** pela Câmara de Saneamento da Agência e pelo próprio Conselho Diretor. Ocorre que, no curso do presente processo, o Conselho Diretor desta Agência entendeu por adotar a fórmula constante do Contrato de Concessão e atribuir às variáveis desta fórmula um conceito próprio, sem oportunizar maiores discussões, seja pela Concessionária, seja pela própria Câmara de Saneamento da Agência (órgão com a devida expertise técnica), adotando comportamento completamente contraditório ao até então adotado e, pior, penalizando a Concessionária que, de boa-fé, vinha seguindo a orientação já pacificada pela CASAN e aceita pelo CODIR" e acrescenta: "se determinado comportamento vem sendo adotado pela Administração, não se pode adotar comportamento diverso sem que haja circunstância material relevante e sem que haja previsibilidade por parte do cidadão, que possui uma legítima expectativa na adoção daquele primeiro comportamento". Por essas razões, entende que foi ferido o Princípio da Boa-fé Objetiva.



Reclama ainda que houve violação aos princípios do Contraditório, Ampla Defesa e Não Surpresa. Entende que “*não bastasse a alteração de seu entendimento, de forma imprevisível, a Agência Reguladora sequer permitiu que a Concessionária apresentasse esclarecimentos ou qualquer outra manifestação no âmbito do processo administrativo antes da decisão administrativa ora recorrida, impossibilitando-a de exercer seu direito ao contraditório e à ampla defesa*”.

Salienta que “*o princípio da não surpresa está intrinsecamente ligado ao princípio do contraditório e determina que o julgador não pode surpreender as partes com uma decisão sobre um tema que não havia sido discutido. Ou seja, caso verificada alguma questão nova ou não abordada no curso do processo, deve o julgador instar as partes a se manifestarem antes de proferir qual decisão*”.

Passa a apresentar suas considerações a respeito da fórmula empregada para o cálculo de perdas, afirmando que “*ao longo da história, cada operador de recursos hídricos, segundo seus critérios e diretrizes, adotou conceitos particulares para aferição de perdas*” e que “*a partir dos anos 90, tais conceitos passaram a ser estudados e revisados pela Task Force da IWA — International Water Association, resultando daí importante conceituação, trazida pelos fundamentos do BALANÇO HÍDRICO, considerada relevante metodologia de diagnóstico de perdas e de seus componentes, além de marco conceitual que muito auxiliou na métrica das perdas*”. Apresenta a conceituação de perdas segundo a IWA e informa que “*conceitos postos, cabe esclarecer que a Concessionária vinha utilizando a fórmula $PF=A-(B+C)-D-E$, por solicitação da própria AGENERSA, por meio da CASAN, conforme esta esclarece às fls. 21 deste processo*”.

Aponta que “*às fls. 38, a CASAN ainda esclarece que a expressão $IPD(\%) = [(VD-VU)/VD] \times 100$ é um indicador de PERDAS TOTAIS do sistema, ou seja, a soma de PERDAS REAIS (FÍSICAS) + PERDAS APARENTES. Ambas as equações, tanto a até então empregada, quanto a prevista no Contrato de Concessão, em verdade, derivam dos conceitos emanados do Balanço Hídrico, não obstante cada qual seguir uma metodologia de cálculo. Vale salientar que as duas equações medem perdas totais, ambas com intensas dificuldades na apuração dos CONSUMOS AUTORIZADOS NÃO FATURADOS. Medissem a NRW, a dificuldade de apuração da eficiência operacional seria radicalmente diminuída*”.

Aduz que “contratualmente, equações foram estabelecidas para medir os índices de PERDAS mas, lamentavelmente, até o presente momento, não há dicionário/glossário conceituando as variáveis que compõem as citadas equações, exigindo que inferências sejam praticadas”.

Sustenta que “depara-se nessa situação com uma verdadeira fragilidade das equações adotadas, por demandarem dados de baixa confiabilidade, pois não são obtidos a partir de medidores de volumes. À exceção do Volume Micromedido, as demais componentes geradoras de Volume Utilizado são obtidas como atributos e não como variáveis, comprometendo a confiabilidade das informações, dificultando as tomadas de decisões preconizadas pela Estratégia de Controle de Perdas formulada, a ser executada”.

Assinala que “a d. Procuradoria, às fls. 124, também entendeu que deve ser elaborado (sic) os critérios para a aferição de perdas, **abrangendo todas as Concessionárias sob regulação da AGENERSA**”.

Assegura que “ao longo de todo o processo a Concessionária mostrou não só sua boa-fé, mas também sua boa vontade na apuração e definição da melhor metodologia a ser empregada para o cálculo das perdas” e reclama que “apesar disso, somente quando da leitura do voto na sessão realizada em 13 de dezembro de 2016, houve o questionamento dos volumes considerados pela Concessionária na fórmula, não tendo sido dada qualquer oportunidade para que esta trouxesse aos autos qualquer esclarecimento, além e, pior, chegou-se a sugerir que a Concessionária estaria agindo deliberadamente de má-fé e utilizando-se de ‘pedaladas’ nos cálculos das perdas”.

Destaca ainda que, “ao assumir a concessão por meio da Licitação por Concorrência Nacional CN nº 04/96 - SOSP-ERJ, as perdas reais que foram constatadas pela Concessionária eram bem maiores do que aquelas constantes do Edital, que falava em cerca de 60% (sessenta por cento), contra os 70% (setenta por cento) verificados no momento da transferência do sistema da CEDAE para a Prolagos” e evidencia que “ao assumir a Concessão, a Prolagos, que tinha como meta a redução do índice de perdas para 30% (trinta por cento) em até 48 (quarenta e oito) meses, encontrou um desafio muito maior do que aquele inicialmente previsto, no que se refere às perdas, sendo certo que, conforme abaixo se exporá, conseguiu, com louvor, implementar um eficaz Programa de Controle de Perdas”.



Aborda as variáveis constantes da equação de perdas e reclama ausência de conceituação. Afirma que “apesar das recentes definições trazidas pelo SNIS - Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento, não existe, até o momento, dicionário de dados que esclareça cada variável e como apurá-las” e que por isso “não se pode afirmar com certeza que os cálculos apresentados pela Concessionária estão errados e que os apresentados pelo Conselheiro relator estão corretos”.

Destaca que “não se pode olvidar que, em última instância, o que se pretende proteger são os Interesses do CONSUMIDOR, usuário dos serviços prestados pela Concessionária”.

Sustenta que “a divergência de conceituação das variáveis da equação pela Agência e Concessionária fica evidenciada especialmente no que diz respeito ao denominado Volume Utilizado, que se compõe de três elementos: Volume Micromedido (hidrometrado) - e quanto a este elemento não se apresentam grandes dúvidas ou divergências —, Volume Estimado (não hidrometrado) e Volume Recuperado. O cerne da divergência dos cálculos da Concessionária e dos cálculos da Agência está justamente nestes dois últimos elementos”.

Aponta que “no que se refere ao Volume Estimado (Não hidrometrado), o Ilmo. Conselheiro relator considerou em seu voto que este corresponderia a ‘exceções conhecidas como pena d’água, por exemplo, quando o usuário não em hidrômetro e a Concessionária se utiliza de um valor estimado na fatura’, concluindo que ‘aqui está a primeira divergência, ao que me parece a Prolagos não tem ligações ativas com pena d’água, a Concessão é 100% hidrometrada. Portanto, esse volume é zero desde quando foram substituídos as penas d’água por hidrômetro.’ Quanto a esse ponto, vale reiterar o que se afirmou: apura-se a perda com meras estimativas do CONSUMO AUTORIZADO NÃO FATURADO (equivalente ao Volume Estimado e Volume Recuperado), gerando-se infundáveis questionamentos quanto a sua definição, por falta de conceituação de elementos como: ligações ativas; volumes estimados para as ligações desprovidas de hidrômetro ou com hidrômetro parado; volumes de água para atividades especiais, enquadrando-se nesta categoria, os consumos dos prédios próprios do operador, os volumes transportados por caminhão pipa, os consumidos pelo corpo de bombeiros; volume exportado; volumes consumidos fora da área de concessão, no trajeto da linha adutora; etc.”



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

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003/107/2016
Data 04/02/2016 Fls. 660
Rubrica:  Carol Bastos Reis
Conselheiro
A. S. A.
ID Funcional: 2034136-8

Mantém que “agravando a apuração dos mencionados consumos autorizados não faturados, encontra-se a questão referente aos consumos relativos aos usos sociais (áreas de risco), que também não possui conceituação definida, que “assim, se deixa de ter um considerável volume micromedido, que consequentemente reduziria o índice de perdas da Concessionária” e que “a Deliberação ora recorrida, portanto, partiu de premissa fática equivocada para fixação do Índice de Perdas do ano de 2015, ou seja, considerou que o Volume Estimado como sendo o decorrente apenas das chamadas ‘penas d’água’ e, assim, igual a zero. Todavia, o Volume Estimado não abrange apenas as chamadas ‘penas d’água’, mas diversos outros elementos e, assim, esta jamais poderia corresponder a zero”.

Ao abordar o item Volume Recuperado, apresenta a definição do SNIS: “Volume de água Recuperado = volume de água recuperado em decorrência de ligações clandestinas e fraudes, com incidência retroativa dentro do ano de referência. Informação estimada em função das características das ligações eliminadas, baseada nos dados de controle comercial (ganho recuperado e registrado com a aplicação de multas)” e informa que “nesse contexto, a Concessionária, em conjunto com a CASAN, elaborou uma metodologia para apuração desse Volume, que reitera-se, sempre foi aceito por esta Agência. Nesse ponto, vale reiterar que, não obstante todos os esforços intentados pela Concessionária, é impossível adentrar em todos os imóveis constantes dos Municípios da área de concessão, notoriamente em virtude da violência que acomete determinadas regiões, conforme já acima tratado, o que acaba por impossibilitar a efetiva apuração das fraudes praticadas. Nesse cenário, mais uma vez, mostra-se fundamental seja definida uma metodologia para apuração do Volume Recuperado”.

Apresenta as ações tomadas pela Concessionária e discorre sobre o Programa de Combate a Fraudes. Ressalta que “a Concessionária, somente nos últimos três anos investiu mais de R\$ 29 milhões no Combate a Perdas”.

Conclui requerendo “inicialmente, seja atribuído efeito suspensivo ao presente Recurso e, no mérito, seja-lhe dado provimento para reformar as determinações contidas na Deliberação AGENERSA nº 3034/2016, de forma a serem acolhidos os cálculos apresentados pela Concessionária, considerando-se atingida a meta de 30% (trinta por cento) referente ao Índice de Controle de Perdas para o ano de 2015 previsto na Cláusula Décima Segunda, alínea “b” do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, excluindo-se, por consequência, a multa aplicada no artigo 2º da Deliberação, bem como seja excluída a



determinação constante do art. 6º da Deliberação, considerando que a Concessionária já desenvolve Programa de Perdas, encaminhado trimestralmente a esta Agência”⁴.

Consta às fls. 313 a 322 material anexo à peça recursal, discorrendo sobre os investimentos efetuados pela Concessionária Prolagos visando à redução de perdas.

Em cumprimento ao art. 7º da Deliberação AGENERSA nº 3034/2016, a CASAN juntou aos autos a Nota Técnica nº 008/2017, apresentando os cálculos dos Índices de Perdas da Prolagos para os últimos 05 (cinco) anos, utilizando a fórmula contratual expressa no anexo V do 3º Termo Aditivo, tendo sido encontrado para o ano de 2015, em exame nos presentes autos, o valor de 40,19%. Ressalta a Câmara Técnica que nesse ano “foram perdidos 4.068.355 m² de água, por furto, resultante de fraudes, que corresponde a 11,24% do volume disponibilizado”.

Foi juntada a complementação⁵ da peça recursal apresentada pela Concessionária Prolagos. Trata-se de estudo assinado pelo Prof. Mário Augusto Bággio, especialista em perdas. Entende a Prolagos que “considerando os cálculos apontados no mencionado estudo, há que se concluir que os valores aplicados pelo Ilmo. Relator na fórmula para apuração do Índice de Perdas foram equivocados, alcançando-se, por consequência, um Índice superior ao que seria o correto” e, portanto, reitera os termos do recurso.

O estudo versa sobre os seguintes temas:

- Conceitos sobre o controle de perdas
- Padrão mundial definido IWA: conceitos e indicadores
- Matriz do Balanço Hídrico (Metodologia Top x Down)
- Medição
- Rateio
- Limites
- Indicadores

⁴ Todos os grifos conforme o original.

⁵ Fls. 340/404.



- Consumos não medidos e não faturados
- Crescimento natural das perdas
- Situação atual dos indicadores
- Situação proposta
- Definições da variável VD
- Definições da variável VU
- Considerando o Balanço Hídrico na apuração de VD e VU

Em decorrência do estudo apresentado, através dos Ofícios CODIR/LT nº 052/2017⁶, 107/2017⁷, 134/2017⁸ e 142/2017⁹ foram solicitados esclarecimentos, os quais foram realizados através da Cartas PR/1435/2017¹⁰, PR/1817/2017¹¹, PR/2178/2017¹², PR/2365/2017¹³ e PR/106/2018¹⁴.

