



NOTA TÉCNICA CRE 09/2021
2ª Revisão Tarifária Periódica da Copasa MG e 3ª Revisão
Tarifária Periódica da Copanor
MATRIZ DE RISCOS

(VERSÃO APÓS A AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 35/2020)

Coordenadoria Técnica de Regulação e Fiscalização Econômico-Financeira (CRE)

Março de 2021

Diretoria Colegiada:

Antônio Claret de Oliveira Júnior – Diretor Geral

Rodrigo Bicalho Polizzi – Diretor

Stefani Ferreira de Matos - Diretor

Coordenadoria Técnica de Regulação e Fiscalização Econômico-Financeira (CRE):

Raphael Castanheira Brandão – Coordenador

Vanessa Miranda Barbosa – Assessora

Gerência de Regulação Tarifária (GRT):

Daniel Rennó Tenenwurcel – Gerente

Antônio César da Matta de Jesus

Gustavo Vasconcelos Ribeiro

Ivana Villefort de Bessa Porto

Vinícius de Paulo Lopes - Estagiário

SUMÁRIO

_Toc67997176

1.OBJETIVO	4
2.INTRODUÇÃO	4
3.TEORIA DE ALOCAÇÃO DOS RISCOS.....	7
4.CLASSIFICAÇÕES SINTÉTICAS DE RISCOS DO SETOR	10
5.PROPOSTA DA ARSAE-MG PARA ALOCAÇÃO DOS RISCOS	12
5.1. RISCOS LEGAIS/REGULATÓRIOS	13
5.1.1. <i>Não reequilíbrio de relações contratuais após modificação unilateral de contratos (concessão e programa) pelo poder concedente.....</i>	<i>13</i>
5.1.2. <i>Fato do príncipe ou ato da administração.....</i>	<i>14</i>
5.1.3. <i>Modificação no contrato por iniciativa da concessionária ou de comum acordo com ela.....</i>	<i>15</i>
5.1.4. <i>Criação ou aumento de impostos e encargos sobre o serviço de saneamento básico.</i>	<i>15</i>
5.1.5. <i>Decisão judicial que suspenda ou impeça, por fato alheio ao concessionário, a continuidade na prestação dos serviços ou a cobrança de tarifas e outros preços públicos autorizados pela entidade reguladora.</i>	<i>16</i>
5.1.6. <i>Decisão judicial que suspenda ou impeça, por fato não alheio ao concessionário, a continuidade na prestação dos serviços ou a cobrança de tarifas e outros preços públicos autorizados pela entidade reguladora.</i>	<i>16</i>
5.1.7. <i>Deliberações da Arsaie-MG, exceto no âmbito de processos de revisão tarifária.....</i>	<i>16</i>
5.1.8. <i>Assunção de sistema com características diferentes das previstas em edital de licitação.....</i>	<i>16</i>
5.1.9. <i>Não indenização por parte do Poder Concedente por término antecipado do contrato.....</i>	<i>17</i>
5.1.10. <i>Encargos de agências governamentais estaduais e federais que administram recursos hídricos para a captação de água e descarga de esgoto.....</i>	<i>18</i>
5.1.11. <i>Atraso na data do reajuste</i>	<i>18</i>
5.1.12. <i>Término de contrato em contexto de subsídio cruzado.....</i>	<i>18</i>
5.2. RISCOS DE CONSTRUÇÃO/OPERAÇÃO	18
5.2.1. <i>Danos causados por terceiros.....</i>	<i>18</i>
5.2.2. <i>Danos à Administração decorrentes da execução de obras</i>	<i>19</i>
5.2.3. <i>Não indenização por parte do Poder Concedente por danos a ativos do prestador ou à prestação de serviços decorrentes de obras do poder público</i>	<i>19</i>
5.2.4. <i>Atrasos para a realização de obras.</i>	<i>20</i>
5.2.5. <i>Varição das despesas não administráveis acima ou abaixo do índice de reajuste, durante o ciclo tarifário, exceto decorrentes de fato do príncipe ou atos da administração</i>	<i>20</i>
5.2.6. <i>Varição das despesas gerenciáveis acima ou abaixo do índice de reajuste, durante o ciclo tarifário, exceto decorrentes de fato do príncipe ou atos da administração</i>	<i>20</i>
5.2.7. <i>Erros e defeitos de construção, erros de estimativa de custos, quantitativos e prazos, e desconformidade de obras com o projeto básico aprovado.</i>	<i>21</i>
5.2.8. <i>Interferências com outras redes e equipamentos de entidades públicas ou privadas</i>	<i>21</i>
5.2.9. <i>Falhas ou danos causados por fornecedores ou subcontratados</i>	<i>21</i>
5.2.10. <i>Processos de responsabilidade civil decorrentes de obras ou prestação dos serviços.....</i>	<i>21</i>
5.2.11. <i>Risco do investimento em infraestrutura de serviços regulados</i>	<i>21</i>
5.3. RISCOS AMBIENTAIS/SOCIAIS	21
5.3.1. <i>Responsabilidade por áreas degradadas causadas pela prestação dos serviços</i>	<i>22</i>
5.3.2. <i>Responsabilidade por poluição, inclusive sonora e olfativa, e erosão, causados pela prestação</i>	<i>22</i>
5.3.3. <i>Greves e comoções sociais, desde que consideradas legais</i>	<i>22</i>
5.3.4. <i>Vandalismo e furto de equipamentos e instalações.....</i>	<i>22</i>

5.3.5.	<i>Impactos decorrentes de descobertas arqueológicas e patrimônio histórico</i>	23
5.4.	RISCOS COMERCIAIS	23
5.4.1.	<i>Falhas na prestação do serviço que gere danos a terceiros</i>	23
5.4.2.	<i>Falhas na leitura, medição e cobrança dos serviços</i>	23
5.4.3.	<i>Não obtenção de outras receitas (não tarifárias) previstas ou obtenção a maior</i>	24
5.4.4.	<i>Inadimplência</i>	24
5.4.5.	<i>Perdas de água</i>	24
5.5.	RISCOS DE DEMANDA	24
5.5.1.	<i>Variação do consumo médio de água por economia durante o ciclo tarifário</i>	25
5.6.	RISCOS FINANCEIROS	26
5.6.1.	<i>Obtenção de financiamento e variação de suas regras</i>	26
5.6.2.	<i>Risco cambial</i>	26
5.7.	RISCOS FUNDIÁRIOS	26
5.7.1.	<i>Ônus decorrente de desapropriações ou servidões necessárias após o início da prestação do serviço</i>	27
5.8.	OUTROS RISCOS	27
5.8.1.	<i>Caso fortuito e força maior</i>	27
	6. CRITÉRIOS PARA A REALIZAÇÃO DE REVISÃO TARIFÁRIA EXTRAORDINÁRIA	28
	7. CONCLUSÃO	29

1. OBJETIVO

Esta nota técnica apresenta a proposta da Arsa-e-MG para a **Matriz de Riscos** da relação entre a Copasa MG e o Poder Concedente para o próximo ciclo tarifário de quatro anos, no âmbito da 2ª Revisão Tarifária Periódica (RTP) da Copasa e para os próximos ajustes tarifários da Copanor.

Ressalta-se que o objeto de debate neste momento foram as alocações dos riscos, bem como as discussões e teorias que as envolvem, e não eventuais resultados numéricos.

2. INTRODUÇÃO

Riscos, na literatura técnica, são conceituados como a probabilidade e consequência (positiva ou negativa) de um determinado evento acontecer (OFWAT, 2010)¹. Em projetos de infraestrutura, como o saneamento, eles estão geralmente relacionados à “ocorrência de um evento desfavorável, imprevisto ou de difícil previsão, que onera demasiadamente os encargos contratuais de uma ou de ambas as partes, afetando a rentabilidade do projeto, no caso da parte privada, e a eficiência na realização dos objetivos, no caso da parte pública” (GRAEFF, 2011)².

A alocação dos riscos entre os agentes tem como objetivo a minimização dos custos e melhoria da situação de todos. Nessa tarefa, busca-se otimizar a transferência de riscos entre as partes, para que cada agente se responsabilize pelos riscos que possui melhor condição de gerenciar ou de mitigar, ou que se encontre mais bem posicionado para transferir ou suportar os custos (OUDOT, 2005)³.

Normalmente, quando a Administração Pública decide realizar um contrato de concessão de serviço público a um ente privado, ela objetiva garantir a prestação do serviço com qualidade e eficiência, mas também transferir riscos que o privado se encontra mais bem posicionado para arcar. Esses riscos deveriam ser previstos nos contratos de concessão, no entanto, nem sempre estes apresentam com clareza quais os riscos são transferidos ao contratado e quais são de responsabilidade do poder público. Neste contexto, surgem os problemas relacionados à assimetria informacional, como a seleção adversa e o perigo moral, em que o comportamento dos agentes agrava os riscos e eleva os custos do contrato de concessão para todas as partes. Portanto, a alocação clara e objetiva dos riscos do contrato de concessão é importante para que os agentes se comportem adequadamente para a prevenção e redução dos riscos ou se planejem para a eventual mitigação de prejuízos resultantes de eventos indesejados.