Em seu Parecer, a Procuradoria¹⁵ da AGENERSA, após relato dos fatos, sustenta:

“I – DO EDITAL DE LICITAÇÃO E DISPOSIÇÕES CONSTANTES NO INSTRUMENTO CONCESSIVO: REDUÇÃO PERDAS D'ÁGUA

Diante da presença de alguns fatos nocivos à economia e ao desenvolvimento sustentável das áreas urbanas dos Municípios de Arraial do Cabo, Cabo Frio e São Pedro da Aldeia, apurou-se que a concessão de serviços e obras de implantação, ampliação, manutenção e operação dos sistemas de abastecimento de água, de coleta e tratamento de esgoto à iniciativa privada constituiria em uma importante alternativa viável para a implantação das melhorias apuradas, as quais remontam o período 1997.

⁶ Fls. 407/408.

⁷ Fls. 461.

⁸ Fls. 475.

⁹ Fls. 489.

¹⁰ Fls. 427/438.

¹¹ Fls. 470/473.

¹² Fls. 485//486.

¹³ Fls. 505/550.

¹⁴ Fls. 553/554.

¹⁵ Fls. 562/583.



Estudos do período indicam como benefícios os possíveis ganhos significativos para a economia do Estado, dos Municípios da Região dos Lagos com a expansão do turismo, para as populações residente e flutuante, para o meio ambiente com a redução da poluição, gerando, inclusive, benefícios adicionais com a geração de novos empregos diretos e indiretos. É nesse sentido, embora resumidamente, que seguiu a Licitação por Concorrência Nacional CN Nº 04/96 – SOSP – ERJ.

Segundo os termos do edital, a Concessionária deverá estar apta, no prazo máximo de 6 (seis) meses, após a emissão da Ordem de Início, a efetuar a cobrança das tarifas junto aos usuários, devendo para tanto estarem concluídas as seguintes etapas: i) elaboração dos projetos referidos no item 17.1.1; ii) atualização do cadastro dos usuários; iii) desenvolvimento e implantação do sistema comercial para leitura, emissão e cobrança das contas de água e esgoto para os usuários; iv) elaboração do manual de procedimentos; v) instalação de 3.000 hidrômetros; vi) instalação de macromedidor na bifurcação da adutora principal, Ø = 700 mm - Cabo Frio – Araruama, com intuito de medir a água a ser colocada à disposição da Concessionária pela CEDAE ou sua sucessora, durante o período de transição, bem como possibilitar a aferição das perdas durante todo o período da concessão.

Estas etapas se correlacionam diretamente com uma das preocupações centrais, qual seja, as deficiências na regularidade no fornecimento de água potável, atraindo, inclusive, a fixação de preceitos especiais para a redução de perdas d'água.

Ato contínuo, com relação à redução de perdas, o edital permitiu expressamente a indicação pelos licitantes do procedimento reservado ao programa de redução de perdas e, com ele, o programa ou tecnologia que se pretende implantar para detectar as perdas e mantê-las nos níveis exigidos. Nesta ocasião, foi estipulada uma fórmula prévia no intuito de apurar o real volume de perdas ocorridas durante o semestre, vinculando os licitantes nos 12 (doze) primeiros meses do contrato: $\text{Perdas totais} = \text{Perdas mês 6} + \text{perdas mês 7} + \dots + \text{Perdas do mês } n$. $\text{Perdas mês } n = \text{vol. macromedido} + \text{volume faturado}$. Determinado, ainda, o indicador referente a perda básica por economia (PBE), que passaria a ser base para avaliação da performance da Concessionária, qual seja, $\text{Nº de economias} = \text{nº de economias mês 7} + \text{nº de economias mês 8} + \dots + \text{nº de economias mês } n$. Assim a fórmula seria: $\text{Perda básica por economia} = \text{PBE} = \text{Perdas totais} / \text{nº de economias}$.



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

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003/107/2016
Data 04 / 02 / 2016 Fls. 664
Rubrica: Carol Bastos Reis
Assessor(a) Consultor(a)
ID Funcionário: 2054136-8

Em aprimoramento às ilações retromencionadas, sobreleva notar que a metodologia de cálculo de perdas prevista no Contrato de Concessão¹⁶ foi fixada segundo o critério: $IPD (\%) = [(VD) - VU]/VD] \times 100$, de forma que IPD é o índice de perdas de distribuição (total de perda realizada no mês %); VD é o volume disponibilizado (volume total macromedido computado a partir do medidor aduzido, ou seja, após o processo de lavagem); VU é o volume utilizado (somatório do volume micromedido "hidrometrado" aproximadamente 98% de todas as ligações ativas; somatório do volume estimado não hidrometrado/aproximadamente 2% de todas as ligações ativas; somatório do volume recuperado em ações de combate a fraude, em abastecimentos clandestinos e ligações irregulares).

Parece óbvio que a compreensão do volume utilizado envolve o somatório do volume micromedido e o volume estimado não hidrometrado, bem como o volume recuperado em ações de combate a fraude, em abastecimentos clandestinos e ligações irregulares. Tudo isso apurado em consonância ao total de ligações ativas, estimando-se apenas 2% como volume não hidrometrado.

No entanto, o Relator demonstrou o que se entende pela variável VU, que designa todo volume que chega aos usuários e que pode ser medido através dos hidrômetros. Sob esse aspecto, segundo o contrato aproximadamente 98% das ligações ativas seriam hidrometradas. Ao passo que volume estimado não hidrometrado corresponderia aproximadamente 2% de todas as ligações ativas, que representam as exceções conhecidas como pena d'água. São bem comuns quando o usuário não tem hidrômetro e a Concessionária se utiliza de um valor estimado na fatura. A esse respeito, o Relator declara que "foi estipulado um percentual de 2%, ou seja, o que faltava para 100% no início da Concessão." Prossegue sustentando que "Concessionária informa um volume muito alto, porque está considerando, todo o "Consumo não medido (autorizado) (m^3), o que matematicamente reduz o índice de perdas e conceitualmente não se enquadra neste item".

Em relação aos outros elementos que informam a ambiência temática, o Relator expôs o que se entende por volume recuperado em ações de combate à fraude, em abastecimentos clandestinos e ligações irregulares. Em sua interpretação, designa "os volumes recuperados e efetivamente comprovados em ações de combate a fraudes, gatos, etc., que a Concessionária, de fato, conseguiu recuperar no ano referência." Neste espectro, demonstra as contradições de entendimento quando cotejadas com as informações

¹⁶ Aprovada pelo 3º Termo Aditivo ao Instrumento Concessivo.



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

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003/107/2016
Data 04/02/2016 Fis. 665
Rubrica:
Carolina Reis
Assessoria Jurídica
ID Funcional: 2054136-8

prestadas pela Concessionária Prolagos, afirmando que "a Concessionária parece apresentar nos índices de ligações clandestinas e de furtos de água, um volume estimado com base num pequeno espaço amostral, que não comprova nos autos, em momento algum se, de fato, foi recuperado".

A irresignação trazida em sede recursal pela Prolagos se resume em duas premissas: i) necessidade de realização de uma leitura adequada dos elementos que perfazem a metodologia de cálculo à luz da realidade; ii) observância à uniformização dos conceitos e indicadores em nível mundial de perdas físicas e não físicas lançados pela IWA - Associação Internacional da Água.

Todavia, as premissas que serão abordadas no corpo do presente parecer seguem estritamente a fórmula contratual pactuada entre os signatários. Cabendo lembrar que a Concessionária poderia ao longo dos anos ter apresentado junto ao Poder Concedente estudo fundamentado em relação à modificação da fórmula estabelecida no contrato, contando, inclusive, com o apoio/chancela da AGENERSA. Contudo, não se valeu da presente prerrogativa. Ao contrário, em sede imprópria recursal pretende "via ineditismo" alterar o que foi estabelecido pelo Poder Concedente e regulamentado, em parte, pelo Manual de Procedimentos para a Prestação de Serviços Públicos de Saneamento Básico, aprovado pela Deliberação AGENERSA nº 115/2007 - normativa essa que traz a disciplina para o programa de controle de perdas e o critério da anualidade em relação à periodicidade dessas informações, o qual não foi alterado até o presente momento.

Ademais disso, em relação aos aspectos temporais suscitados pela Recorrente na apuração dos volumes, esta Procuradoria entende que a alegação goza de "certa" razoabilidade, uma vez que o volume produzido e medido pela Concessionária diz respeito a um mês do calendário gregoriano. As medições realizadas nas entradas dos clientes, entretanto, em um período de 30 (trinta) dias, que pode variar de 10 a 10, 15 a 15, 20 a 20 não apresentam sincronia, conforme exemplificação que passo a expor: o período de medição dos clientes parte do consumo do mês vigente e parte do consumo do mês anterior. Em outras palavras: Considerando que a Concessionária mede o volume disponibilizado no mês de abril, mas um grupo de clientes tem a leitura do seu hidrômetro realizada no dia 15 de abril; essa leitura registrará de 15 a 31 de março e de 1 a 15 de abril. Portanto, é inconteste a falta de sincronia entre os dois períodos (medição do cliente e a medição que a concessionária faz da água que foi produzida). Todavia, isso não prejudica a apuração anual com a indicação real dos valores calculados de perdas, eis que quanto maior a



série histórica de medições, proporcionalmente se dará a diluição dos efeitos da mencionada falta de sincronia entre os períodos de medição.

Outrossim não é tarde lembrar que a medição de grandes volumes traz intrinsecamente erros matemáticos derivados de falta de exatidão e precisão das medidas. Logo, sempre haverá uma margem de erro - independentemente da apuração dos períodos retromencionados no exemplo acima.

II – DA ADEQUADA COMPREENSÃO DO CONCEITO DE PERDAS: UNIFORMIZAÇÃO DO CONCEITO SEGUNDO A ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DA ÁGUA

Até meados dos anos 80 a compreensão adequada de perdas envolvia a diferença entre os volumes macro e micromedido. A partir de 1993 iniciaram-se os conceitos de perdas físicas e não físicas.¹⁷

Em 1997, a IWA - Associação Internacional da Água, lançou bases importantes e sólidas para a uniformização dos conceitos e indicadores em nível mundial, entendendo-se como perdas “toda perda real ou aparente de água ou todo o consumo não autorizado que determina aumento do custo de fornecimento ou que impeça a realização plena da receita operacional”.¹⁸

Deflui deste conceito, o Manual de Melhores Práticas da IWA – 2000, contendo: a padronização de conceitos e indicadores para os sistemas de abastecimento de água; comparabilidade entre os sistemas de todo mundo; teste dos indicadores em 25 companhias de saneamento do mundo, sendo três delas situadas no Brasil. É desta padronização que surgem os estudos concernentes às perdas reais (físicas) e aparentes (não física), culminando com a sistematização do Balanço Hídrico, conforme ilustração a seguir:

$$PERDA DE \acute{A}GUA = VOLUME DE ENTRADA - CONSUMO AUTORIZADO$$

VOLUME PRODUZIDO



¹⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. Redução de perdas em sistemas de abastecimento de água. Brasília: Funasa, 2014.

¹⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. Redução de perdas em sistemas de abastecimento de água. Brasília: Funasa, 2014.



CONSUMO AUTORIZADO (faturado e não faturado)

E PERDAS DE ÁGUA (aparentes e reais).

A compreensão do consumo autorizado leva em conta dois elementos: consumo autorizado faturado e consumo autorizado não faturado. Entende-se por consumo autorizado faturado os seguintes consumos: i) consumos medidos faturados; ii) consumos medidos não faturados (estimados). Ao passo que a terminologia reservada ao consumo autorizado não faturado inclui: i) consumos medidos não faturados (usos próprios, caminhão – pipa, etc.); ii) consumo não medido não faturado (corpo de bombeiros, favelas, etc.).¹⁹

Para a compreensão das perdas de água, há que se considerar as perdas aparentes e perdas reais. Entende-se por perdas aparentes (comerciais): i) consumos não autorizados (fraudes e falhas de cadastro); ii) imprecisão dos medidores hidrômetros). Por sua vez, informam o conceito de perdas reais: i) vazamento nas adutoras e/ou redes de distribuição; ii) vazamento nos ramais prediais até o hidrômetro; iii) vazamentos e extravasamentos nos aquedutos e reservatórios de distribuição. Em ambas as águas não são faturadas.²⁰

Tenha-se em mente que perdas reais são perdas físicas de água decorrentes de vazamentos na rede de distribuição e extravasamentos em reservatórios. Este tipo de perda reflete na disponibilidade de recursos hídricos superficiais e os custos de produção de água tratada. Por outro lado, perdas aparentes são perdas não físicas, decorrentes de submedição nos hidrômetros, fraudes e falhas do cadastro comercial. Aqui a água é consumida, porém não é faturada pela empresa de saneamento.²¹

De posse das ilações apresentadas, salta aos olhos que o elemento VU comporta o volume utilizado (somatório do volume micromedido “hidrometrado”, aproximadamente 98% de todas as ligações ativas; somatório do volume estimado não hidrometrado/aproximadamente 2% de todas as ligações ativas; somatório do volume recuperado em ações de combate a fraude, em abastecimentos clandestinos e ligações

¹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. Redução de perdas em sistemas de abastecimento de água. Brasília: Funasa, 2014.

²⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. Redução de perdas em sistemas de abastecimento de água. Brasília: Funasa, 2014.

²¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. Redução de perdas em sistemas de abastecimento de água. Brasília: Funasa, 2014.



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/107/2016

Data 04/02/2016 Fls. 668

Rubrica:

Carla Bastos
Assessoria Jurídica
Conselheiro
Assessoria Jurídica
INERSA
Função: 2054136-8

irregulares; e, ainda, consumo autorizado não faturado, que inclui: i) consumos medidos não faturados (usos próprios, caminhão – pipa, etc.); ii) consumo não medido não faturado (corpo de bombeiros, favelas, etc.); além das perdas aparentes e reais.

Isto porque para a compreensão do consumo autorizado, segundo a IWA, há que se apurar não apenas o consumo faturado, como também o não faturado, sob pena de uma inapropriada interpretação jurídica restritiva e incoerente com o espectro mais amplo da disciplina “perdas d’água”, que impõe uma compreensão razoável ancorada, pois, na consideração de todos os elementos presentes na estimativa do volume de entrada com aqueles que permeiam a definição de consumo autorizado.

Impõe-se, portanto, reconhecer que não se trata de uma modificação da fórmula contratual, mas, tão somente, perceber, como razoável e pertinente à realidade enfrentada pelas Companhias de Saneamento, que o volume utilizado alcança também aquele consumo que, ao lado dos consumos medidos não faturados (usos próprios, caminhão – pipa, etc.), pode não ser medido e, ao mesmo tempo, não faturado (corpo de bombeiros, favelas, etc.). Tudo isso observando a lógica do percentual de aproximadamente 2% (dois por cento) estabelecido no Instrumento Concessivo.

Sob esse enfoque, eventual defesa por uma interpretação restritiva implicaria em abarcar uma definição parcial de volume utilizado, como aquele reservado apenas ao consumo autorizado faturado. Por óbvio, teríamos visão desfocada da realidade e do próprio sentido reservado à terminologia “consumo autorizado”. Em outras palavras, se perda de água é igual ao volume de entrada menos o consumo autorizado (consumo autorizado faturado e consumo autorizado não faturado), a defesa reducionista desconheceria o consumo de água de caminhão-pipa, corpo de bombeiros, favelas, áreas irregularidades, etc, ou seja, desconheceria todos os tipos de consumo abarcados pelo elemento “consumo autorizado não faturado”.

Diante desse raciocínio, esta Procuradoria entende que o elemento VU alcança o consumo autorizado faturado e o consumo autorizado não faturado e seus respectivos elementos, eis que ambos indicam, ainda que em menor ou maior grau, o volume utilizado. Tal raciocínio impõe o reconhecimento, em parte, das razões recursais sob a leitura estrita do percentual de aproximadamente 2% (fixado pelo Contrato de Concessão), sem prejuízo, quando do advento da revisão quinquenal, do aprimoramento da



fórmula contratual – sugere-se que o trabalho apresentado pela Prolagos, no âmbito do processo em epígrafe, para formatação de nova fórmula seja apreciado quando da realização dos estudos concernentes ao novo ciclo revisional.

Assiste, pois, razão à Recorrente, uma vez que a premissa fática verdadeira é a de que o volume estimado não abrange apenas as chamadas "penas d'água", mas outros itens que sempre compuseram esta rubrica e, assim, esta não é igual a zero. Contudo, não se pode ultrapassar o percentual acima informado, qual seja, aproximadamente 2% (dois por cento), sob pena de alteração indevida ao Contrato de Concessão.

III – DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Em diversas vezes foi apontada a necessidade de revisão dos processos anteriores que seguiram sob a formatação do entendimento mantido no tempo pela CASAN, que utilizava da fórmula $PF = A - (B \pm C) - D - E$ para calcular as perdas d'água. O aprimoramento destas discussões motivou a redação do art. 7º, Deliberação AGENERSA 3.034, de 13 de dezembro de 2016, bojo da qual determina que a CASAN recalcule os índices de perdas dos últimos 5 anos utilizando a fórmula contratual expressa no Anexo V do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, nos termos do presente voto, no prazo de 60 dias.

A delimitação do prazo "últimos 5 (cinco) anos" para aferição dos processos que tratam do mesmo objeto aqui discutido ganha propriedade à luz do princípio da segurança jurídica, que é também compreendido como proteção à confiança legítima. Conjugando-se perspectivas de certeza e estabilidade, delimita-se o poder de autotutela administrativa, de modo que, após cinco anos e desde que tenha havido boa-fé, não poderá mais a Administração Pública suprimir os efeitos favoráveis que o ato produziu junto aos destinatários.²²

Num esforço de síntese, é particularmente oportuna a dicção contida no art. 7º da deliberação recorrida, eis que a Administração Pública diante da complexidade de todos os assuntos colocados ou delegados a sua guarda possui, sob o prisma da legislação em vigor, a prerrogativa de rever, observados os

²²CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo São Paulo: Atlas, 2017, p. 38-39.



últimos 5 (cinco) anos as suas decisões. Por óbvio, isso não há o que se falar em violação aos princípios da não-surpresa e, tampouco, confiança legítima. Ao contrário, o preceito deliberativo fortalece e retroalimenta a confiança dos usuários na máquina pública.

IV – DO CUMPRIMENTO CONTRATUAL

A Recorrente traz em momento posterior à interposição do Recurso Administrativo documentação acostada às fls. 340/342, bojo da qual pretende demonstrar a comprovação dos cálculos referentes ao índice de perdas/2015 e, pois, o equívoco do entendimento adotado pela AGENERSA. Contudo, aduz que a citada documentação retrata complementação ao recurso já interposto.

Preliminarmente, não há previsão da figura jurídica “complementação recursal” na Lei nº 5.427, de 01 de abril de 2009, em virtude da própria preclusão consumativa, atraindo, por óbvio, o não conhecimento do recurso, notadamente em relação ao denominado pleito complementar. Ainda que se sustente que o rigor formal é mais atenuado do que aquele exigido para os recursos judiciais; a tempestividade e, com ela, a associação entre a petição do recurso e as razões, devem ser observadas dentro do prazo recursal. Como bem adverte Carvalho Filho²³, “não há amparo para a dissociação entre a petição do recurso e as razões que lhe servem de fundamento, a menos que haja expressa previsão na lei, como ocorre em alguns casos na esfera judicial.”

Todavia, a Lei nº 5.427, de 01 de abril de 2009, traz um adendo especial no sentido de que o não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida a preclusão administrativa, consoante dicção do parágrafo 2º, art. 63.

Nesse sentido, considerando os princípios da segurança jurídica e verdade material, esta Procuradoria não vê óbice jurídico à revisão do ato administrativo em espeque, reputando-se afastada preclusão administrativa, eis que da data em que foi prolatada a deliberação recorrida – meados de 2017 – não houve o decurso do prazo de 05 (cinco) anos, previsto pelo art. 53, Lei nº 5.427, de 01 de abril de 2009.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo São Paulo: Atlas, 2017, p. 1016.



A partir das ilações apresentadas no corpo do presente parecer jurídico, salta aos olhos que a Concessionária Prolagos não atendeu a meta estipulada no Instrumento Concessivo, qual seja: 30%.

Com base nos próprios dados fornecidos pela delegatária - recepcionados pela AGENERSA sob crivo da boa fé, aplicados na fórmula contratual, resta claro o inadimplemento às disposições do contrato. A Concessionária, por meio do documento acostado às fls. 427/438, apresentou como o volume medido o valor de 20.120.625 m³. Segundo a fórmula de VU o valor medido corresponderia aproximadamente a 98% das ligações ativas. Desta fórmula, o volume de 410.625 m³ corresponderia a aproximadamente 2%. Por sua vez, o volume recuperado perfaz o valor de 1.854.635 m³. Aplicando-se esses três valores à fórmula de cálculo de VU teríamos o volume de 22.385.885 m³ para VU. Utilizando-se o valor de 36.181.623 m³ para VD, teremos:

$$IPD (\%) = [(VD) - VU] / VD \times 100$$

$$IPD = [(36.181.623 \text{ m}^3 - 22.385.885 \text{ m}^3) / 36.181.623 \text{ m}^3] \times 100 = 38,13\%$$

É importante entender, em conformidade com as premissas acima, que o percentual de aproximadamente 2% previsto na fórmula de VU pode ser utilizado para considerar outras situações, tais como: furto, volume especial, etc. No entanto, a Concessionária, desprovida de autorização contratual, ao ampliar o percentual estipulado apresenta resultado diverso do apurado por esta Procuradoria.

A esse respeito, nada melhor do que rememorar trecho parcial do voto recorrido, quando sustenta que a "Concessionária informa um volume muito alto, porque está considerando, todo o "Consumo não medido (autorizado) (m³), o que matematicamente reduz o índice de perdas e conceitualmente não se enquadra neste item."

Por esse ângulo de análise, é fácil inferir, consoante os dados apresentados pela delegatária, que não houve adimplemento à meta fixada pelo Instrumento Concessivo, razão pela qual deve ser mantido o conteúdo declaratório contido no art. 1º do ato administrativo recorrido.



V – CONCLUSÃO

Com base nas razões jurídicas colacionadas nesta manifestação jurídica, esta Procuradoria sugere conhecer o presente Recurso, eis que tempestivo e, no mérito, dar provimento parcial, alterando-se o conteúdo da determinação imposta pelo art. 4º, que passará a constar a seguinte redação: Determinar que a Prolagos apresente, anualmente, o índice de perdas, utilizando a fórmula contratual segundo as premissas colacionadas no corpo do Parecer Jurídico FMMM nº 01/2018, devendo comprovar rigorosamente, sob pena de aplicação de penalidades, todos os volumes informados, sobretudo, o volume recuperado. Outrossim, pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade parcial das alegações recursais, sugere-se redução do patamar pecuniário fixado. Mantidos na íntegra os demais artigos da deliberação recorrida.

Em 09 de março de 2018 através do Ofício AGENERSA/CODIR/LT nº 047/2018, foi assinado prazo à Concessionária para apresentar suas Razões Finais.

A Concessionária Prolagos²⁴, através de seu representante o escritório Siqueira Castro Advogados, após breve relato, apresenta seus argumentos em Razões Finais.

Aponta a suposta ausência de instrução técnica e jurídica, arrazoando que “apenas com base no objeto do presente processo, a saber, análise de “perdas” relacionadas ao serviço de distribuição de água, já é possível deduzir o conteúdo eminentemente técnico com que se reveste o feito. Ademais, a discussão travada durante a tramitação do processo não deixa qualquer dúvida quanto à elevada tecnicidade — e complexidade — que envolve o assunto”; entende que “após a prolação da Deliberação AGENERSA nº 2.917/16, que baixou este processo em diligência para o recálculo do índice de perdas pela Concessionária, o debate que se estabeleceu nos autos gira em torno da melhor compreensão que se deve adotar em relação aos elementos da fórmula $IPD(\%) = [(VD-VU)/VD] \times 100$ ”; sustenta que “com efeito, a controvérsia que ora se enfrenta liga-se com a ausência de conceitos técnicos estabelecidos de maneira prévia, clara e objetiva a respeito dos elementos que integram a fórmula, caracterizando uma verdadeira lacuna regulatória”; e salienta que “não por outro motivo, veja-se que tanto a concessionária como esse Conselho-Diretor recorreram a proposições e/ou estudos externos, e de cariz estritamente técnicos (não

²⁴ Fls. 588/624.



integrantes do marco regulatório), para fundamentarem seus entendimentos, tais como a proposição da International Water Association (IWA), um estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), bem assim o estudo elaborado pelo Professor MARIO AUGUSTO BAGGIO, especialista no setor de saneamento”.

Defende que “com efeito, apenas sob o enfoque processual já é possível afirmar que o presente processo padece de vício de instrução, de natureza insanável, suficiente para demandar a declaração de nulidade do feito. Isso porque, a manifestação da CASAN, em matéria de saneamento, e da Procuradoria, sob o viés jurídico, são obrigatórias, segundo o disposto no **art. 53 do Regimento Interno dessa AGENERSA**”²⁵.

Entende que “em razão da não atuação da CASAN no presente processo, o douto Órgão Jurídico dessa Agência Reguladora exarou, em sede de Recurso, o percuciente Parecer nº. 01/2018 — FMMM Procuradoria da AGENERSA, com 22 (vinte e duas) laudas, tratando, quase que exclusivamente, de questões estritamente técnicas”, o que, sustenta, foge à sua área de competência, razão pela qual requer a nulidade da Deliberação AGENERSA nº 3034/2016.

Continua agora sustentando a ausência de pronunciamento técnico como prejuízo de ordem material o que feriria um direito da Concessionária enquanto regulada. Aponta “o fato de que tais manifestações técnicas não consubstanciam uma mera formalidade processual suscetível de dispensa a depender do grau de domínio da matéria por parte do Ente— Regulador”; conclui que “antes de caracterizar um mero formalismo de índole processual, a emissão de parecer técnico conclusivo reflete um direito insuperável da ora Recorrente porquanto alicerçado no princípio do devido processo legal administrativo, com reflexos sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa”.

No que tange uma suposta desconsideração do estudo técnico apresentado, advoga o direito à produção de prova a qualquer tempo, “haja vista a necessidade de se conferir o maior grau de segurança técnico-regulatória possível à decisão que se imporá à concessionária/regulada”. Aponta que “além do indiscutível prejuízo decorrente da não participação da CASAN na instrução do feito, a Procuradoria da AGENERSA sugeriu o “não conhecimento” do estudo técnico juntado pela ora Recorrente sob a denominação de “complementação de recurso”, ao argumento de que inexistia tal figura jurídica na Lei

²⁵ Grifos conforme o original.



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

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003/107/2016
Data 04/02/2016 Fls. 674

Rubrica:

Carol Santos Reis
Assessor(a) Especial
Assessor(a) Especial
ID Funcional: 2054136-8

Estadual nº. 5.427/2009, que regulamenta o processo administrativo no Estado do Rio de Janeiro”. Argumenta que o referido parecer é “o único material técnico especializado no assunto, produzido nos autos”; que “o material foi elaborado por profissional de renome nacional”; e que “a própria Procuradoria, no bojo da Promoção 24/2016-LAPS-Procuradoria/AGENERSA, demandou da ora Recorrente a juntada de laudo técnico balizador de seu pleito”.