Como a ocorrência dos eventos indesejados, em relação aos quais se deseja gerenciar os riscos, pode acarretar o **desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos**, a alocação de riscos deve ser considerada pelo regulador em seu trabalho de definição das tarifas. Conforme estabelece a Lei 11.445/2007:

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

(...)

¹ OFWAT. Allocating risk and managing uncertainty in setting price controls for monopoly water and sewerage services – a discussion paper, 2010. Disponível em: <https://www.ofwat.gov.uk/wp-content/uploads/2015/11/prs_inf_1010fplrisk.pdf>

² GRAEFF, Fernando. Uma análise da alocação de riscos nos contratos para prestação de serviços públicos: o caso do transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus, 2011. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B1CD37B1EFE>>

³ OUDOT, Jean-Michel. Risk Allocation: Theoretical and empirical evidences. Application to Public-Private Partnerships in the defence sector. 2005. Disponível em: <<http://carecon.org.uk/Conferences/Conf2005/Papers/Oudot.pdf?LMCL=jSudFX>>

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

(...)

§ 2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do caput deste artigo deverão prever:

IV - as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo:

- a) o sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas;
- b) a sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas;
- c) a política de subsídios;

(...)

Art. 22. São objetivos da regulação:

IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por mecanismos que gerem eficiência e eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários. [\(Redação pela Lei nº 14.026, de 2020\)](#)

Da mesma forma, considerando uma prestação regionalizada, como é o caso da Copasa ou da Copanor, a ocorrência de eventos indesejados também pode acarretar o desequilíbrio econômico da prestação dos serviços⁴ como um todo, de modo que o regulador deve avaliar da melhor forma possível os momentos em que será necessário realizar uma revisão tarifária extraordinária ou uma outra forma de compensação. Os critérios para a realização de revisão tarifária extraordinária serão abordados na seção 6. Conforme estabelece a Lei 11.445/2007:

Art. 38. As revisões tarifárias compreenderão a reavaliação das condições da prestação dos serviços e das tarifas praticadas e poderão ser:

I - periódicas, objetivando a distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado;

II - extraordinárias, quando se verificar a ocorrência de fatos não previstos no contrato, fora do controle do prestador dos serviços, que alterem o seu equilíbrio econômico-financeiro.

No âmbito da 2ª Revisão Tarifária Periódica da Copasa e 3ª Revisão Tarifária Periódica da Copanor, a Arsaie-MG se propõe a estabelecer a alocação de riscos dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário das duas empresas. Com este trabalho, espera-se complementar, sob a ótica regulatória, a alocação de riscos definida, implícita ou explicitamente, nas metodologias regulatórias e nos

⁴ Ao longo da nota técnica, a Arsaie-MG utilizará dois conceitos diferentes de desequilíbrio econômico-financeiro. Enquanto um se refere ao **desequilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços** e não é diretamente associado à alocação dos riscos (ver seção 6), o outro é ligado ao **equilíbrio econômico-financeiro das condições iniciais definidas no contrato ou na última revisão tarifária, que, quando rompido, exige alguma forma de ajuste ou compensação ao prestador de serviços se o risco de tal evento estiver alocado ao Poder Concedente**.

contratos de concessão ou contratos de programa dos prestadores de serviço que estão sob a regulação da Arsaie-MG e contribuir para a prevenção e redução dos riscos, além de garantir a adequada mitigação de prejuízos de eventuais eventos indesejados. Dessa maneira, será possível reduzir os custos da prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário e prezar pelo equilíbrio econômico-financeiro das concessões. Adicionalmente, a matriz de risco aqui colocada pode orientar a adequação dos contratos de concessão vigentes e os contratos que serão firmados futuramente, favorecendo um relacionamento mais transparente entre Poder Concedente e Concessionária e a redução dos custos do serviço para as partes.

Entretanto, é importante que fique claro que a agência fará a alocação dos riscos a partir de um tratamento regulatório, ou seja, se limitará a alocá-los sob o ponto de vista tarifário. Isso não significa que a intenção da Arsaie-MG seja de estabelecer uma matriz de riscos paralela que não converse com a contratual. Quando a agência limita sua análise ao ponto de vista regulatório, ela se refere tão somente à definição de alocar ou não cada risco diretamente ao usuário, que arcará com o ônus por meio de aumento nas tarifas. Ou seja, mesmo quando está claro que certo risco não deve ser suportado pela concessionária, ainda é necessário definir se a compensação será diretamente pelo usuário por via tarifária ou pelo Poder Concedente por outros meios. Também deve ficar claro que, quando a agência alocar ao prestador riscos que contratualmente são do Poder Concedente, ela não se eximirá das responsabilidades de intervir na relação entre prestador e Poder Concedente para que as compensações por parte do último sejam realizadas. Como dito, a alocação do risco ao prestador nesses casos tem apenas o objetivo de garantir que o risco tenha repercussão tarifária neutra, sendo resolvido em outra seara.

Na Revisão Tarifária da Copasa de 2017, foi realizada uma análise mais criteriosa apenas para a alocação do risco de mercado (relacionado à variação da demanda)⁵, pelo entendimento de que era o principal evento que poderia afetar significativamente o equilíbrio econômico-financeiro e a prestação dos serviços. Na visão da agência, o risco de mercado deveria ser alocado para o agente com maior capacidade de gestão desse risco, isto é, a Copasa, visto que possui mais gestão sobre sua demanda do que os usuários, seja por meio de ações que assegurem a continuidade e a qualidade do serviço ou investimentos que garantam a segurança hídrica. Entretanto, existem eventos extremos que não estão sob controle da empresa, e que podem causar desequilíbrios econômico-financeiros causados por variações significativas de demanda, associadas a elevações nos custos de operação, podendo comprometer a continuidade e qualidade da prestação. Por esse motivo, a agência criou faixas simétricas de variação do consumo, em que, caso o consumo por economia variasse em relação ao estabelecido na Revisão Tarifária, dentro da faixa estabelecida pela Arsaie-MG, o risco de demanda seria da Copasa. Por outro lado, variações que excedessem a faixa estabelecida criariam condições para que a agência realizasse, por solicitação do prestador ou não, uma Revisão Tarifária Extraordinária.

Outros riscos foram alocados implícita ou explicitamente conforme definição metodológica referente a cada aspecto da construção das tarifas. O risco inflacionário, por exemplo, foi alocado ao Poder Concedente, exceto as diferenças observadas em função de erros de previsão para os itens considerados administráveis. O risco de qualquer variação nas despesas com taxas, tributos e outras obrigações legais (exceto tributos sobre o lucro) também foi alocado ao Poder Concedente. No caso dos tributos sobre o lucro, só foi alocado ao Poder Concedente o risco de alterações nas alíquotas ou criação e extinção de tributos, sendo o restante do risco alocado ao prestador. O risco de variação da inadimplência foi alocado ao

⁵ http://www.arsae.mg.gov.br/images/documentos/audiencia_publica/15/NTCRFEF_64_2017_RiscodeMercado.pdf.

prestador. Também foi alocado ao prestador o risco de despesas com indenizações, multas e ressarcimentos a terceiros em função de falhas cometidas ou descumprimento de normas pelo prestador. O risco da ocorrência de custos regulatórios foi alocado totalmente ao Poder Concedente. O risco país, o risco cambial, os riscos de variação das taxas de juros e outros riscos de caráter financeiro foram alocados ao prestador e devidamente cobertos pelo prêmio de risco inserido na taxa de remuneração (WACC).

Para a Revisão de 2021, conforme já dito, a agência está aprofundando sua análise, de modo a deixar mais claro quais riscos de fato devem ser arcados pelo prestador e quais devem ser arcados pelo Poder Concedente, e como a regulação entende que devem ser tratados. Esta matriz será importante para definições concretas e objetivas de momentos para realizações de revisões tarifárias extraordinárias, bem como para realização de compensações financeiras durante os reajustes do novo ciclo tarifário, sejam elas positivas ou negativas.

É importante salientar que, devido ao sancionamento do Novo Marco do Saneamento (Lei 14.026/2020), compete à ANA estabelecer as diretrizes regulatórias do setor, de forma que o estabelecido nesta nota técnica poderá ser alterado no futuro, quando a agência nacional estabelecerá suas diretrizes quanto à matriz de riscos do setor de saneamento. Para mitigar possíveis efeitos negativos dessa mudança na alocação de riscos, a Arsaie-MG se balizou na literatura técnica nacional e internacional em busca das melhores práticas. A Arsaie-MG entende, inclusive, que este trabalho pode contribuir com o estabelecimento das diretrizes a ser realizado pela ANA. De qualquer forma, a Arsaie-MG acredita que a revisão tarifária é o momento oportuno para a discussão da matriz de riscos, pois permite que a receita tarifária e as tarifas do próximo ciclo incorporem a distribuição dos riscos e seus custos, bem como preveja os potenciais motivadores de revisões extraordinárias.

Por fim, este trabalho é dividido em mais três seções. A próxima seção aborda os principais critérios que devem ser utilizados para realizar a alocação de riscos, de acordo com a literatura técnica. A seção 4 elucida quais os principais riscos que envolvem o setor de saneamento. A seção 5 dispõe sobre a proposta da Arsaie-MG para alocação dos riscos entre Copasa e Poder Concedente, levando em conta os critérios demonstrados na seção 3, porém os adaptando à realidade de um serviço regulado, com revisões tarifárias periódicas. Finalmente, a seção 6 expõe entendimentos sobre possíveis critérios para se definir quando será necessária a realização de Revisão Tarifária Extraordinária para o reequilíbrio das tarifas. O Anexo I contém tabela resumida com a alocação realizada.