Parte para uma “abordagem propriamente jurídica” referente ao fundamento apresentado pela Procuradoria da AGENERSA, entendendo que essa justificativa “encerra exacerbado formalismo, que não condiz com o processo de natureza administrativa”, para o que traz à baila o princípio da vedação ao formalismo exacerbado ou da informalidade, lembrando que sua aplicação está condicionada ao não prejuízo do interesse público. Entende que o estudo apresentado, embora tenha a denominação de “complementação de recurso”, se trata de “produção de prova”, a qual é meio legal de garantia de contraditório, e que, portanto, poderia ser apresentada a qualquer tempo.

Considera que houve violação ao princípio do juiz natural, sustentando que resta incontroversa a falta de definição dos elementos da fórmula contida no Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Concessão. Aponta que “em 22/09/2015, antes, portanto, da autuação do presente processo, essa AGENERSA instaurou o processo regulatório E-12/003/403/2015, cujo assunto é, justamente, a ‘Avaliação das fórmulas e critérios utilizados para controle de perdas físicas pela concessionária PROLAGOS’” e que “apesar de aquele processo anterior ainda não conter decisão de mérito, há, indiscutivelmente, uma sobreposição de objetos. Isso porque, a despeito do presente processo ter sido instaurado, originalmente, para analisar o índice de perdas referente ao ano de 2015, seu objeto restou desvirtuado — ou ao menos expandido —, para agregar a definição — integração — dos “conceitos” dos elementos que compõem a respectiva fórmula, exatamente como há de se desenvolver no bojo do processo E-12/003/403/2015”, violando o princípio do juiz natural e até mesmo o princípio do devido processo legal.

Suscita, ainda, a “determinação contida no art. 7º da Deliberação AGENERSA Nº. 3034/2016, no sentido de que ‘a CASAN recalcule os Índices de Perdas dos últimos 5 anos utilizando a fórmula contratual expressa no Anexo V do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, nos termos do presente voto, no prazo de 60 dias’”; aponta que “como o E-12/003/403/2015, os processos que trataram dos índices de perdas nos anos anteriores possuem relatores próprios, designados na forma regimentalmente prevista”; e que não



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

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003/107/2016
Data 04/02/2016 Fls.: 675
Rubrica:

Carol Bastos Reis
Assessor(a) Especial(a)
ID Func: 2054136-8

seria cabível que “um Conselheiro determine a alteração de entendimento firmado em processo distinto. Menos ainda quando tais processos estão sob a relatoria de outros julgadores/conselheiros”.

Entende haver violação à segurança jurídica porque “em que pese o fato de os conceitos indispensáveis à aplicação da fórmula de cálculo dos índices de perdas somente terem sido definidos no bojo do presente processo - o que se admite apenas em homenagem ao princípio da eventualidade -, essa Agência imputou penalidade à ora Recorrente em razão da aplicação (supostamente) equivocada da dita fórmula”; porque “existe um processo específico, ainda sem decisão de mérito, para tratar, justamente, dos critérios a serem empregados no referido cálculo, (...)”; porque “na mesma decisão em que estabelece os conceitos - frise-se, indispensáveis - para a interpretação da fórmula de cálculo, esse Ente Regulador aplicou penalidade pelo seu ‘mau’ uso”; e também porque “a decisão recorrida determinou, também, fossem refeitos os cálculos dos índices dos 05 (cinco) anos anteriores”, ferindo, a seu entender, inclusive os limites da auto-tutela, sustentando que “deve-se reconhecer que a simultaneidade entre a formulação de conceitos regulatórios (regulação normativa) e sua imediata aplicação (regulação judicante) fere os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, o que não se admite em Direito”.

Aponta a “exigência de implantação de um programa de controle de perdas, já existente”. Nota que “o presente processo, que coube à ilustre relatoria do então Conselheiro ROOSEVELT BRASIL, atém-se à avaliação do atendimento ao índice de perdas no ano de 2015. Sabe-se, contudo, que tramita no âmbito dessa AGENERSA o processo E-12/003.252/2013, que tem o exato propósito de avaliar a efetividade do programa de combate a fraudes já implementado e executado pela PROLAGOS. A referida matéria encontra-se atribuída à insigne relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA” e, por isso, salienta que “a determinação de implantação de um programa de combate a fraudes extrapola o campo de apreciação do presente processo, para invadir matéria submetida ao crivo do eminente Conselheiro Presidente JOSE BISMARCK. Há, pois, inobservância do princípio do juiz natural e da própria decisão de Reunião Interna dessa Autarquia, que sacramentou o sorteio da relatoria destes assuntos” e acrescenta que “por não se tratar do assunto do presente processo, não teve a Concessionária a oportunidade de demonstrar em detalhes o seu exitoso e bem estruturado Programa de Combate a Fraudes (...)”.



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

Servço Público Estadual

Processo nº E-12/003/107/2016

Data 04/02/2016 Fls.: 676

Rubrica:

Carol Bastos Reis
Assessora
SA
054136-8

Argumenta sobre as supostas repercussões decorrentes da manutenção da decisão recorrida, ressaltando não caracterizar como continuidade às razões de reforma da decisão recorrida, pretendendo-se *“apresentar uma visão mais abrangente a respeito das consequências de tal decisão no projeto de concessão, o que compreende os usuários, os Poderes Concedentes, a própria Agência Reguladora, além, claro, da concessionária”*.

Sustenta que *“pode-se considerar que a controvérsia entre a concessionária e essa AGENERSA cinge-se, efetivamente, à conceituação das variáveis que compõem a fórmula prevista no 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, a saber, $IPD(\%) = [(VD-VU)/VD] \times 100$, na medida em que as descrições que acompanham a referida fórmula no texto do mencionado aditamento não esclarecem efetivamente a abrangência exata de cada uma de suas variáveis”* e que *“há que se estabelecer conceitos para a adequada aplicação da fórmula”*.

Salienta que *“a AGENERSA, ao longo do presente processo, vem demonstrando louvável esforço para integrar a fórmula com compreensões até aqui inexistentes, em grande esforço para a produção de conhecimento a esse respeito, muito embora seja cogente pontuar que o presente processo não se apresenta como o ambiente próprio para esta missão, por ter sido autuado para o julgamento de um caso concreto (regulação judicante - adjudication), e não para a produção de regras regulatórias (regulação normativa rule-making)”*; e mantém que *“o aqodamento com que se propõe o firmamento de certos entendimentos é bastante evidente, ao passo que toda esta discussão se ressent de uma maior reflexão, de análises técnicas plurais e mais profundas, e de um maior debate com a concessionária e com os interessados em geral”*.

Sustenta ainda que *“o r. voto que norteou a Deliberação recorrida critica o método empregado pela Concessionária para a determinação do volume recuperado”*; aponta que o volume recuperado encontra-se definido no processo de Combate a Fraudes (E-12/003/252/2013), bojo do qual contém *“todas as atividades que a Concessionária realiza a fim de combater as irregularidades na sua área de concessão”*; e aponta que o referido método trata-se *“de fórmula matemática que sempre foi aceita nos relatórios trimestrais encaminhados pela Concessionária”*; argumenta que a alteração do referido método poderia causar impacto no OPEX da Concessionária, pressionando o aumento tarifário; e ressalta *“a necessidade de previa realização de Análise de Impacto Regulatório”*.



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/107/2016

Data 04/02/2016 Fls.: 677

Rubrica:

Carol Bastos Reis
Assessor(a) Consultor(a)
Assessor(a) Consultor(a)
ID Funcional: 2054136-8

Considera que “durante o desenvolvimento do raciocínio que ora encaminha à conclusão, foram verificadas algumas medidas convenientes, quando não obrigatórias, para decisões dessa magnitude, as quais podem ser objetivamente arroladas da seguinte maneira:

- I. A necessidade do estabelecimento de conceitos regulatórios inexistentes em lei e no contrato de concessão, associada à recomendação de um maior estudo e debate a esse respeito;
- II. A existência de processo específico sobre este tema (E-12/003/403/2015), que deveria, nesta condição, atrair a apreciação prévia da matéria;
- III. A exigência de realização de processos de consulta e audiência públicas para questões dessa complexidade, como requisito de legitimação da decisão regulatória;
- IV. A indispensabilidade da avaliação do impacto regulatório (AIR) da referida decisão, diante da sua inevitável repercussão econômica na definição da tarifa do próximo quinquênio; e
- V. A valoração de natureza política — definição de política pública — que deverá orientar o posicionamento a ser adotado em face da metodologia de controle de fraudes, já que os recursos que vierem a ser destinados às atividades de controle deixam naturalmente de ser empregados na universalização do serviço”.

Acrescenta que “a se considerar que, no presente ano, conclui-se mais um ciclo quinquenal, de sorte que essa AGENERSA se encontra na iminência do início dos estudos referentes ao vindouro quinquênio 2018- 2022, impende que se considere, como um desfecho razoável, conservador e prudente para o presente processo, seja toda a presente discussão remetida para o processo de revisão quinquenal”²⁶. Isso porque “considerando a complexidade do assunto em tela, faz-se forçoso reconhecer que, no âmbito de um processo de revisão quinquenal, (i) a fórmula de cálculo de perdas e os elementos que a compõem poderão ser detidamente examinados pelo Grupo de Trabalho e pela consultoria externa contratada; (II) haverá ocasião para a promoção de amplo debate com as concessionárias de saneamento básico e com a sociedade em geral sobre o tema, na forma de audiência e consulta públicas; (1h) será possível conhecer a posição dos Poderes Concedentes sobre o assunto; produzindo-se, ao fim, (iv) certeza e precisão quanto à definição objetiva dos conceitos da fórmula a ser aplicada, em linha com as melhores práticas de regulação”.

²⁶ Grifos conforme o original.



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/107/2016

Data 04/02/2016 Fls.: 678

Rubrica:

Carol Bastos Reis
Assessor(a) Consultor(a)
ID Funcional: 054136-8

Conclui requerendo que seja :

"(i) Conhecido e, no mérito, julgado procedente o recurso interposto, para o reconhecimento do cumprimento da meta de perdas no ano de 2015 e revogação da multa aplicada nos termos da Deliberação AGENERSA nº 3.034/16; ou (ii) Em homenagem ao princípio da eventualidade, caso superado o pleito anterior, requer seja o presente assunto submetido ao processo de revisão quinquenal de tarifas da Concessionária PROLAGOS, com o apensamento do presente processo àquele, de forma a se permitir o aprofundamento da análise da fórmula de cálculo do índice de perdas, para a efetiva conceituação de cada um dos seus elementos".

Remeti os autos à CASAN²⁷ que apresentou o seguinte parecer técnico:

"Em atenção ao despacho exarado às fls. 627 do P.P., a CASAN presta as seguintes informações:

- Ao longo do Processo nº E-12/003.107/2016, é citado que a CASAN não emitiu Parecer Conclusivo a respeito da fórmula aplicável ao cálculo de índice de perdas.

Cabe informar que as informações sobre essa matéria estão contidas em diversos documentos emitidos, tais como:

Nota Técnica AGENERSA/CASAN Nº 012/2016, de 02/02/2016, às fls. 05 a 07 do P.P.;

Despachos: às fls. 18/19; 21; 38/39 e 43/44 do P.P.

- A fórmula estabelecida teve por objetivo determinar o cálculo de Perdas Totais do sistema de água, que após alguns debates, em caráter preliminar, passou a ter, no entendimento da CASAN, a seguinte composição, que ainda não foi aprovada pelo CODIR:

$$IPD (\%) = VD - VU/VD \times 100$$

DEFINIÇÕES:

IPD = Índice de Perdas Totais na Distribuição

²⁷ 628/630.



$VD = \text{Volume Disponibilizado} - \text{Volume destinado a distribuição de água aos usuários da área de concessão}$

$VD = \text{Volume Produzido} - \text{Volume Exportado} + \text{Volume Importado}$

$\text{Volume produzido} = \text{Volume resultante do processo de produção de água na ETA}$

$\text{Volume exportado} = \text{Volume de água cedido pela Concessionária que não é contabilizado na distribuição aos usuários da área de concessão}$

$\text{Volume importado} = \text{Volume de água que é adquirido pela Concessionária para ser distribuído aos usuários da área de concessão}$

$VU = \text{Volume Utilizado}$

$VU = \sum \text{Volumes: } (VM) \text{ Micromedido} + (VE) \text{ Estimado} + (VR) \text{ Recuperado} + (VO) \text{ Operacional} + (VEs) \text{ Especial ou Serviço}$

$(VM) \text{ Volume Micromedido} = \text{volume registrados nos hidrômetros dos usuários}$

$(VE) \text{ Volume Estimado} = \text{volume consumido por imóveis que não dispõem de hidrômetros, avaliado pela Concessionária}$

$(VR) \text{ Volume Recuperado} = \text{volume resultante de negociação com usuários fraudadores. Exemplo: um fraudador é flagrado pela Concessionária que determina que o mesmo utilizou } 100 \text{ m}^3. \text{ Na negociação com o fraudador fica estabelecido que o mesmo arcará com o custo não dos } 100 \text{ m}^3 \text{ mas com } 80\% \text{ que corresponde a } 80 \text{ m}^3, \text{ que é o volume recuperado nessa ocorrência. O valor total do volume recuperado no período que foi realizada a operação com fraudadores, corresponde ao somatório dos resultados das recuperações conseguidas nas ocorrências verificadas no período.}$

$(VO) \text{ Volume Operacional} = \text{volume de água utilizado em testes, desentupimentos e desinfecção dos Sistemas de Água e Esgoto. Volume utilizado, no mínimo uma vez por ano nas tubulações e reservatórios dos Sistemas operados pela Concessionária.}$

$(VEs) \text{ Volume Especial ou Serviço} = \sum \text{Volumes: } (VHid) \text{ Hidrantes} + (VUn) \text{ Unidades} + (VPip) \text{ Pipa} + (VSoc) \text{ Áreas Sociais}$

$(VHid) \text{ Hidrantes} = \text{volume de água para apoio aos bombeiros}$

$(VUn) \text{ Unidades} = \text{Volume utilizado no funcionamento das unidades pertencentes à Concessionária, tais como: sede, lojas, ETAs, ETES, EEE, EAP, etc. e em unidades de utilidade pública estabelecidas pelo Poder Concedente Municipal}$



(VPip) Pipa = Volume contabilizado a partir das Ordens de Serviço de solicitação de atendimento aos usuários por caminhão pipa

(VSoc) Áreas Sociais = Volume destinado a suprir áreas sociais, áreas de risco e irregulares, e cedido às Comunidades.

Considerando as definições acima e os valores contidos no Presente Processo, foi elaborado o seguinte cálculo de Perdas Totais:

$$IPD = VD - VU/VD$$

VD = Volume Disponibilizado

VD = Volume Produzido - Volume Exportado (fls 397)

$$VD = 36.181.623 - 60.114 = 36.121.509 \text{ m}^3$$

VU = Volume Utilizado

$VU = \sum \text{Volumes: (VM) Micromedido} + (VE) \text{ Estimado} + (VR) \text{ Recuperado} + (VO) \text{ Operacional} + (VEs) \text{ Especial}$

(VM) Volume Micromedido = 20.120.625 m³ (volume registrados nos medidores) (fls 398)

(VE) Volume Estimado = 40.241 m³ (imóveis que não dispõem de medidores) (fls 362/388)

Obs: 2% de (VM) = 40.241 m³

(VR) Volume Recuperado = 927.021 m³ (volume de clientes com fraudes) (fls 619)

Obs: 5.406 clientes x 12x 14,29 m³ = 927.021 m³

(VO) Volumes Operacional = Zero (volume de água utilizado em testes e desinfecção de redes)

Obs: informação da Concessionária - volume = zero m³ (fls 400)

(VEs) Volume Especial = 2.573.516 m³ (fls 400)

Obs: (VEs) = $\sum \text{Volumes: (VHid) Hidrantes} + (VUn) \text{ Unidades} + (VPip) \text{ Pipa} + (VSoc) \text{ Áreas Sociais}$

(VHid) Hidrantes = 324.000 m³ (volume de água para apoio aos bombeiros) (fls 401)

Obs: 60 hidrantes ativos x 1 m³ x 30 x 180 = 324.000 m³

(VUn) Unidades = 190.434 m³ (Volume utilizado em: sede, lojas, ETAs; ETES, EEE., EAP, etc, de pequeno, médio e grande portes, com consumos anual, respectivamente de : 248 m³, 249 a 1090 m³ e 2180 m³) (fls 402)

Obs: 113 x 248 = 28.024 m³ + 93 x 1090 = 101.370 m³ + 28 x 2.180 = 61.040 m³ = 190.434 m³

(VPip) pipa = 15.988 x 20 m³ = 319.760 m³ (Volume contabilizado a partir das OS) (fls 402)

Obs: 15.988 caminhões pipa x 20 m³ = 319.760 m³



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/107/2016

Data 04/02/2016 File 681

Assessoria Técnica
Conselheiro
AGENERSA
ID Funcionário: 2054136-8

(VSoc) áreas sociais = $1.739.322 \text{ m}^3$ (Volume destinado a suprir áreas sociais - áreas de risco e irregulares)
(fls 304)

OBS: $(15.549 - 5.406 = 10.143) \times 12 \times 14,29 = 1.739.322 \text{ m}^3$

$VU = 20.120.625 + 40.241 + 927.021 + 0 + 2.573.516 = 23.660.754 \text{ m}^3$

$VD - VU = 36.121.509 - 23.660.754 = 12.460.755 \text{ m}^3$

$VD - VU/VD = 12.460.755/36.121.509 = 0,34496 = 34,50\%$

Esse seria o entendimento o exarado pela CASAN, entretanto, a **Deliberação AGENERSA Nº 2917/2016 integrada pela Deliberação AGENERSA Nº 3034/2016²⁸**, estabelecem a seguinte fórmula para o cálculo de Perdas Totais: (fls 176)

$VD = 36.181.623 \text{ m}^3$

$VU = 20.120.623 \text{ (micromedido)} + 0 \text{ (estimado)} + 455.847 \text{ (recuperado)} = 20.576.472 \text{ m}^3$

$IPD = (VD - VU) \div VD \times 100 = (36.181.623 - 20.576.472) \div 36.181.623 \times 100 = 43,13\%$

Observação: A CASAN tem a informar que na fórmula acima não foram considerados os seguintes volumes: Estimado; Operacional; Especial ou Serviço, que corresponde aos Volumes de: Apoio aos Bombeiros; Unidades; Caminhões Pipa e de Áreas Sociais.

Cabe informar que considerar essas informações é extremamente importante, uma vez que permitirá se obter um resultado de Perdas Totais com boa precisão".

Através do Ofício AGENERSA/CODIR/LT nº 167/2018 foi assinado prazo para a Concessionária Prolagos apresentar suas razões finais.

É o relatório.


Luigi Troisi
Conselheiro Relator

²⁸ Aprovada pelo 3º Termo Aditivo ao Instrumento Concessivo.



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

Serviço Público Estadual

Processo nº 12-12/003/107/2016

Data 04/02/2016 Fls.: 682

Rubrica

Carol Bastos Reis

Assessoria de Conselho

AGENERSA

Funcional: 2354136-8

Processo nº: E-12/003/107/2016
Data de autuação: 04/02/2016
Concessionária: Prolagos
Assunto: Índice de Controle de Perdas – Ano 2015
Sessão Regulatória: 27 de setembro de 2018

VOTO

Trata-se de recurso¹ interposto pela Concessionária em face da Deliberação AGENERSA nº 3034/2016², que: 1) considerou que a Prolagos não atendeu ao disposto no art. 2º da Deliberação AGENERSA nº 2917/2016³; 2) quanto ao Índice de Controle de Perdas referente ao ano de 2015,

¹ Às fls. 281/312.

² **DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3034, DE 13 DE DEZEMBRO DE 2016.**

CONCESSIONÁRIA PROLAGOS - ÍNDICE DE CONTROLE DE PERDAS - ANO 2015.

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 E-12/003/107/2016, por unanimidade, **DELIBERA**:

Art. 1º - Considerar que a Concessionária não atendeu ao disposto no Art. 2º da Deliberação AGENERSA nº 2917/2016, bem como, não atingiu a meta de 30% referente ao Índice de Controle de Perdas para o ano de 2015 previsto na Cláusula Décima Segunda, alínea "b" do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão;

Art. 2º - Aplicar à Concessionária Prolagos, a Penalidade de Multa no valor de 0,04% (quatro centésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração, com base na Cláusula Quinquagésima Primeira, §2º, Inciso II, do Contrato de Concessão e Art. 24, Inciso I, alínea "g" da IN 007/2009, por descumprir a Cláusula Décima Segunda, alínea "b" do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão e a Cláusula Décima Nona, §1º, alínea "g" do Contrato de Concessão, por não atingir as Metas de Perdas no ano de 2015 conforme determinado no Art. 2º da Deliberação AGENERSA nº 2917/2016;

Art. 3º - Determinar à Secretaria Executiva, em conjunto com as Câmaras Técnicas CASAN e CAPET, a lavratura do correspondente Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa AGENERSA/CD nº 007/2009;

Art. 4º - Determinar que a Prolagos apresente, anualmente, o Índice de Perdas, utilizando a fórmula contratual, bem como os conceitos trazidos no corpo deste voto, devendo comprovar todos os volumes informados, sobretudo, o volume recuperado;

Art. 5º - Determinar que a CASAN, estabeleça o índice de desempenho tratado no Art. 4º e o acompanhe de acordo com o Contrato de Concessão, nos termos do presente voto, de acordo com o Art. 28, Inciso III do Regimento Interno da AGENERSA;

Art. 6º - Determinar que a Prolagos implante, imediatamente, Programa de Controle para efetiva redução das Perdas;

Art. 7º - Determinar que a CASAN recalcule os Índices de Perdas dos últimos 5 anos utilizando a fórmula contratual expressa no Anexo V do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, nos termos do presente voto, no prazo de 60 dias;

Art. 8º - Esta Deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.

³ **DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 2917, DE 28 DE JUNHO DE 2016.**

CONCESSIONÁRIA PROLAGOS - PERDAS FÍSICAS.

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 E-12/003/107/2016, por maioria, **DELIBERA**:

Art. 1º - Determinar que a SECEX retifique o assunto objeto do presente processo, alterando-o de 'Perdas Físicas' para 'Índice de Controle de Perdas - Ano 2015'.

Art. 2º - Baixar o processo em diligência para que a Concessionária, em 15 (quinze) dias, calcule o índice de perdas, utilizando a fórmula contratual $IPD (\%) = [(VD - VU) / VD] \times 100$.

Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor na data da sua publicação.



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

Serviço Público Estadual

Processo nº 08-12/003/107-2016

Data 04/02/2016 Fis. 683

Rubrica:

Carlos Pestos Reis
Assessor Jurídico
Conselheiro
AGASA
ID Func: 2054136-8

considerou que a Prolagos não atingiu a meta contratual de 30%, prevista na Cláusula Décima Segunda, alínea "b", do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão; 3) aplicou penalidade de multa de 0,04% (quatro centésimos por cento) do seu faturamento nos últimos 12 meses anteriores à prática da infração; 4) determinou que a CASAN recalculasse os Índices de Perdas dos últimos 5 anos utilizando a fórmula contratual expressa no 3º Termo Aditivo, no prazo de 60 (sessenta) dias; 5) entre outras providências.

Preliminarmente, a Prolagos aborda a tempestividade da peça recursal, requer efeito suspensivo para a Deliberação combatida e apresenta um resumo dos fatos.

Em seguida, alega violação à proibição de comportamento contraditório, bem como ofensa aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima, da boa-fé objetiva, do contraditório, da ampla defesa e da não surpresa.

Apresenta suas considerações a respeito da fórmula utilizada para o cálculo das perdas e sustenta ausência de conceituação das variáveis constantes da equação de perdas. Em continuação, discorre sobre suas ações no Programa de Combate a Perdas.

Requer, por fim, que "(...) seja atribuído efeito suspensivo ao presente Recurso e, no mérito, seja-lhe dado provimento para reformar as determinações contidas na Deliberação AGENERSA nº 3034/2016, de forma a serem acolhidos os cálculos apresentados pela Concessionária, considerando-se atingida a meta de 30% (trinta por cento) referente ao Índice de Controle de Perdas para o ano de 2015 previsto na Cláusula Décima Segunda, alínea "b", do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, excluindo-se, por consequência, a multa aplicada no artigo 2º da Deliberação, bem como seja excluída a determinação constante do art. 6º da Deliberação, considerando que a Concessionária já desenvolve Programa de Perdas, encaminhado trimestralmente a esta Agência"⁴.

Às fls. 313/322, consta material anexo à peça recursal, abordando os investimentos efetuados pela Prolagos visando à redução de perdas.

⁴ Grifos no original.



Em cumprimento ao art. 7º da Deliberação AGENERSA nº 3034/2016, a CASAN apresentou a Nota Técnica nº 008/2017, com os cálculos dos Índices de Perdas da Prolagos para os últimos 05 (cinco) anos, utilizando a fórmula contratual expressa no Anexo V do 3º Termo Aditivo, tendo sido encontrado para o ano de 2015 - objeto dos presentes autos - o valor de **40,19%**.

Consta dos autos complementação da peça recursal⁵, que consiste em estudo assinado pelo Prof. Mário Augusto Bággio, especialista em perdas⁶. No aludido documento, a Prolagos reitera os termos do recurso e argumenta que *“considerando os cálculos apontados no mencionado estudo, há que se concluir que os valores aplicados pelo Ilmo. Relator na fórmula para apuração do Índice de Perdas foram equivocados, alcançando-se, por consequência, um Índice superior ao que seria o correto”*.

Instada a se manifestar, a Procuradoria da AGENERSA apresenta Parecer⁷ com as seguintes considerações:

“I – DO EDITAL DE LICITAÇÃO E DISPOSIÇÕES CONSTANTES NO INSTRUMENTO CONCESSIVO: REDUÇÃO PERDAS D'ÁGUA

⁵ Às fls. 340/404.

⁶ O estudo versa sobre os seguintes temas:

- Conceitos sobre o controle de perdas
- Padrão mundial definido IWA: conceitos e indicadores
- Matriz do Balanço Hídrico (Metodologia *Top x Down*)
- Medição
- Rateio
- Limites
- Indicadores
- Consumos não medidos e não faturados
- Crescimento natural das perdas
- Situação atual dos indicadores
- Situação proposta
- Definições da variável VD
- Definições da variável VU
- Considerando o Balanço Hídrico na apuração de VD e VU

⁷ Às fls. 562/583.