3. TEORIA DE ALOCAÇÃO DOS RISCOS

De acordo com Maurício Portugal (2011)⁶, existem quatro principais critérios (dos quais os três listados a seguir se aplicam à regulação do saneamento) que devem ser levados em conta no momento de se realizar a alocação de riscos:

- i) O risco deve ser alocado à parte que, a um custo mais baixo, pode reduzir as chances do evento indesejável se materializar ou de aumentar as chances de o evento desejável ocorrer. Esse

⁶ PORTUGAL, Maurício. *As melhores práticas para modelagem de contratos de concessões e PPPs: alinhando os incentivos para a prestação adequada e eficiente dos serviços*, 2011. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/distribuicao-de-riscos-e-equilibrio-economico-financeiro/>>

critério leva em conta a capacidade das partes de adotar ações preventivas para evitar eventos indesejáveis ou incentivar a ocorrência dos eventos desejáveis.

- ii) O risco deve ser alocado à parte que pode melhor mitigar os prejuízos resultantes do evento indesejável.
- iii) Os riscos devem ser alocados sobre a parte que tem menores possibilidades de “externalizar” as consequências do evento indesejável, ou seja, repassar para terceiros o custo destes eventos. Isso porque a possibilidade de repassar facilmente o custo para um terceiro tira geralmente o incentivo para prevenir e remediar adequadamente a ocorrência de eventos indesejáveis.

Portugal salienta ainda que “não se deve transferir para um concessionário riscos sobre os quais ele não tem qualquer controle e, muito menos, riscos que são controlados pela outra parte do contrato.” (PORTUGAL, 2014)⁷. Em suma, a alocação de riscos deve garantir que sejam “suportados pela parte que tem as melhores condições para avaliar, controlar e gerenciar ou a parte com melhor acesso a instrumentos de cobertura, a maior capacidade para diversificar, ou o menor custo para suportá-los” (GRAEFF, 2011)⁸.

O autor salienta que, embora os critérios acima descritos sejam consolidados na literatura internacional, a doutrina jurídica brasileira baseia a alocação de riscos em cima da teoria de áleas ordinárias e extraordinárias. Áleas ordinárias são definidas como riscos normais, inerentes à atividade desenvolvida e que devem ser suportados pelo concessionário. Por outro lado, áleas extraordinárias são divididas em duas: administrativa e econômica. A álea administrativa está relacionada a riscos oriundos de modificações unilaterais de cláusulas por parte do Poder Concedente, de modo que os riscos devem ser alocados a ele. Já a álea econômica está relacionada a riscos imprevisíveis, como crises econômicas, bloqueio econômico, acidentes naturais, que afetam ‘**violentamente** o equilíbrio da equação e levariam à ruína do concessionário’, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010)⁹, ou ‘que causam **desequilíbrio muito grande**, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado’, nos dizeres de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2011)¹⁰. De acordo com a teoria, esses riscos deveriam ser partilhados entre o Poder Concedente e o concessionário.

De maneira geral, a teoria de áleas ordinárias e extraordinárias estabelece que, em Contratos Administrativos, a Administração Pública busca o interesse geral, enquanto o concessionário busca seus próprios interesses, motivo pelo qual faria sentido a desigualdade na alocação dos riscos, ficando o concessionário com todos os riscos ordinários. Ainda de acordo com Portugal (2014)¹¹, essa conclusão viria de uma má interpretação do art. 2º, incisos II e III, da Lei de Concessões, que dispõem:

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

II — concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de

⁷ PORTUGAL, Maurício. *Concessões de aeroportos e de rodovias federais: o erro de atribuir ao concessionário riscos controlados pelo poder concedente e as suas consequências*, 2014. Disponível em: <<https://portugalribeiro.com.br/concessoes-de-aeroportos-e-de-rodovias-federais-o-erro-de-atribuir-ao-concessionario-riscos-controlados-pelo-poder-concedente-e-as-suas-consequencias/>>

⁸ GRAEFF, Fernando. *Uma análise da alocação de riscos nos contratos para prestação de serviços públicos: o caso do transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus*, 2011. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0B1CD37B1EFE>>

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed, 2010.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 21ª ed, 2008.

¹¹ PORTUGAL, Maurício. *10 Anos da Lei de PPP 20 Anos da Lei de Concessões Viabilizando a Implantação e Melhoria de Infraestruturas para o Desenvolvimento Econômico-Social*, 2014. Disponível em: <<https://portugalribeiro.com.br/10-anos-das-lei-de-pps-20-anos-da-lei-de-concessoes/>>

concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III — concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

Enquanto essa interpretação enxerga força normativa para transferir riscos ao concessionário, o autor compartilha da visão de Marcos Augusto Perez, que entende que “‘por sua conta e risco’ não importa em transferência ao concessionário de todos os riscos inerentes ao empreendimento. Importa, sim, transferência ao concessionário dos riscos de acordo com o que foi estabelecido no contrato. Melhor dizendo, são por conta e risco do concessionário aqueles riscos que o contrato, expressa e explicitamente, transferir-lhe” (PEREZ, 2006)¹².

Portugal alega que, por conta dessa interpretação do dispositivo legal, não são raros os contratos que atribuem de sobremaneira ao concessionário riscos que, ou são controláveis pelo Poder Concedente, ou não são controláveis por nenhuma das partes e não podem ser objeto de seguro a preços razoáveis.

Entretanto, a doutrina e algumas leis mais recentes têm evoluído no sentido de se alinharem ao entendimento consolidado internacionalmente, como por exemplo o art 4º, inciso VI e art 5º, inciso III, da Lei 11.079/2004 (Lei das PPPs), que estabelecem a necessidade de **repartição objetiva de riscos entre as partes**, inclusive aqueles referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Também cabe fazer referência ao Parecer 261/2020 da AGU (2020)¹³, escrito recentemente com o intuito de dispor sobre reequilíbrio de contratos de concessão, devido aos impactos da COVID-19, que reforçou o entendimento acima. De acordo com o parecer, fazendo referência a Marcos Augusto Perez “a teoria das áleas ordinária e extraordinária apresenta-se como uma solução por demais simplista, inepta a solucionar muitos dos problemas relacionados ao risco nas concessões de serviço público”, implicando divisão vaga dos riscos. Em seguida, o parecer afirma que “Em suma, a divisão de riscos estabelecida no contrato pode ser diferente da que decorre do modelo tradicional baseado na teoria das áleas, em que o contratado suporta todos os riscos ordinários e o Poder Concedente os riscos extraordinários”, citando os dizeres do jurista Fernando Vernalha Guimarães, “**o princípio fundamental a orientar a partilha de riscos é o princípio da eficiência**” (GUIMARÃES, 2017)¹⁴.

¹² PEREZ, M. A. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Fórum: Belo Horizonte, 2006.

¹³ AGU, 2020. *Parecer 261/2020*. Disponível em: <<https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concess%C3%A3o-Transportes-Recomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>>

¹⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 37-60, abr./jun. 2017.

A conclusão é que, em termos de eficiência, sua maximização ocorre quando os riscos são alocados à parte que tenha as melhores condições de gerenciá-lo, tanto como prevenção, quanto para remediação. A distribuição de riscos deve ser feita caso a caso, de forma adequada à política pública em questão. Nos dizeres do referido parecer da AGU, “Salvo disposição contratual em sentido diverso, considera-se que o contratado assume os riscos ordinários (ou a álea ordinária) do negócio; enquanto o poder público assume os riscos extraordinários (ou a álea extraordinária)”. Isto é, a divisão de álea ordinária e extraordinária seria aplicada apenas no caso de ausência de disposição contratual acerca da alocação dos riscos. A disposição contratual, baseada nos critérios básicos de alocação de riscos, é que deve nortear os entendimentos para a correta alocação.

Como se pode perceber, a teoria de alocação trata dos contratos administrativos e foca na relação entre o concessionário e Poder Concedente para cumprimento dos contratos de forma mais eficiente. A alocação de riscos proposta pela agência tem outro objetivo, dar clareza a respeito dos eventos que, se materializados, implicarão modificações na tarifa, não tendo, portanto, o intuito de adentrar especificamente na relação contratual entre Poder Concedente e o concessionário. Desse modo, serão alocados ao prestador os riscos que não poderão implicar impactos na tarifa durante o ciclo, e ao Poder Concedente os riscos que poderão implicar impactos na tarifa.

4. CLASSIFICAÇÕES SINTÉTICAS DE RISCOS DO SETOR

Antes de adentrar na alocação dos riscos propriamente dita, é importante ter uma visão geral das principais classificações sintéticas dos riscos do setor, para, a partir do entendimento do que é englobado por cada classificação, listarmos os riscos específicos, bem como a alocação entendida como mais eficiente. Nesse sentido, apresentamos primeiramente alguns exemplos pesquisados pela Arsaie-MG ao longo do desenvolvimento desta nota técnica.

A Agência Reguladora de Saneamento e Energia do estado de São Paulo (Arseps), na NT 03/2018¹⁵, que versa sobre a metodologia da 2ª Revisão Tarifária Ordinária da Sabesp, elaborou uma matriz de alocação de riscos do prestador, dividindo os riscos entre: i) Legal/Regulatório; ii) Construção/Operação; iv) Ambiental/Social; v) Comerciais; vi) Demanda; vii) Financeiro; viii) Econômico; ix) Fundiário; x) Outros.

O regulador britânico Ofwat (2010)¹⁶ propõe uma discussão sobre alocação de riscos no documento *Allocating risk and managing uncertainty in setting price controls for monopoly water and sewerage services – a discussion paper*, e elenca os riscos de maneira bem parecida com aquela realizada pela Arseps. Os riscos são separados em: i) Políticos; ii) Regulatórios; iii) Econômicos; iv) Ambientais; v) Operacionais; vi) Construção; vii) Financeiros; viii) De Negócios.

O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) Copasa 01/2018¹⁷, que trata de estudos, levantamentos e propostas para estruturação de parceria público-privada, para implantação, expansão, otimização, operação parcial e manutenção dos sistemas de esgotamento sanitário de municípios abrangidos pelo prestador, estabelece, em seu Anexo VIII, uma proposta de matriz de riscos, em que os riscos são divididos em: i) Riscos de Licitação; ii) Riscos de Engenharia; iii) Riscos de Construção; iv) Riscos de Demanda;

¹⁵ <http://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/NT-F-0003-2018.pdf>.

¹⁶ OFWAT. *Allocating risk and managing uncertainty in setting price controls for monopoly water and sewerage services – a discussion paper*, 2010. Disponível em: <https://www.ofwat.gov.uk/wp-content/uploads/2015/11/prs_inf_1010fplrisk.pdf>

¹⁷ <http://www2.copasa.com.br/servicos/pmi/8-ANEXO%20VIII-Matriz%20de%20Riscos.pdf>.

v) Riscos Financeiros; vi) Riscos Operacionais; vii) Riscos Ambientais e Sociais; viii) Riscos Jurídicos; ix) Outros Riscos.

Como se pode ver, apesar de sutis diferenças, as principais categorizações de riscos do setor são essencialmente as mesmas. Por entender que a classificação adotada pela Arsesp possui abrangência suficiente, e por se tratar de uma agência reguladora nacional com atuação semelhante à da Arsaie-MG, partiremos, neste documento, da classificação e dos riscos elencados pela agência paulista, realizando os ajustes e complementos que forem julgados como necessários¹⁸. Assim, caminha-se também no sentido da padronização regulatória almejada pelo novo marco legal do setor.

A tabela abaixo ilustra as classificações sintéticas utilizadas pela agência, já com a listagem dos riscos tratados e a alocação realizada para cada um deles. A seção 5 explica de maneira mais detalhada cada uma das alocações.

Tabela 1 – Alocação dos riscos

Riscos		Concedente (impacto tarifário)	Concessionário
5.1	Riscos Legais/Regulatórios		
5.1.1	Não reequilíbrio de relações contratuais após modificação unilateral de contratos (concessão e programa) pelo poder concedente		X
5.1.2	Fato do príncipe ou ato da administração	X	
5.1.3	Modificação no contrato por iniciativa da concessionária ou de comum acordo com ela		X
5.1.4	Criação ou aumento de impostos e encargos sobre o serviço de saneamento básico.	X	
5.1.5	Decisão judicial que suspenda ou impeça, por fato alheio ao concessionário, a continuidade na prestação dos serviços ou a cobrança de tarifas e outros preços públicos autorizados pela entidade reguladora	X	
5.1.6	Decisão judicial que suspenda ou impeça, por fato não alheio ao concessionário, a continuidade na prestação dos serviços ou a cobrança de tarifas e outros preços públicos autorizados pela entidade reguladora		X
5.1.7	Deliberações da Arsaie-MG, exceto no âmbito de processos de revisão tarifária	X	
5.1.8	Assunção de sistema com características diferentes das previstas em edital de licitação.	Antes da revisão	X
		Após a revisão	X
5.1.9	Não indenização por parte do Poder Concedente por término antecipado do contrato		X
5.1.10	Encargos de agências governamentais estaduais e federais que administram recursos hídricos para a captação de água e descarga de esgoto.	X	
5.1.11	Atraso na data do reajuste	Culpa do prestador	X
		Culpa da agência	X
5.1.12	Término de contrato em contexto de subsídio cruzado		X
5.2	Riscos de Construção/Operação		
5.2.1	Danos causados por terceiros		X

¹⁸ Como, por exemplo, a não consideração do grupo de riscos de Construção separadamente, uma vez que já existe o grupo Construção/Operação, e não consideração do grupo de riscos Econômicos, devido ao entendimento de que os itens se encaixavam melhor em outras classificações.

Riscos		Concedente (impacto tarifário)	Concessionário
5.2.2	Danos à Administração decorrente da execução de obras		X
5.2.3	Não indenização por parte do poder concedente por danos a ativos do prestador ou à prestação de serviços decorrentes de obras do poder público		X
5.2.4	Atrasos para a realização de obras		X
5.2.5	Variação das despesas não administráveis acima ou abaixo do índice de reajuste, durante o ciclo tarifário, exceto decorrentes de fato do príncipe ou atos da administração	X	
5.2.6	Variação das despesas gerenciáveis acima ou abaixo do índice de reajuste, durante o ciclo tarifário, exceto decorrentes de fato do príncipe ou atos da administração		X
5.2.7	Erros e defeitos de construção, erros de estimativa de custos, quantitativos e prazos, e desconformidade de obras com o projeto básico aprovado		X
5.2.8	Interferências com outras redes e equipamentos de entidades públicas ou privadas		X
5.2.9	Falhas ou danos causados por fornecedores ou subcontratados		X
5.2.10	Processos de responsabilidade civil (acidentes, danos materiais ou morais) decorrentes de obras ou prestação dos serviços		X
5.2.11	Risco do investimento em infraestrutura de serviços regulados		X
5.3	Riscos Ambientais/Sociais		
5.3.1	Responsabilidade por áreas degradadas causadas pela prestação dos serviços		X
5.3.2	Responsabilidade por poluição, inclusive sonora e olfativa, e erosão, causados pela prestação dos serviços		X
5.3.3	Greves e comoções sociais, desde que consideradas legais	Colaboradores e subcontratados	X
		Greves de âmbito geral	X
5.3.4	Vandalismo e furto de equipamentos e instalações		X
5.3.5	Impactos decorrentes de descobertas arqueológicas e patrimônio histórico		X
5.4	Riscos Comerciais		
5.4.1	Falhas na prestação do serviço que gere danos a terceiros		X
5.4.2	Falhas na leitura, medição e cobrança dos serviços		X
5.4.3	Não obtenção de outras receitas (não tarifárias) previstas ou obtenção a maior		X
5.4.4	Inadimplência	Até o limite regulatório	X
		Acima do limite regulatório	X
5.4.5	Perdas de água	Até o limite regulatório	X
		Acima do limite regulatório	X
5.5	Riscos de Demanda		
5.5.1	Variação do consumo médio de água por economia durante o ciclo tarifário		X
5.6	Riscos Financeiros		
5.6.1	Obtenção de financiamento e variação de suas regras		X
5.6.2	Risco cambial		X
5.7	Riscos Fundiários		
5.7.1	Ônus decorrente de desapropriações ou servidões		X
5.8	Outros Riscos		
5.8.1	Caso fortuito e força maior	X	X

5. PROPOSTA DA ARSAE-MG PARA ALOCAÇÃO DOS RISCOS

Partindo da classificação sintética apresentada na seção anterior, alocamos os principais riscos do setor da seguinte maneira:

5.1. Riscos Legais/Regulatórios

O risco legal ou regulatório possui muita relevância e alta complexidade, em especial no Brasil, país em que há elevados riscos e mesmo incertezas oriundos dos recorrentes problemas da insegurança jurídica, interferência política e instabilidade institucional. De forma geral, a concessionária possui baixa capacidade de gestão desses riscos, uma vez que a mudança das leis e regras do jogo são definidas predominantemente no âmbito do poder público. Nem sempre o Poder Concedente possui, tampouco, condições de evitar eventos que provoquem prejuízos à concessão, pois podem se originar de decisões de outras esferas de governo. Porém, dentro de sua esfera de atuação, o Poder Concedente, muitas vezes, possui mecanismos para mitigar os prejuízos, tal como o estabelecimento de leis e decretos que compensem as adversidades das mudanças regulatórias e legais fora de seu escopo de atuação. Adicionalmente, a capacidade do usuário de interferir nas questões legais e regulatórias é marginal e em oportunidades restritas, por exemplo, por meio do voto, das consultas e audiências públicas ou, em última instância, pela mobilização social.

A alocação da agência partiu do pressuposto de que, embora haja riscos que contratualmente devem ser alocados ao Poder Concedente devido à sua maior gestão, faz sentido, do ponto de vista tarifário, alocá-los ao concessionário, uma vez que este tem condição de cobrar do Poder Concedente eventuais indenizações ou compensações devidas, não devendo recair sobre o usuário o ônus de eventuais imbrólios entre concessionário e Poder Concedente.