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

Serviço Público Estadual

Processo nº 08-12/003/107/2016

Data 04/06/2016 Fls.: 685

Rubrica:

Carol Bastos Reis
Assessor(a) Consultor(a)
RSE
Função: 2054136-8

(...) com relação à redução de perdas, o edital permitiu expressamente a indicação pelos licitantes do procedimento reservado ao programa de redução de perdas e, com ele, o programa ou tecnologia que se pretende implantar para detectar as perdas e mantê-las nos níveis exigidos. Nesta ocasião, foi estipulado uma fórmula prévia no intuito de apurar o real volume de perdas ocorridas durante o semestre, vinculando os licitantes nos 12 (doze) primeiros meses do contrato: $\text{Perdas totais} = \text{Perdas mês 6} + \text{perdas mês 7} + \dots + \text{Perdas do mês } n$. $\text{Perdas mês } n = \text{vol. macromedido} + \text{volume faturado}$. Determinado, ainda, o indicador referente a perda básica por economia (PBE), que passaria a ser base para avaliação da performance da Concessionária, qual seja, $\text{N}^\circ \text{ de economias} = \text{n}^\circ \text{ de economias mês 7} + \text{n}^\circ \text{ de economias mês 8} + \dots + \text{n}^\circ \text{ de economias mês } n$. Assim a fórmula seria: $\text{Perda básica por economia} = \text{PBE} = \text{Perdas totais} / \text{n}^\circ \text{ de economias}$.

Prossegue a Procuradoria desta AGENERSA, agora quanto à análise do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão:

"A irresignação trazida em sede recursal pela Prolagos se resume em duas premissas: i) necessidade de realização de uma leitura adequada dos elementos que perfazem a metodologia de cálculo à luz da realidade; ii) observância à uniformização dos conceitos e indicadores em nível mundial de perdas físicas e não físicas lançados pela (...) Associação Internacional da Água.

Todavia, as premissas que serão abordadas no corpo do presente parecer seguem estritamente a fórmula contratual pactuada entre os signatários. Cabendo lembrar que a Concessionária poderia ao longo dos anos ter apresentado junto ao Poder Concedente estudo fundamentado em relação à modificação da fórmula estabelecida no contrato, contando, inclusive, com o apoio/chancela da AGENERSA. Contudo, não se valeu da presente prerrogativa. Ao contrário, em sede imprópria recursal pretende "via ineditismo" alterar o que foi estabelecido pelo Poder Concedente e regulamentado, em parte, pelo Manual de Procedimentos para a Prestação de Serviços Públicos de Saneamento Básico, aprovado pela Deliberação AGENERSA nº 115/2007 - normativa essa que traz a disciplina para o programa de controle de perdas e o critério da anualidade em relação à periodicidade dessas informações, o qual não foi alterado até o presente momento.

(...)



II – DA ADEQUADA COMPREENSÃO DO CONCEITO DE PERDAS: UNIFORMIZAÇÃO DO CONCEITO SEGUNDO A ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DA ÁGUA

(...)

Impõe-se (...) reconhecer que não se trata de uma modificação da fórmula contratual, mas, tão somente, perceber, como razoável e pertinente à realidade enfrentada pelas Companhias de Saneamento, que o volume utilizado alcança também aquele consumo que, ao lado dos consumos medidos não faturados (usos próprios, caminhão-pipa, etc.), pode não ser medido e, ao mesmo tempo, não faturado (corpo de bombeiros, favelas, etc.). Tudo isso observando a lógica do percentual de aproximadamente 2% (dois por cento) estabelecido no Instrumento Concessivo.

Sob esse enfoque, eventual defesa por uma interpretação restritiva implicaria em abarcar uma definição parcial de volume utilizado, como aquele reservado apenas ao consumo autorizado faturado. Por óbvio, teríamos visão desfocada da realidade e do próprio sentido reservado à terminologia “consumo autorizado”. Em outras palavras, se perda de água é igual ao volume de entrada menos o consumo autorizado (consumo autorizado faturado e consumo autorizado não faturado), a defesa reducionista desconheceria o consumo de água de caminhão-pipa, corpo de bombeiros, favelas, áreas irregulares, etc., ou seja, desconheceria todos os tipos de consumo abarcados pelo elemento “consumo autorizado não faturado”.

Diante desse raciocínio, esta Procuradoria entende que o elemento VU alcança o consumo autorizado faturado e o consumo autorizado não faturado e seus respectivos elementos, eis que ambos indicam, ainda que em menor ou maior grau, o volume utilizado. Tal raciocínio impõe o reconhecimento, em parte, das razões recursais sob a leitura estrita do percentual de aproximadamente 2% (fixado pelo Contrato de Concessão), sem prejuízo, quando do advento da revisão quinquenal, do aprimoramento da fórmula contratual – sugere-se que o trabalho apresentado pela Prolagos, no âmbito do processo em epígrafe, para formatação de nova fórmula seja apreciado quando da realização dos estudos concernentes ao novo ciclo revisional.

Assiste, pois, razão à Recorrente, uma vez que a premissa fática verdadeira é a de que o volume estimado não abrange apenas as chamadas “penas d’água”, mas outros itens que sempre compuseram esta



rubrica e, assim, esta não é igual a zero. Contudo, não se pode ultrapassar o percentual acima informado, qual seja, aproximadamente 2% (dois por cento), sob pena de alteração indevida ao Contrato de Concessão.

III – DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Em diversas vezes foi apontada a necessidade de revisão dos processos anteriores que seguiram sob a formatação do entendimento mantido no tempo pela CASAN, que utilizava da fórmula $PF = A - (B \pm C) - D - E$ para calcular as perdas d'água. O aprimoramento destas discussões motivou a redação do art. 7º da Deliberação AGENERSA 3.034, de 13 de dezembro de 2016, bojo da qual determina que "a CASAN recalcule os índices de perdas dos últimos 5 anos utilizando a fórmula contratual expressa no Anexo V do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, nos termos do presente voto, no prazo de 60 dias".

(...)

Num esforço de síntese, é particularmente oportuna a dicção contida no art. 7º da deliberação recorrida, eis que a Administração Pública diante da complexidade de todos os assuntos colocados ou delegados a sua guarda possui, sob o prisma da legislação em vigor, a prerrogativa de rever, observados os últimos 5 (cinco) anos, as suas decisões. (...)

IV – DO CUMPRIMENTO CONTRATUAL

A Recorrente traz em momento posterior à interposição do Recurso Administrativo documentação acostada às fls. 340/342, bojo da qual pretende demonstrar a comprovação dos cálculos referentes ao índice de perdas/2015 e, pois, o equívoco do entendimento adotado pela AGENERSA. Contudo, aduz que a citada documentação retrata complementação ao recurso já interposto.

Preliminarmente, não há previsão da figura jurídica "complementação recursal" na Lei nº 5.427, de 01 de abril de 2009, em virtude da própria preclusão consumativa, atraindo, por óbvio, o não conhecimento do recurso, notadamente em relação ao denominado pleito complementar. Ainda que se sustente que o rigor formal é mais atenuado do que aquele exigido para os recursos judiciais; a tempestividade e, com ela, a associação entre a petição do recurso e as razões, devem ser observadas



dentro do prazo recursal. Como bem adverte Carvalho Filho⁸, “não há amparo para a dissociação entre a petição do recurso e as razões que lhe servem de fundamento, a menos que haja expressa previsão na lei, como ocorre em alguns casos na esfera judicial.”

(...)

A partir das ilações apresentadas no corpo do presente parecer jurídico, salta aos olhos que a Concessionária Prolagos não atendeu a meta estipulada no Instrumento Concessivo, qual seja: 30%.

(...)

Por esse ângulo de análise, é fácil inferir, consoante os dados apresentados pela delegatária, que não houve adimplemento à meta fixada pelo Instrumento Concessivo, razão pela qual deve ser mantido o conteúdo declaratório contido no art. 1º do ato administrativo recorrido. (...)

V – CONCLUSÃO

(...) esta Procuradoria sugere conhecer o presente Recurso, eis que tempestivo e, no mérito, dar provimento parcial, alterando-se o conteúdo da determinação imposta pelo art. 4º, que passará a constar a seguinte redação: Determinar que a Prolagos apresente, anualmente, o índice de perdas, utilizando a fórmula contratual segundo as premissas colacionadas no corpo do Parecer Jurídico FMMM nº 01/2018, devendo comprovar rigorosamente, sob pena de aplicação de penalidades, todos os volumes informados, sobretudo, o volume recuperado. Outrossim, pelo princípio da proporcionalidade e razoabilidade parcial das alegações recursais, sugere-se redução do patamar pecuniário fixado. Mantidos na íntegra os demais artigos da deliberação recorrida”.

A Prolagos apresenta razões finais⁹ assinadas pelo Escritório Siqueira Castro Advogados, argumentando “ausência de instrução técnica e jurídica”, “ausência de pronunciamento técnico como prejuízo de ordem material”, “desconsideração do estudo técnico apresentado – direito à produção de prova a qualquer tempo”, “violação do princípio do juiz natural”, “violação à segurança jurídica”, “da exigência da implantação de um programa de controle de perdas, já existente”, e alegando a existência de “relevantes repercussões decorrentes da manutenção da decisão recorrida”.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017, p. 1016.

⁹ Às fls. 588/626.



Conclui requerendo que seja "(i) *Conhecido e, no mérito, julgado procedente o recurso interposto, para o reconhecimento do cumprimento da meta de perdas no ano de 2015 e revogação da multa aplicada nos termos da Deliberação AGENERSA nº 3.034/16; ou (ii) Em homenagem ao princípio da eventualidade, caso superado o pleito anterior, requer seja o presente assunto submetido ao processo de revisão quinquenal de tarifas da Concessionária PROLAGOS, com o apensamento do presente processo àquele, de forma a se permitir o aprofundamento da análise da fórmula de cálculo do índice de perdas, para a efetiva conceituação de cada um dos seus elementos*".

Com relação ao segundo pedido formulado, cabe esclarecer que a questão não deve ser remetida aos autos da Revisão Quinquenal, por se tratar de análises distintas: uma consiste em definir o índice de perdas do ano de 2015 e a outra, em debater eventual modificação na fórmula fixada no Instrumento Concessivo para o futuro.

Esta Relatoria remeteu os autos à CASAN¹⁰, que prestou os seguintes esclarecimentos:

"Ao longo do Processo nº E-12/003.107/2016 é citado que a CASAN não emitiu Parecer Conclusivo a respeito da fórmula aplicável ao cálculo de índice de perdas.

Cabe informar que as informações sobre essa matéria estão contidas em diversos documentos emitidos, tais como:

Nota Técnica AGENERSA/CASAN Nº 012/2016, de 02/02/2016, às fls. 05 a 07 do P.P;

Despachos: às fls. 18/19; 21; 38/39 e 43/44 do P.P.

(...)

A fórmula estabelecida teve por objetivo determinar o cálculo de **Perdas Totais** do sistema de água, que após alguns debates, em caráter preliminar, passou a ter, no entendimento da CASAN, a seguinte composição, que ainda não foi aprovada pelo CODIR:

$$IPD (\%) = VD - VU/VD \times 100$$

DEFINIÇÕES:

IPD = Índice de Perdas Totais na Distribuição

¹⁰ Às fls. 628/630.



VD = Volume Disponibilizado - Volume destinado a distribuição de água aos usuários da área de concessão

$VD = \text{Volume Produzido} - \text{Volume Exportado} + \text{Volume Importado}$

Volume produzido - Volume resultante do processo de produção de água na ETA

Volume exportado - Volume de água cedido pela Concessionária que não é contabilizado na distribuição aos usuários da área de concessão

Volume importado - Volume de água que é adquirido pela Concessionária para ser distribuído aos usuários da área de concessão

VU = Volume Utilizado

$VU = \sum \text{Volumes: (VM) Micromedido} + \text{(VE) Estimado} + \text{(VR) Recuperado} + \text{(VO) Operacional} + \text{(VEs) Especial ou Serviço}$

(VM) Volume Micromedido = volume registrado nos hidrômetros dos usuários

(VE) Volume Estimado = volume consumido por imóveis que não dispõem de hidrômetros, avaliado pela Concessionária

(VR) Volume Recuperado = volume resultante de negociação com usuários fraudadores. Exemplo: um fraudador é flagrado pela Concessionária que determina que o mesmo utilizou 100 m³. Na negociação com o fraudador fica estabelecido que o mesmo arcará com o custo não dos 100 m³ mas com 80% que corresponde a 80 m³, que é o volume recuperado nessa ocorrência. O valor total do volume recuperado no período que foi realizada a operação com fraudadores, corresponde ao somatório dos resultados das recuperações conseguidas nas ocorrências verificadas no período.

(VO) Volume Operacional = volume de água utilizado em testes, desentupimentos e desinfecção dos Sistemas de Água e Esgoto. Volume utilizado, no mínimo uma vez por ano nas tubulações e reservatórios dos Sistemas operados pela Concessionária.

(VEs) Volume Especial ou Serviço = $\sum \text{Volumes: (VHid) Hidrantes} + \text{(VUn) Unidades} + \text{(VPip) Pipa} + \text{(VSoc) Áreas Sociais}$

(VHid) Hidrantes = volume de água para apoio aos bombeiros

(VUn) Unidades = Volume utilizado no funcionamento das unidades pertencentes à Concessionária, tais como: sede, lojas, ETAs, ETEs, EEE, EAP, etc. e em unidades de utilidade pública estabelecidas pelo Poder Concedente Municipal



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/107/2016

Data 04/02/2016 Fls. 691

Assessoria

Carol Bastos Reis
Assessora
SA
ID Funcionário: 2054136-8

(VPip) Pipa = Volume contabilizado a partir das Ordens de Serviço de solicitação de atendimento aos usuários por caminhão pipa

(VSoc) Áreas Sociais = Volume destinado a suprir áreas sociais, áreas de risco e irregulares, e cedido às Comunidades.