5.1.1. Não reequilíbrio de relações contratuais após modificação unilateral de contratos (concessão e programa) pelo poder concedente

Modificações unilaterais dos contratos são entendidas como alterações nos contratos por parte do Poder Concedente, visando atender ao interesse público. A Lei 8.987/95 (Lei de Concessões) estabelece que:

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

(...)

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

A Lei 8.666/93, que dispõe sobre contratos administrativos, também aborda modificações unilaterais dos contratos, determinando que:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

(...)

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

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Depreende-se, portanto, a necessidade de reequilíbrio contratual por parte do Poder Concedente por alterações unilaterais que afetem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por essa razão, via de regra, o risco de modificação unilateral dos contratos é alocado ao poder concedente, que tem responsabilidade de reequilibrar as condições contratuais junto ao prestador. Entretanto, sob o prisma da regulação, que tem o objetivo de tratar de questões que envolvam impactos tarifários, como compensações e revisões extraordinárias, faz sentido considerar que o risco em questão é referente, não à modificação contratual em si, mas ao não reequilíbrio, por parte do Poder Concedente, das condições contratuais após realizada a modificação contratual. Assim sendo, o risco é alocado ao prestador, uma vez que as modificações provenientes pelo Poder Concedente não ensejarão compensações ou revisões tarifárias, e o prestador terá de lidar diretamente com o Poder Concedente para resolver questões advindas de alterações contratuais.

É importante que fique claro que o fato de a agência estar alocando o risco de não reequilíbrio após modificação unilateral pelo Poder Concedente ao prestador não significa que ela se eximirá das responsabilidades de intervir na relação entre prestador e Poder Concedente para que as compensações sejam realizadas. A alocação ao prestador tem apenas o objetivo de garantir que o risco tenha repercussão tarifária neutra, sendo resolvido em outra seara

5.1.2. Fato do príncipe ou ato da administração

Celso Antônio Bandeira de Melo diz que “De acordo com a teoria do fato do príncipe, o poder concedente deverá indenizar integralmente o concessionário quando, por ato seu, agravar a equação econômico-financeira da concessão em detrimento do concessionário, salvo se a medida gravosa corresponder a ônus imposto aos administrados em geral cuja repercussão não atinja direta ou especificamente as prestações do concessionário” (MELLO, 2010)¹⁹.

No mesmo sentido, Diogo Moreira Neto afirma que “Por fato do príncipe, entende-se qualquer medida de ordem geral que parta do Estado, sem que vise especificamente à relação contratual, mas que produza reflexos sobre um contrato administrativo, dificultando ou impedindo a sua execução. Assim, ocorrendo o desequilíbrio da equação econômico-financeira originalmente ajustada, o contratado prejudicado tem direito à recomposição patrimonial do equilíbrio violado e, na impossibilidade de fazê-lo, direito à sua rescisão com perdas e danos em seu favor” (NETO, 2014)²⁰.

Importante ressaltar que, em casos de fatos do príncipe que tenham por origem eventos de força maior, faz sentido que a alocação de riscos siga as diretrizes dadas aos casos de força maior, visto que ela é a causa raiz, afetando, também de forma inesperada, o poder concedente. Este é inclusive o entendimento do já mencionado Parecer 261/2020 da AGU a respeito da classificação da pandemia do novo coronavírus: “(...) parece-me fora de dúvida de que a pandemia do novo coronavírus pode ser classificada como evento de ‘força maior’ ou ‘caso fortuito’. É certo que, em resposta à disseminação da doença, foram adotadas medidas de restrição de mobilidade das pessoas e mesmo de suspensão de atividades econômicas. Tais medidas poderiam eventualmente ser classificadas como ‘fato do príncipe’. Porém, há de se reconhecer que

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 27ª ed, 2010.

²⁰ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Curso de Direito Administrativo, 16ª edição, 2014)

a sua causa foi exatamente o potencial de disseminação do vírus e seus impactos sobre a saúde pública” (AGU, 2020)²¹.

Desse modo, embora a Lei 11.079/2004 tenha estabelecido que os contratos devem prever inclusive a alocação de riscos referentes a fatos do príncipe, de modo que podem, teoricamente, ser alocados aos prestadores, entende-se que, por serem fatos que fogem totalmente ao controle do concessionário, devem ser alocados ao Poder Concedente.

5.1.3. Modificação no contrato por iniciativa da concessionária ou de comum acordo com ela

É possível que surjam demandas envolvendo a própria concessionária para modificar os projetos visando à inovação, melhorias operacionais e ganhos ambientais, adiantamento de cronograma de investimentos, dentre outros fatores. Portanto, para os casos em que a concessionária decidir, por conta própria ou acatando demanda que tenha julgado pertinente, modificar termos do contrato, o risco deve ser alocado a ela, não havendo, portanto, repercussões tarifárias decorrentes de modificações contratuais propostas pelo concessionário ou de comum acordo com ela.

5.1.4. Criação ou aumento de impostos e encargos sobre o serviço de saneamento básico.

De acordo com o §3º, do art. 9º, da Lei Federal 8.987/95 (“Lei de Concessões”):

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

Assim sendo, o risco de variação de tributos, seja por criação de novos tributos, extinção de tributos existentes ou alteração de alíquotas vigentes, fica alocado ao poder concedente. A Arsaie-MG realiza compensações anuais, por meio da Compensação de Itens Não Administráveis, em que são compensados os valores gastos com tributos, sejam eles maiores ou menores do que aqueles previstos pela agência.

É importante deixar claro que, embora o dispositivo citado ressalve as alterações de impostos sobre a renda da obrigatoriedade de compensações, ele não as proíbe. Ou seja, não é obrigatório alocar ao poder concedente o risco de variações nos tributos sobre a renda, mas também não é proibido. Assim, com relação aos tributos sobre a renda (IR e CSLL), a Arsaie-MG propõe manter alocado ao poder concedente o risco de alterações nas alíquotas ou criação e extinção de tributos, e manter alocado ao prestador o risco de variação dos valores pagos durante o ciclo tarifário em função da variação da base tributável, pois é o prestador que tem gestão sobre as despesas dedutíveis dessa base. Por exemplo, se o prestador optar por investir mais ao invés de acumular recursos em caixa ou distribuir dividendos extraordinários, ele pagará menos tributos sobre o lucro no médio e longo prazo, sendo essa decisão fruto de sua gestão.

²¹ AGU, 2020. Parecer 261/2020. Disponível em: <<https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concess%C3%A3o-Transportes-Recomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>>

5.1.5. Decisão judicial que suspenda ou impeça, por fato alheio ao concessionário, a continuidade na prestação dos serviços ou a cobrança de tarifas e outros preços públicos autorizados pela entidade reguladora

Por se tratar de fato alheio ao concessionário, entende-se que o risco deve ser alocado ao Poder Concedente.

5.1.6. Decisão judicial que suspenda ou impeça, por fato não alheio ao concessionário, a continuidade na prestação dos serviços ou a cobrança de tarifas e outros preços públicos autorizados pela entidade reguladora

Em casos de decisões judiciais relacionadas a assunto de domínio do prestador, como, por exemplo, suspensão de tarifas por descumprimento de contrato, o risco é a ele alocado.

5.1.7. Deliberações da Arsa-e-MG, exceto no âmbito de processos de revisão tarifária

A Arsa-e-MG denomina de Custos Regulatórios os custos (não previstos em revisão tarifária) provenientes de deliberações tanto da agência, quanto de outros órgãos do Estado e de nova legislação. O prestador deve ser imunizado desses custos, sendo o risco, portanto, alocado ao poder concedente. A Arsa-e-MG compensa os prestadores anualmente, nos reajustes tarifários, mediante comprovação dos custos incorridos, mesmo que não afetem o equilíbrio econômico-financeiro da prestação.

5.1.8. Assunção de sistema com características diferentes das previstas em edital de licitação.

O novo marco regulatório do saneamento, com a alteração da Lei 11.445/2007 pela Lei 14.026/2020, estabelece no art. 10 a necessidade de licitação para prestação dos serviços:

Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

É importante, portanto, que a matriz de risco possa também abarcar situações que atualmente não ocorrem, mas que poderão ocorrer dentro desse novo arcabouço.

De acordo com levantamento feito pela Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (Abcon) no documento *Regras Padronizadas sobre Distribuição de Riscos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e Modelos Regulatórios (2020)*²², é comum haver falhas nos editais referentes aos sistemas licitados, havendo descrições que não condizem com a realidade que o

²² ABCON. *Regras Padronizadas sobre Distribuição de Riscos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e Modelos Regulatórios*, 2020. Disponível em: <<https://abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2020/06/Estudo-Regula%c3%a7%c3%a3o-Completo-e-Anexos-1.pdf>>

concessionário depois encontra. A Arsa-e-MG entende que nesses casos, os riscos referentes aos dados sobre a oferta da prestação do serviço e às características funcionais do sistema não devem ser alocados ao prestador, restando assim alocados ao poder concedente. Por outro lado, o concessionário deve apontar as desconformidades identificadas antes da primeira revisão tarifária subsequente à assunção do sistema, de modo que a partir de então o risco é a ele alocado.

Este tópico abrange quaisquer situações que envolvam a assunção de um sistema com características diferentes das previstas, como, por exemplo, a existência de passivos ambientais com custos diferentes dos previstos, vícios não revelados no Edital, dentre outros.

5.1.9. Não indenização por parte do Poder Concedente por término antecipado do contrato

De acordo com a Lei 8.987/95, os contratos podem ser antecipados por quatro razões: i) encampação, que é a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo de concessão, por motivo de interesse público, e pressupõe que o contrato esteja sendo devidamente cumprido, e que, tão somente, o poder concedente tenha avaliado que o interesse público será melhor atendido se o contrato não for continuado; ii) caducidade, que se dá por inexecução total ou parcial do contrato por parte do concessionário; iii) rescisão, que se dá por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim; iv) anulação, que se dá em razão de vício constatado no contrato em si, podendo ser pronunciado pela Administração, de ofício, ou pelo Judiciário.

Todas as situações implicam, no mínimo, indenizações pelos bens reversíveis por parte do Poder Concedente ao prestador, podendo haver, além delas, pagamentos por lucros cessantes e danos emergentes, a depender da situação. Para a regulação, o risco em questão é, portanto, do município não arcar com os valores devidos. Nesses casos, não haverá compensações tarifárias futuras para cobrir dívidas dos municípios com o prestador. Além disso, é o prestador quem tem maior gestão sobre as negociações com o titular, motivo pelo qual, o risco fica alocado ao concessionário.

É importante que fique claro que há previsão de revisão tarifária extraordinária no caso de não indenização do Poder Concedente aos prestadores que venha a afetar o equilíbrio econômico-financeiro da prestação de serviços. A agência alocou o risco ao prestador apenas por entender que não cabe ao usuário arcar com o ônus da não indenização por parte do Poder Concedente, de modo que, se realizada revisão extraordinária para reequilibrar as condições de prestação dos serviços, deverá ser feita compensação posterior, quando já não houver prejuízo à continuidade da prestação dos serviços, em sentido contrário, desonerando os usuários de tal pagamento.

O entendimento da agência a respeito dessa alocação não a exime de intervir na relação entre Poder Concedente e prestador para que as obrigações do primeiro com o segundo sejam cumpridas. O que se busca com a alocação é garantir que haja repercussão tarifária neutra aos usuários por riscos que fogem ao escopo da relação entre eles e prestador.

Por fim, é importante que o prestador crie rubrica específica para registrar as indenizações recebidas de municípios decorrente de término antecipado de contrato, pois elas não deverão ser revertidas à modicidade tarifária

5.1.10. Encargos de agências governamentais estaduais e federais que administram recursos hídricos para a captação de água e descarga de esgoto.

A Copasa realiza a cobrança pelo uso de recursos hídricos por fora da tarifa, podendo sempre repassar a sua variação aos usuários, mesmo durante o ciclo tarifário. Desse modo, o risco de sua variação está alocado ao Poder Concedente.

5.1.11. Atraso na data do reajuste

O art. 37 da Lei 11.445/2007 define que os reajustes deverão ser realizados com intervalo mínimo de 12 meses. Caso a agência seja responsável pelo atraso ou não realização, o prestador deverá ser compensado pelas perdas financeiras decorrentes, de modo que o risco é, portanto, alocado ao Poder Concedente. Caso o atraso seja motivado pelo prestador, o risco é a ele alocado, não havendo compensação retroativa.

5.1.12. Término de contrato em contexto de subsídio cruzado

Via de regra, o risco de termos de contrato é alocado ao concessionário, visto que não há sentido em realizar compensações após cada contrato finalizado. Entretanto, em um contexto de subsídio cruzado, é importante que seja feita a avaliação do impacto da receita gerada pelo município na prestação como um todo, de modo que, se houver, por exemplo, variação de receita necessária para cobrir o subsídio a outros municípios, o risco é alocado ao Poder Concedente, caso o impacto seja acima de determinado patamar de subsídio criado positiva ou negativamente. A Arsa-e-MG definirá tal patamar após a Revisão Tarifária, quando realizará Audiência Pública específica sobre o tema, para colher contribuições do prestador, da sociedade civil e demais interessados.

5.2. Riscos de Construção/Operação

Normalmente os riscos de construção ou operação são, explícita ou implicitamente, alocados ao concessionário pelos contratos. Tendo em vista que o próprio objetivo dos contratos de concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário é a delegação ao ente privado da consecução das atividades de operação e ampliação dos serviços, é inerente que o concessionário assuma a responsabilidade sobre os eventos e suas consequências que podem surgir dessas atividades.

A partir do contrato, o concessionário assume o controle, a gestão e a operação dos ativos e possui autonomia para realizar os investimentos e obras necessários para o adequado cumprimento das obrigações contratuais. Assim, ele é o agente com maior capacidade de prevenção e redução dos riscos de ocorrência de eventos indesejados. Também é o concessionário que tem maior facilidade e capacidade de manobra para mitigar os efeitos de eventos indesejáveis sobre a construção e operação da concessão, uma vez que ele detém recursos humanos, materiais e financeiros especializados dos quais pode lançar mão.

5.2.1. Danos causados por terceiros

O risco da ocorrência de danos causados por terceiros é alocado ao prestador, no sentido de que não haverá compensações tarifárias para cobrir possíveis custos adicionais provocados por esses danos. Isso porque tais custos devem ser pagos pelo responsável pelo dano, e não por todos os usuários, e cabe ao

prestador buscar receber o ressarcimento ou indenização do responsável. O ressarcimento ou indenização recebidos, em tese, seriam mantidos com o prestador para compensá-lo pelos custos, mas na maioria dos casos esses custos já foram custeados nas tarifas, seja porque os custos de manutenção observados no ano-teste incluem um certo montante referente a reparação de ativos danificados, ou porque os ativos danificados ou destruídos já foram totalmente amortizados (pagos) nas tarifas. Ressalta-se que, de acordo com a metodologia adotada, os ativos baixados antecipadamente continuam sendo amortizados e remunerados durante todo o ciclo tarifário. Se entre a baixa e o fim do ciclo tarifário houver mais tempo que a vida útil restante, o prestador receberá amortização e remuneração a mais que o devido, e, do contrário, esse valor será a menos. Por simplicidade, e dado que as informações entregues pela Copasa até o momento não são suficientes para uma apuração detalhada desses valores (não há informações sobre os motivos das baixas de cada ativo no banco patrimonial e não há como rastrear ativos que já foram baixados no passado, mas ainda continuam em uso), a agência havia optado por partir do pressuposto de que os efeitos das situações citadas se equilibram. No entanto, considerando as incertezas existentes, decidiu-se alterar o tratamento tarifário dado às receitas de ressarcimentos e indenizações, revertendo apenas 50% do valor dessas rubricas à modicidade tarifária. A escolha do percentual de 50% se deu pela impossibilidade de segregar e classificar a origem dos valores registrados nas rubricas de indenizações e ressarcimentos e de cruzá-los com as informações de cada ativo no banco patrimonial, para que fossem mantidos com a Copasa exatamente os valores devidos.

5.2.2. Danos à Administração decorrentes da execução de obras

Por se tratar de assunto de domínio e responsabilidade do prestador, o risco deve a ele ser alocado. Os custos de eventuais indenizações do concessionário ao Poder Público são glosados pela agência no momento da Revisão Tarifária.

5.2.3. Não indenização por parte do Poder Concedente por danos a ativos do prestador ou à prestação de serviços decorrentes de obras do poder público

A agência entende o Poder Concedente tem a responsabilidade de indenizar o prestador por danos causados. Entretanto, sob o prisma tarifário, entende-se que os usuários não devem arcar com os ônus de danos causados pelo Poder Concedente, motivo pelo qual o risco avaliado foi o de 'não indenização por danos a ativos decorrentes de obras do poder público', restando alocado ao prestador, que deverá buscar os meios de ser ressarcido pelo Poder Concedente.

Reitera-se que o fato de a agência estar alocando o risco de não indenização pelo Poder Concedente ao prestador não significa que ela se eximirá das responsabilidades de mediar a relação entre prestador e Poder Concedente para que as compensações sejam realizadas. A alocação ao prestador tem apenas o objetivo de garantir que o risco tenha repercussão tarifária neutra.

O ressarcimento ou indenização recebidos, em tese, seriam mantidos com o prestador para compensá-lo pelos custos, mas na maioria dos casos esses custos já foram custeados nas tarifas, seja porque os custos de manutenção observados no ano-teste incluem um certo montante referente a reparação de ativos danificados, ou porque os ativos danificados ou destruídos já foram totalmente amortizados (pagos) nas tarifas. Ressalta-se que, de acordo com a metodologia adotada, os ativos baixados antecipadamente continuam sendo amortizados e remunerados durante todo o ciclo tarifário. Se entre a baixa e o fim do ciclo

tarifário houver mais tempo que a vida útil restante, o prestador receberá amortização e remuneração a mais que o devido, e, do contrário, esse valor será a menos. Por simplicidade, e dado que as informações entregues pela Copasa até o momento não são suficientes para uma apuração detalhada desses valores (não há informações sobre os motivos das baixas de cada ativo no banco patrimonial e não há como rastrear ativos que já foram baixados no passado, mas ainda continuam em uso), a agência havia optado por partir do pressuposto de que os efeitos das situações citadas se equilibram. No entanto, considerando as incertezas existentes, decidiu-se alterar o tratamento tarifário dado às receitas de ressarcimentos e indenizações, revertendo apenas 50% do valor dessas rubricas à modicidade tarifária. A escolha do percentual de 50% se deu pela impossibilidade de segregar e classificar a origem dos valores registrados nas rubricas de indenizações e ressarcimentos e de cruzá-los com as informações de cada ativo no banco patrimonial, para que fossem mantidos com a Copasa exatamente os valores devidos.