Considerando as definições acima e os valores contidos no Presente Processo, foi elaborado o seguinte cálculo de Perdas Totais:

$$IPD = VD - VU/VD$$

VD = Volume Disponibilizado

VD = Volume Produzido - Volume Exportado (fls. 397)

$$VD = 36.181.623 - 60.114 = 36.121.509 \text{ m}^3$$

VU = Volume Utilizado

VU = $\sum$ Volumes: (VM) Micromedido + (VE) Estimado + (VR) Recuperado + (VO) Operacional + (VEs) Especial

(VM) Volume Micromedido = 20.120.625 m³ (volume registrado nos medidores) (fls. 398)

(VE) Volume Estimado = 40.241 m³ (imóveis que não dispõem de medidores) (fls. 362/388)

Obs: 2% de (VM) = 40.241 m³

(VR) Volume Recuperado = 927.021 m³ (volume de clientes com fraudes) (fls. 619)

Obs: 5.406 clientes x 12 x 14,29 m³ = 927.021 m³

(VO) Volumes Operacional = Zero (volume de água utilizado em testes e desinfecção de redes)

Obs: informação da Concessionária - volume = zero m³ (fls. 400)

(VEs) Volume Especial = 2.573.516 m³ (fls. 400)

Obs: (VEs) = $\sum$ Volumes: (VHid) Hidrantes + (VUn) Unidades + (VPip) Pipa + (VSoc) Áreas Sociais

(VHid) Hidrantes = 324.000 m³ (volume de água para apoio aos bombeiros) (fls. 401)

Obs: 60 hidrantes ativos x 1 m³ x 30 x 180 = 324.000 m³

(VUn) Unidades = 190.434 m³ (Volume utilizado em: sede, lojas, ETAs, ETEs, EEE, EAP, etc, de pequeno, médio e grande portes, com consumos anual, respectivamente de: 248 m³, 249 a 1090 m³ e 2180 m³) (fls. 402)

Obs: 113 x 248 = 28.024 m³ + 93 x 1090 = 101.370 m³ + 28 x 2.180 = 61.040 m³ = 190.434 m³

(VPip) pipa = 15.988 x 20 m³ = 319.760 m³ (Volume contabilizado a partir das OS) (fls. 402)

Obs: 15.988 caminhões pipa x 20 m³ = 319.760 m³



(VSoc) áreas sociais = $1.739.322 \text{ m}^3$ (Volume destinado a suprir áreas sociais - áreas de risco e irregulares) (fls. 304)

OBS: $(15.549 - 5.406 = 10.143) \times 12 \times 14,29 = 1.739.322 \text{ m}^3$

$VU = 20.120.625 + 40.241 + 927.021 + 0 + 2.573.516 = 23.660.754 \text{ m}^3$

$VD - VU = 36.121.509 - 23.660.754 = 12.460.755 \text{ m}^3$

$VD - VU/VD = 12.460.755/36.121.509 = 0,34496 = 34,50\%$

Esse seria o entendimento exarado pela CASAN, entretanto, a **Deliberação AGENERSA Nº 2917/2016 integrada pela Deliberação AGENERSA Nº 3034/2016¹¹**, estabelecem a seguinte fórmula para o cálculo de Perdas Totais: (fls. 176)

$VD = 36.181.623 \text{ m}^3$

$VU = 20.120.623 \text{ (micromedido)} + 0 \text{ (estimado)} + 455.847 \text{ (recuperado)} = 20.576.472 \text{ m}^3$

$IPD = (VD - VU) \div VD \times 100 = (36.181.623 - 20.576.472) \div 36.181.623 \times 100 = 43,13\%$

Observação: A CASAN tem a informar que na fórmula acima não foram considerados os seguintes volumes: Estimado; Operacional; Especial ou Serviço, que corresponde aos Volumes de: Apoio aos Bombeiros; Unidades; Caminhões Pipa e de Áreas Sociais.

Cabe informar que considerar essas informações é extremamente importante, uma vez que permitirá se obter um resultado de Perdas Totais com boa precisão".

Logo, o resultado do IPD obtido nos cálculos da CASAN, com fulcro na fórmula estabelecida no 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, corresponde a **43,13%**.

Da análise da peça recursal, verifica-se que foi apresentada tempestivamente e aplicado efeito suspensivo às determinações da Deliberação AGENERSA nº 3034/2016.

A metodologia estabelecida pelo Poder Concedente para o cálculo do índice de perdas da Prolagos encontra-se expressa no Anexo V do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, de 08/02/2011, que contou com a anuência da Prolagos. No mencionado instrumento jurídico, constam todas as definições e parâmetros que utilizarei a partir de agora neste Voto.

¹¹ Aprovada pelo 3º Termo Aditivo.



ANEXO V

Rubrica:

METODOLOGIA DE CÁLCULO DE PERDAS

$$IPD (\%) = [(VD - VU) / VD] \times 100$$

Onde:

- IPD é o índice de perdas distribuição
 - Total de perda realizada no mês %;
- VD é o volume disponibilizado
 - Volume total macromedido computado à partir do medidor aduzido, ou seja, após o processo de lavagem;
- VU é o volume utilizado
 - Somatório do volume micromedido (hidrometrado) aproximadamente 98% de todas as ligações ativas;
 - Somatório do volume estimado não hidrometrado / aproximadamente 2% de todas as ligações ativas;
 - Somatório do volume recuperado em ações de combate a fraude, em abastecimentos clandestinos e ligações irregulares.

A Prolagos baseia seu primeiro argumento, em suma, na violação à proibição de comportamento contraditório, ofensa aos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva, sob a alegação de que esta Agência Reguladora vinha aplicando uma metodologia para o cálculo de perdas e, por determinação da Deliberação AGENERSA nº 2917/2016, determinou a baixa em diligência dos autos para a realização do cálculo do índice perdas para o ano de 2015 "(...) utilizando a fórmula contratual $IPD (\%) = [(VD - VU) / VD] \times 100$ ".



Tal argumento não merece prosperar. Uma vez constatada por este Ente Regulador a utilização de metodologia diversa daquela pretendida pelo Poder Concedente e fixada de comum acordo entre as partes, não restava alternativa senão a aplicação da metodologia correta.

Assim, o Ilustre Relator, então Conselheiro Roosevelt Brasil, determinou que "(...) a Prolagos apresente, anualmente, o Índice de Perdas, utilizando a fórmula contratual, bem como os conceitos trazidos no corpo deste voto, devendo comprovar todos os volumes informados, sobretudo, o volume recuperado", tendo sido acompanhado de forma unânime pelos componentes do Conselho Diretor.

A decisão da AGENERSA não fere os princípios suscitados, ao contrário, demonstra total respeito à segurança jurídica, na medida em que restaura o intuito da Administração Pública e retoma a obrigatoriedade do cumprimento do pacto firmado entre Poder Concedente e Concessionária.

Isto porque, conforme bem destacado no Voto do então Ilustre Relator do presente processo, às fls. 83/88, "(...) a expressão matemática para o cálculo do índice de perdas que está em vigor é a (...) fórmula, constante do 3º Termo Aditivo, referendado pela Concessionária, Agência Reguladora e Poderes Concedentes. Sendo assim, é certo que não podemos nos refutar de cumprir o Instrumento Concessivo, assinado em comum acordo entre os atores envolvidos neste cenário".

A Prolagos argui em seguida violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e não surpresa, sustentando que "(...) a Agência sequer permitiu que a Concessionária apresentasse esclarecimentos ou qualquer outra manifestação no âmbito do processo administrativo antes da decisão ora recorrida (...)".

A referida alegação igualmente não merece ser acolhida, uma vez que, após a edição do art. 2º da Deliberação AGENERSA nº 2917/2016, no sentido de que a Prolagos apresentasse o cálculo do índice de perdas nos moldes determinados pelo Contrato de Concessão, transcorreu o prazo regimental para a interposição de embargos ou recurso¹², sem que houvesse manifestação por parte da Concessionária. Ao invés disso, por meio da Carta PR/1498/2016, a Prolagos apresentou os cálculos com vistas ao cumprimento do referido comando, sem formular qualquer contestação ou argumentação quanto ao uso da fórmula contratual.

¹² As fls. 117.



Ademais, não há que se alegar surpresa quando, na verdade, o que se exige é a observância de uma cláusula contratual pactuada entre as partes, portanto, de pleno conhecimento e anuência da Concessionária.

A Prolagos discorre ainda sobre a fórmula contratual e suas variáveis, alegando inexistência de conceituação. Introduce o conceito de Balanço Hídrico da Associação Internacional da Água, defendendo que uma fórmula de cálculo de índice de perdas baseada nos apontados conceitos seria mais condizente com os modelos atualmente adotados.

Destaca a existência do Processo Regulatório nº E-12/003/403/2015, que trata da avaliação da fórmula adotada para o cálculo das perdas. Entende que "(...) se mostra inaceitável que a Concessionária seja punida com base em critérios carentes de definição (...)". Aponta que "em sede de razões finais foi solicitada [pela Concessionária] a criação de um grupo de trabalho, a fim de apurar o conceito mais adequado dos volumes a serem aplicados a todas as Concessionárias reguladas por esta Agência". Defende, ainda, a existência de divergências de conceituação das variáveis da equação, uma vez que não há dicionário de dados que esclareça cada variável e como apurá-las. Sustenta que a AGENERSA "(...) entendeu por (...) atribuir às variáveis da fórmula um conceito próprio".

A própria Concessionária aponta a existência do Processo Regulatório nº E-12/003/403/2015, instaurado para o debate a respeito da fórmula. Não nos compete, portanto, no âmbito do presente processo, formular juízo de valor ou discorrer sobre a eficácia ou atualidade da fórmula contratual. Até porque, como já exposto, já existe uma fórmula pactuada entre os signatários do Instrumento Concessivo, que deve ser respeitada e aplicada até que seja formalmente modificada, se for o caso.

Sobre o tema, vale destacar a colocação da Procuradoria da AGENERSA, ao alertar que "(...) a Concessionária poderia ao longo dos anos ter apresentado junto ao Poder Concedente estudo fundamentado em relação à modificação da fórmula estabelecida no contrato, contando, inclusive, com o apoio/chancela da AGENERSA. **Contudo, não se valeu da presente prerrogativa. Ao contrário, em sede imprópria recursal pretende "via ineditismo" alterar o que foi estabelecido pelo Poder Concedente**".



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

Serviço Público Estadual
Processo nº RE-12/003/107/2016
Data 04/02/2016 Fls. 696
Rubrica:

Carli Bastos
Assessoria Jurídica
2054136-8

Quanto à suposta falta de definição das variáveis constantes da equação, observa-se no Anexo V do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão que existem sim definições dos termos da equação, que jamais foram questionadas ou criticadas pela Prolagos. Tais definições devem, portanto, ser aplicadas.

Com relação ao art. 6º da Deliberação AGENERSA nº 3034/2016, que determina que "(...) a Prolagos implante, imediatamente, Programa de Controle para efetiva redução das Perdas", a Concessionária aponta que "(...) já desenvolve Programa de Perdas por Fraudes, encaminhado trimestralmente a esta Agência" e acrescenta que "(...) somente nos últimos três anos investiu mais de R\$ 29 milhões no Combate a Perdas", exemplificando as ações e sistemas implantados.

Cabe registrar, na oportunidade, que foi necessário esta Relatoria aguardar a apreciação do Processo Regulatório nº E-12/003/252/2013 – "Programa de Combate a Fraudes", que conteria dados e informações fundamentais para uma análise completa dos argumentos formulados nestes autos. O julgamento do referido processo, que ocorreu na última Sessão Ordinária, realizada em 29/08/2018, concluiu "pela ineficiência dos resultados alcançados nos anos de 2014, 2015, 2016 e 2017 pela Concessionária Prolagos no Programa de Combate a Fraude", motivo pelo qual recomendo a manutenção na íntegra do artigo 6º da decisão recorrida.

No que concerne ao estudo apresentado sob o título "complementação ao recurso"¹³, cabe observar o apontamento da Procuradoria da AGENERSA, de que "não há previsão da figura jurídica 'complementação recursal' na Lei nº 5.427, de 01 de abril de 2009, em virtude da própria preclusão consumativa, atraindo, por óbvio, o não conhecimento do recurso, notadamente em relação ao denominado pleito complementar".

Em outras palavras, visto que o Regimento Interno desta Autarquia estabelece o prazo de 10 (dez) dias para a apresentação de eventuais questionamentos relativos ao mérito da decisão publicada, nenhum argumento deve ser apreciado após o decurso do mencionado prazo, em respeito às regras estabelecidas para o trâmite processual da AGENERSA e visando à manutenção da ordem, a não ser que se trate de fato novo ou desconhecido, o que, notoriamente, não ocorreu no presente caso.

¹³ Às fls. 346/404.



Rubrica:

Carol Bastos Reis
Assessoria Jurídica
1704136-8

O referido documento tampouco apresenta produção de provas, como quer fazer crer a Concessionária na sua manifestação de fls. 588/626. Trata-se sim da apresentação detalhada do conceito de Matriz do Balanço Hídrico. Após a análise do material, considero que os conceitos apresentados são inovadores e, quando aplicados de forma global, não se coadunam com a fórmula fixada no 3º Termo Aditivo e suas definições.