5.2.4. Atrasos para a realização de obras.

Deve ser atribuída à concessionária a responsabilidade por atrasos em obras, inclusive se decorrente de atraso do Poder Concedente, atrasos na obtenção de licenças, atrasos para desapropriações, dentre outras razões. É responsabilidade do prestador encontrar as melhores soluções para esses problemas junto ao Poder Concedente, não havendo sentido em repassar para os usuários impactos tarifários decorrentes de atrasos. É importante esclarecer que a agência remunera as obras em atraso na revisão tarifária seguinte à entrada em operação dos ativos.

5.2.5. Variação das despesas não administráveis acima ou abaixo do índice de reajuste, durante o ciclo tarifário, exceto decorrentes de fato do príncipe ou atos da administração

Partindo da referência de despesas não administráveis trazida pela Lei 18.309/2009, a Arsaie-MG considera não administráveis os impostos e taxas, os preços de energia elétrica, material de tratamento, telecomunicação e combustíveis e lubrificantes.

O risco de variação das despesas com tributos e taxas já foi tratado no item 5.1.4 e é alocado integralmente ao Poder Concedente, ressalvadas as exceções referentes aos tributos sobre o lucro. O risco de variação de preços dos demais itens não administráveis, inclusive durante os períodos entre reajustes anuais, será alocado ao Poder Concedente, sendo realizadas compensações anuais. É importante esclarecer que a compensação é realizada apenas em relação à variação dos preços, e não das quantidades utilizadas, mesmo para os itens não administráveis. Ou seja, o risco de variação dessas despesas em função de maiores ou menores quantidades utilizadas é alocado ao prestador.

5.2.6. Variação das despesas gerenciáveis acima ou abaixo do índice de reajuste, durante o ciclo tarifário, exceto decorrentes de fato do príncipe ou atos da administração

O concessionário deve assumir o risco da variação de suas despesas gerenciáveis durante o ciclo tarifário. A Arsaie-MG adota um modelo regulatório híbrido com enfoque na regulação Price Cap. Desse modo, há desvinculação das tarifas dos gastos do prestador ao longo do ciclo tarifário. Neste modelo, as tarifas são mantidas constantes durante o ciclo tarifário, sendo reajustadas anualmente. Os reajustes anuais

permitem que as tarifas cobradas variem de acordo com um índice composto por uma medida da inflação e uma forma de compartilhamento da produtividade previamente estabelecida. Nesse contexto, qualquer redução das despesas gerenciáveis (todas as despesas, exceto aquelas relacionadas pela Lei 18.309/2009) gerarão excedente que permanecerá com o prestador até o momento de uma nova revisão tarifária. Ainda, o prejuízo decorrente de um aumento das despesas gerenciáveis, com exceção daqueles gerados por fato do príncipe ou atos da administração pública, terá de ser suportado também pelo prestador.

5.2.7. Erros e defeitos de construção, erros de estimativa de custos, quantitativos e prazos, e desconformidade de obras com o projeto básico aprovado.

Por se tratar de assunto de domínio e responsabilidade do prestador, o risco deve a ele ser alocado. A agência determina, nos processos de revisão tarifária, os custos de referência para o ciclo, de modo que se há erros de construção que implicam maiores gastos, estes devem ser arcados pelo prestador. No mesmo sentido, caso ele seja eficiente em seus gastos, absorverá os ganhos de eficiência durante o ciclo. Com relação aos investimentos, é importante esclarecer que atualmente a agência não realiza análise de prudência, devido aos motivos expostos na NT CRE 07/2020. Sendo assim, pode-se dizer que a alocação, no que tange a investimentos, é atualmente feita ao Poder Concedente.

5.2.8. Interferências com outras redes e equipamentos de entidades públicas ou privadas

Por se tratar de assunto de domínio e responsabilidade do prestador, o risco deve a ele ser alocado.

5.2.9. Falhas ou danos causados por fornecedores ou subcontratados

Por se tratar de assunto de domínio e responsabilidade do prestador, o risco deve a ele ser alocado.

5.2.10. Processos de responsabilidade civil (acidentes, danos materiais ou morais) decorrentes de obras ou prestação dos serviços

Por se tratar de assunto de domínio e responsabilidade do prestador, o risco deve a ele ser alocado.

5.2.11. Risco do investimento em infraestrutura de serviços regulados

O prestador é responsável por tomar as suas decisões de investimentos, de modo que deve assumir os riscos envolvidos. Desse modo, os investimentos que não atendem aos critérios determinados pela agência podem ser glosados, conforme detalhado na NT CRE 07/2020²³. Logo, o prestador assumirá o risco de investimentos que não atendem aos padrões de aceitação de investimentos nas tarifas.

5.3. Riscos Ambientais/Sociais

Os riscos ambientais e sociais dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário podem ser divididos entre aqueles diretamente ligados às atividades da concessionária para a execução dos contratos de concessão e aqueles decorrentes de fatores ambientais e sociais fora do controle do ente

²³http://www.arsae.mg.gov.br/images/documentos/consulta_publica/2020/18/NT_CRE_07_2020_VerificacaoAtivos_Copasa.pdf

privado. Os primeiros, normalmente, são alocados ao prestador do serviço que tem capacidade de prevenir e reduzir riscos pelo adequado planejamento e controle de suas atividades e projetos. Em relação aos últimos, apesar da concessionária poder e dever atuar para sua prevenção, assim como também o Poder Concedente e os usuários, nenhum agente, individualmente, tem boa capacidade de gestão desses riscos, sendo alocados, normalmente, ao Poder Concedente. Ao se alocar estes riscos ao Poder Concedente, espera-se diluir os prejuízos e reduzir o impacto.

5.3.1. Responsabilidade por áreas degradadas causadas pela prestação dos serviços

Por se tratar de assunto de domínio e responsabilidade do prestador, o risco deve a ele ser alocado.

5.3.2. Responsabilidade por poluição, inclusive sonora e olfativa, e erosão, causados pela prestação dos serviços

Por se tratar de assunto de domínio e responsabilidade do prestador, o risco deve a ele ser alocado.

5.3.3. Greves e comoções sociais, desde que consideradas legais

Propõe-se que seja alocado ao prestador o risco quando os fatos envolverem seus colaboradores e subcontratados, por se tratar de assunto de seu domínio e de sua responsabilidade, e que seja alocado ao Poder Concedente o risco de greve de âmbito geral que afete a prestação do serviço.

5.3.4. Vandalismo e furto de equipamentos e instalações

O tratamento dado ao risco de ativos danificados em decorrência de vandalismo é o mesmo dado ao risco de danos causados por terceiros. O risco da ocorrência desses eventos é alocado ao prestador, no sentido de que não haverá compensações tarifárias para cobrir possíveis custos adicionais provocados por essas ações. Isso porque tais custos devem ser pagos pelo responsável pela ação, e não por todos os usuários, e cabe ao prestador buscar receber o ressarcimento ou indenização do responsável.

O ressarcimento ou indenização recebidos, em tese, seriam mantidos com o prestador para compensá-lo pelos custos, mas na maioria dos casos esses custos já foram custeados nas tarifas, seja porque os custos de manutenção observados no ano-teste incluem um certo montante referente a reparação de ativos danificados, ou porque os ativos danificados ou destruídos já foram totalmente amortizados (pagos) nas tarifas. Ressalta-se que, de acordo com a metodologia adotada, os ativos baixados antecipadamente continuam sendo amortizados e remunerados durante todo o ciclo tarifário. Se entre a baixa e o fim do ciclo tarifário houver mais tempo que a vida útil restante, o prestador receberá amortização e remuneração a mais que o devido, e, do contrário, esse valor será a menos. Por simplicidade, e dado que as informações entregues pela Copasa até o momento não são suficientes para uma apuração detalhada desses valores (não há informações sobre os motivos das baixas de cada ativo no banco patrimonial e não há como rastrear ativos que já foram baixados no passado, mas ainda continuam em uso), a agência havia optado por partir do pressuposto de que os efeitos das situações citadas se equilibram. No entanto, considerando as incertezas existentes, decidiu-se alterar o tratamento tarifário dado às receitas de ressarcimentos e indenizações, revertendo apenas 50% do valor dessas rubricas à modicidade tarifária. A escolha do percentual de 50% se deu pela impossibilidade de segregar e classificar a origem dos valores registrados nas rubricas de

indenizações e ressarcimentos e de cruzá-los com as informações de cada ativo no banco patrimonial, para que fossem mantidos com a Copasa exatamente os valores devidos.