No Voto que originou a decisão recorrida, o Ilustre Relator apresentou o seguinte cálculo do índice de perdas para o ano de 2015:

DO CÁLCULO DA FÓRMULA DO ANEXO V DO 3º TERMO ADITIVO

Considerando suficiente os argumentos e conceitos trazido no corpo deste voto, me utilizo da fórmula contratual:

$$IPD (\%) = \left[\frac{VD - VU}{VD} \right] \times 100$$

Onde, segundo os dados da Prolagos, temos:

VD - Volume disponibilizado = 36.181.623m³

VU - Somatório Volume Utilizado = 20.120.625⁵ + 0⁶ + 455.847⁷ = 20.576.472

$$IPD = \left[\frac{36.181.623 - 20.576.472}{36.181.623} \right] \times 100$$

IPD = 43,13%

⁵ Volume Hidrometrado = 20.120.625

⁶ Volume de Pena d'água = não há informações

⁷ Volume Recuperado = 455.847 / Porém não comprovado

O cálculo das perdas realizado por esta Relatoria também utiliza a fórmula pactuada no Anexo V do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão e suas definições, como não poderia ser diferente, e segue demonstrado em seguida:

$$IPD (\%) = [(VD - VU) / VD] \times 100$$

Onde:

- IPD = Índice de Perdas de Distribuição



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

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003/107/2016
Data 04/02/2016 Fls. 698
Rubrica
Carol Bastos Reis
Assessoria Jurídica
Conselheiro
CNPJ nº 2054136-8

- VD = Volume Disponibilizado → volume total macromedido, computado a partir do medidor aduzido, ou seja, após o processo de lavagem.
- VU = Volume Utilizado, somatório de:
 - Volume micromedido/hidrometrado (aproximadamente 98% de todas as ligações ativas)
 - Volume estimado/não hidrometrado (aproximadamente 2% de todas as ligações ativas)
 - Volume recuperado em ações de combate a fraude

Ao longo de toda a instrução processual há um consenso a respeito dos valores de Volume Disponibilizado (VD) = 36.181.623 e Volume Micromedido (Vm) = 20.120.625. Por conseguinte, estes foram os valores adotados nos nossos cálculos.

No que concerne ao Volume Recuperado, verifica-se que, no Voto que originou a deliberação recorrida, há um questionamento sobre o valor apresentado pela Prolagos. Assim, o Relator esclarece que “(...) ao enviar a Carta nº 0076/2016 que motivou a abertura deste processo em fevereiro deste ano¹⁴, a Prolagos informou o seguinte número para Volume Recuperado: 455.847m³” para o ano de 2015. Prossegue o Ilustre Relator: “(...) contudo, ao inserir o valor apresentado no fim de julho/2016, após o comando da Deliberação em análise, a Prolagos mostra outro número: 4.524.202m³”. Neste sentido cabe observar o disposto na Carta PR 1435/2017¹⁵, que informa que “(...) quanto ao volume recuperado (...) informamos que ao interpor os Embargos de Declaração, a Concessionária retificou o número inicialmente apresentado, pelo qual foi encaminhada uma errata (...). Ressaltamos ainda que sempre foi considerado neste item o volume recuperado dos clientes que foram vistoriados pelas ações de combate a fraude mais os que seriam recuperados para toda a área de concessão que estão mapeados com possíveis irregularidades (área social/risco), o que vem sendo aceito por esta Agência Reguladora”.

No entendimento desta Relatoria, deve-se considerar tão somente o volume efetivamente recuperado, e não aquele em que há possibilidade de vir a ser recuperado.

Ademais, a análise do Processo Regulatório nº E-12/003/252/2013 não trouxe qualquer elemento capaz de alterar os argumentos apresentados pelo então Ilustre Relator do presente processo.

Pelas razões expostas, recomendo a adoção do valor utilizado pelo então Ilustre Conselheiro Roosevelt Brasil.

¹⁴ 2016

¹⁵ Às fls. 427/438.



Registre-se ainda que o Voto do Ilustre Relator¹⁶ considerou o Volume Estimado/Não Hidrometrado como zero, por considerar que "(...) a Prolagos não tem ligações ativas com penas d'água".

Por outro lado, a Procuradoria da AGENERSA apresenta uma interpretação ampliada de que o "(...) volume utilizado alcança também aquele consumo que, ao lado dos consumos medidos não faturados (usos próprios, caminhão-pipa, etc.), pode não ser medido e, ao mesmo tempo, não faturado (corpo de bombeiros, favelas, etc.). Tudo isso observando a lógica do percentual de aproximadamente 2% (dois por cento) estabelecido no Instrumento Concessivo".

Ocorre que, às fls. 246, a Prolagos apresenta a informação de que há 181 usuários desprovidos de aparelho de medição, totalizando 64.743m³. Tendo em vista que a definição constante do 3º Termo Aditivo faz referência a "ligações ativas" e não aborda outros usos como os discriminados pela Procuradoria da AGENERSA, esta Relatoria decidiu adotar o valor de 64.743m³ nos seus cálculos, sendo este o único ponto em que difere dos cálculos realizados pela então Relatoria do presente processo.

Seguem abaixo os cálculos desta Relatoria:

$$IPD (\%) = [(VD - VU) / VD] \times 100$$

$$IPD (\%) = [(36.181.623 - 20.641.215) / 36.181.623] \times 100 = 42.95\%$$

$$VD = 36.181.623 \text{ m}^3$$

$$Vm = 20.120.625 \text{ m}^3$$

$$VE = 64.743 \text{ m}^3$$

$$VR = 455.847 \text{ m}^3$$

$$VU = 20.641.215 \text{ m}^3$$

Conforme dispõe a Cláusula Décima Segunda do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão:

¹⁶ Às fls. 159/180.



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

Serviço Público Estadual
Processo nº E-12/003/107/2016
Data 04/06/2016 Fls. 700
Subscrição

Carmel Santos Reis
Assessor Jurídico
Conselheiro
CANC 2054136-8

(b) As metas de perdas, previstas no Edital de Concorrência nº CN/04/96 I-18, Meta 3.3, serão calculadas conforme ANEXO V e passam a ser as seguintes:

Ano 2008-2013: 32%

Ano 2014-2023: 30%

De 2024-2041: 30%

Resta evidenciado, assim, que a Prolagos não atingiu a meta contratual de 30% para o ano de 2015.

Tendo em vista a informação da Prolagos de que 181 clientes ativos não são hidrometrados e que seu consumo de 64.743m³ foi incorporado aos cálculos, há uma pequena diferença entre o IPD de 43,13% calculado pelo então Ilustre Relator Roosevelt Brasil e o IPD de 42,95% calculado por esta Relatoria. Entretanto, a apontada diferença não tem o condão de alterar a penalidade aplicada, devendo o artigo 2º da decisão recorrida ser mantido.

Quanto ao disposto no artigo 7º da deliberação recorrida, que determina o recálculo do Índice de Perdas de Distribuição dos últimos cinco anos, utilizando a fórmula expressa no Anexo V do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, ousou discordar do entendimento do Ilustre Relator. Isto porque, ao longo destes anos, a Prolagos vinha utilizando de boa-fé o critério orientado pela CASAN, sem que houvesse até a edição da Deliberação AGENERSA nº 3034/2016, qualquer orientação em contrário. Entendo, portanto, que os cálculos do IPD não devem retroagir, acarretando a consequente revogação do artigo 7º, em respeito ao princípio da boa-fé objetiva que entendo ter permeado a conduta da Concessionária.

Nas palavras do Professor Silvio Rodrigues, *"Entende-se boa-fé como um conceito ético de conduta, moldado nas idéias de proceder com correção, com dignidade, pautada a atitude nos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar"*¹⁷.

Cabe registrar, por fim, que foram recebidas novas razões finais no meu Gabinete, em 24/09/2018, assinadas pelo Escritório Siqueira Castro Advogados, nas quais alega, inicialmente, a existência de "(...) vícios processuais ensejadores de nulidade absoluta", referindo-se ao art. 53 do Regimento Interno desta

¹⁷ Silvio Rodrigues, "Direito Civil", São Paulo, 3º Volume, Ed. Saraiva, 28ª ed., pág. 60.



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

Serviço Público Estadual

Processo nº 18-12/003/107/2016

Data 04/02/2016 Fls. 701

Rubrica:

Carol Bastos Reis
Conselheiro
AGENERSA
CPF: 2054136-8

Autarquia¹⁸, ao afirmar que "(...) o presente feito já foi objeto de apreciação pelo douto CODIR dessa AGENERSA por 03 (três) vezes, frise-se, sem o atendimento desse mandamento regimental insuperável. Assim, o vício ora assinalado consumou-se a cada apreciação em sessão regulatória, de modo que não é possível considerar o pronunciamento da CASAN só agora elaborado como sendo o bastante para suprir a ausência de parecer técnico quando dos julgamentos já consumados".

O que pretende questionar a Prolagos, aparentemente, não é a existência de parecer técnico nos autos, mas sim o seu conteúdo, ocasião em que se faz necessário esclarecer que o objetivo de tais pareceres é subsidiar o Voto do Relator que, no caso, ao inscrever o processo na pauta de julgamento, considerou as informações contidas nos autos suficientes para a tomada da sua decisão.

Questiona novamente a aplicabilidade da fórmula contratual e solicita mais uma vez o encaminhamento do presente processo à Revisão Quinquenal, argumentos já devidamente enfrentados neste Voto.

Tece considerações técnicas a respeito do parecer da CASAN, porém considerando o cálculo do aludido órgão técnico que atingiu o resultado de 34,50% com base na fórmula não contratual que não foi aceita por esta Relatoria para o ano de 2015, motivo pelo qual não adentrarei no mérito deste questionamento.

À luz dos fundamentos apresentados neste Voto, considero que: (i) deve ser aplicada a fórmula contratual para a apuração do índice de perdas, eis que eventual modificação da aludida fórmula depende da anuência das partes e consequente formalização; (ii) a aplicação da fórmula contratual não deve retroagir, em homenagem ao princípio da boa-fé objetiva; e (iii) com base nos cálculos da CASAN, utilizando a fórmula contratual, às fls. 628/630, a Prolagos não observou a meta contratual de perdas no ano de 2015.

Diante do exposto, sugiro ao Conselho Diretor:

¹⁸ "Art. 53 - Para inclusão em pauta de Sessão Regulatória, o processo deverá, necessariamente, estar instruído contendo, no mínimo, pareceres conclusivos da(s) Câmara(s) Técnica(s), quando for o caso, e da Procuradoria da AGENERSA, que devem ser proferidos no prazo máximo de 30 (trinta) dias, salvo comprovada necessidade de prorrogação."



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

Serviço Público Estadual

Processo nº E-12/003/107/2016

Data 04/02/2016 Fls.: 702

Carol B. Reis
Assessor
A. A. A.
in. 2014136-8

- Conhecer o recurso interposto pela Concessionária Prolagos em face da Deliberação AGENERSA nº 3034, de 13/12/2016, eis que tempestivo, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial no sentido de revogar o artigo 7º, mantendo inalterados os demais artigos;
- Homologar o valor de 42,95% para o IPD de 2015.

É o Voto.


Luigi Troisi

Conselheiro Relator



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

Serviço Público Estadual

Processo nº 18-12/003/107/2016

Data 04/02/2016 Fls. 703

Rubrica

Carol Bastos Reis
Assessor
AGENERSA
ID 2054136-8

DELIBERAÇÃO AGENERSA Nº 3567

, DE 27 DE SETEMBRO DE 2018.

**PROLAGOS - ÍNDICE DE CONTROLE DE PERDAS - ANO
2015 - RECURSO À DELIBERAÇÃO AGENERSA nº 3034/2016**

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-12/003/107/2016, por unanimidade,

DELIBERA:

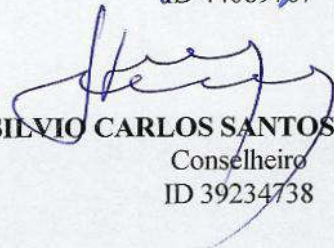
Art. 1º - Conhecer o recurso interposto pela Concessionária Prolagos em face da Deliberação AGENERSA nº 3034, de 13/12/2016, eis que tempestivo, para, no mérito, dar-lhe provimento parcial no sentido de revogar o artigo 7º, mantendo inalterados os demais artigos.

Art. 2º - Homologar o valor de 42,95% para o IPD de 2015.

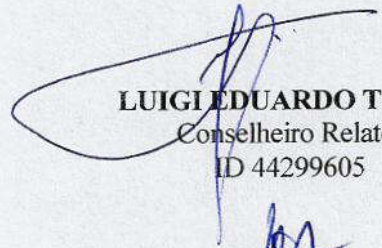
Art. 3º - Esta Deliberação entrará em vigor a partir da data de sua publicação.

Rio de Janeiro, 27 de setembro de 2018.


JOSÉ BISMARCK VIANNA DE SOUZA
Conselheiro Presidente
ID 44089767


SILVIO CARLOS SANTOS FERREIRA
Conselheiro
ID 39234738


JOSÉ CARLOS DOS SANTOS ARAÚJO
Conselheiro
ID 05546885


LUIGI EDUARDO TROISI
Conselheiro Relator
ID 44299605


TIAGO MOHAMED MONTEIRO
Conselheiro
ID 50894617


ADRIANA MIGUEL SAAD
Vogal