5.3.5. Impactos decorrentes de descobertas arqueológicas e patrimônio histórico

Sítios arqueológicos e patrimônios históricos são locais com importância histórica, em que há necessidade de preservação. A alocação do risco de ocorrência destes eventos é semelhante aos casos de vandalismo, ou danos de terceiros (ou do Poder Concedente). Ou seja, o risco da ocorrência desses eventos é alocado ao prestador, no sentido de que não haverá compensações tarifárias para cobrir possíveis custos adicionais gerados. Isso porque tais custos devem ser indenizados pelo Poder Público, cabendo ao prestador buscar receber esse ressarcimento ou indenização. Mesmo que a descoberta arqueológica implique a inutilização do ativo, este pode já ter sido totalmente pago nas tarifas ou vir a ser pago até o fim do ciclo tarifário. De acordo com a metodologia adotada, os ativos baixados antecipadamente continuam sendo amortizados e remunerados durante todo o ciclo tarifário. Se entre a baixa e o fim do ciclo tarifário houver mais tempo que a vida útil restante, o prestador receberá amortização e remuneração a mais que o devido, e, do contrário, esse valor será a menos. Por simplicidade, e dado que as informações entregues pela Copasa até o momento não são suficientes para uma apuração detalhada desses valores (não há informações sobre os motivos das baixas de cada ativo no banco patrimonial e não há como rastrear ativos que já foram baixados no passado, mas ainda continuam em uso), a agência havia optado por partir do pressuposto de que os efeitos das situações citadas se equilibram. No entanto, considerando as incertezas existentes, decidiu-se alterar o tratamento tarifário dado às receitas de ressarcimentos e indenizações, revertendo apenas 50% do valor dessas rubricas à modicidade tarifária. A escolha do percentual de 50% se deu pela impossibilidade de segregar e classificar a origem dos valores registrados nas rubricas de indenizações e ressarcimentos e de cruzá-los com as informações de cada ativo no banco patrimonial, para que fossem mantidos com a Copasa exatamente os valores devidos.

5.4. Riscos Comerciais

Os riscos comerciais são relacionados às atividades de relacionamento com os usuários e fornecedores, que envolvem a qualidade do serviço prestado, a cobrança por ele, bem como a aquisição e o pagamento dos insumos. A atividade de comercialização, assim como as atividades operacionais e de ampliação da infraestrutura são, em geral, explicitamente delegadas aos concessionários nos contratos. Dessa forma, o risco é normalmente alocado ao concessionário que é o ente encarregado da realização da comercialização e que se encontra em melhor posição para prevenir e reduzir riscos, bem como mitigar eventuais prejuízos dos eventos.

5.4.1. Falhas na prestação do serviço que gere danos a terceiros

Por se tratar de assunto de domínio e responsabilidade do prestador, o risco deve a ele ser alocado.

5.4.2. Falhas na leitura, medição e cobrança dos serviços

Por se tratar de assunto de domínio e responsabilidade do prestador, o risco deve a ele ser alocado. Entretanto, há casos o usuário deve se responsabilizar por eventuais declarações falsas ou omissão de dados, conforme normativas da agência, como, por exemplo, a Resolução ArsaE-MG nº 131, de 11 de novembro de

2019. É importante que fique claro, que neste caso, o risco não é alocado ao Poder Concedente, visto que não haverá impacto tarifário, e tão somente um impacto individual ao usuário em questão.

5.4.3. Não obtenção de outras receitas (não tarifárias) previstas ou obtenção a maior

O art. 11 da Lei 8.987/1995 determina que:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato. (grifo nosso)

Durante a Revisão Tarifária, a Arsae-MG considera o valor das receitas de que trata o caput do art. 11 citado acima, para a “aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro”, conforme destacado no seu parágrafo único. A agência propõe manter alocado ao poder concedente o risco de variação dos preços de serviços que se enquadrem como outras receitas, restando alocado ao prestador o risco de variação das quantidades dos produtos ou serviços realizados, exceto em casos específicos de alterações promovidas pela agência que afetem o montante dessas receitas.

5.4.4. Inadimplência

Durante a Revisão Tarifária, a Arsae-MG define o percentual da receita garantido ao prestador para cobrir as Receitas Irrecuperáveis, a partir da definição metodológica que leva em consideração a curva de *aging* do prestador. Desse modo, a inadimplência regulatória está alocada ao poder concedente. Entretanto, o risco de que esse percentual seja diferente (maior ou menor) da parcela irrecuperável observada durante o ciclo tarifário é do prestador, não havendo compensação.

5.4.5. Perdas de água

O risco de perdas de água é alocado ao Poder Concedente até o nível regulatório. Acima da meta regulatória, o risco é alocado ao prestador. Apesar da existência de perdas comerciais (como furtos de água, ‘gatos’, etc) e perdas operacionais (perdas na distribuição), a metodologia adotada pela agência as trata de maneira semelhante, por se traduzirem majoritariamente em aumento de custos e perda de receita.

5.5. Riscos de Demanda

Os riscos de demanda estão relacionados à modificação do padrão de consumo de água por parte dos usuários e, via de regra, são considerados como risco do negócio, seja para variações positivas ou negativas. O entendimento parte do pressuposto de que o concessionário tem mais capacidade de gestão sobre o tema, devendo arcar com seus riscos. Por óbvio, nem toda variação deve ser suportada pelo

concessionário, havendo exceções para os casos que ocorram variações extremas por fatos do príncipe ou razões de força maior.

5.5.1. Variação do consumo médio de água por economia durante o ciclo tarifário

Conforme dito anteriormente, a agência adota um modelo híbrido com enfoque no modelo Price Cap. Nesta abordagem, o preço teto é definido buscando cobrir custos operacionais eficientes e remunerar e amortizar adequadamente o capital investido pelo prestador. Ao assegurar o preço teto durante a vigência do ciclo tarifário, o regulador cria incentivos para que o regulado busque eficiência operacional e mitigue riscos, de forma a reduzir custos e elevar receitas, auferindo assim maior lucratividade.

Dentro da filosofia balizadora do regime de preço teto, a agência entende que é parte do negócio da Copasa a absorção de variações na demanda. Ademais, a Arsae-MG entende que o risco de mercado deve ser alocado para o agente com maior capacidade de gestão desse risco. A companhia possui mais gestão sobre sua demanda do que os usuários, seja por meio de ações que assegurem a continuidade e a qualidade do serviço ou investimentos que garantam a segurança hídrica. Por outro lado, a agência entende que existem eventos extremos, como foi a crise hídrica ocorrida em 2015 e 2016, que não estão sob controle da empresa e podem causar desequilíbrios econômico-financeiros, podendo comprometer a continuidade e qualidade da prestação.

Em 2017, a agência definiu uma metodologia em que foram criadas faixas simétricas de variação do consumo, em que, caso o consumo por economia variasse em relação ao estabelecido na Revisão Tarifária, dentro da faixa estabelecida pela Arsae-MG, o risco de demanda seria da Copasa. Por outro lado, variações que excedessem a faixa estabelecida criariam condições para que a agência realizasse, por solicitação do prestador ou não, uma Revisão Tarifária Extraordinária. A agência pretende alterar a metodologia nesta revisão, levando em conta o motivo causador da variação da demanda, de modo que alterações de demanda causadas por meras mudanças de hábito serão risco do prestador, enquanto para razões de fato do príncipe, serão alocadas ao Poder Concedente e em casos de força maior, ficará previsto o compartilhamento do risco. Nesse ponto, também vale esclarecer que, caso haja uma variação, mesmo que por mera mudança de padrão de consumo dos usuários, que afete o equilíbrio econômico-financeiro da prestação, o prestador poderá pedir seu reequilíbrio. Conforme seção 6 desta Nota Técnica, a Arsae-MG reequilibrará as tarifas, devendo, em momento posterior, quando já não houver prejuízo à continuidade da prestação dos serviços conforme parâmetros estabelecidos, fazer um ajuste em sentido contrário, visto que o risco foi alocado ao prestador. Entretanto, na ocorrência de um evento de força maior, como uma crise hídrica, por exemplo, é importante que a agência estabeleça limites para sua atuação, algo que será realizado em momento posterior por meio de nova consulta pública.

A orientação acima exposta trata dos casos ocorridos ao longo do ciclo tarifário. É certo que, nas revisões tarifárias, as variações de mercado são consideradas na construção das novas tarifas, de forma que um aumento do consumo médio de água se traduz em crescimento de mercado e, tudo mais constante, em uma redução das tarifas. O contrário também vale quando há uma redução do consumo médio de água, que repercute em aumento de tarifas. Nesse sentido, nas revisões tarifárias, o risco das variações do consumo médio de água é alocado ao Poder Concedente.

Por fim, a Arsae-MG pretende iniciar estudos a partir do próximo ciclo para avaliar os possíveis impactos no mercado do prestador provenientes de mudanças na estrutura tarifária. Desse modo, se

observados grandes desvios no padrão de consumo em decorrência das mudanças, poderão ser previstos mecanismos de compensação (positiva ou negativa).

5.6. Riscos Financeiros

Os riscos financeiros são aqueles relacionados às operações financeiras das empresas. Em geral, os riscos estão relacionados à estrutura de capital das empresas e aos custos envolvidos, bem como à exposição a flutuações de câmbio. Por envolverem decisões gerenciais e por, muitas vezes, haver no mercado mecanismos de proteção para as operações, os riscos são alocados aos concessionários.

5.6.1. Obtenção de financiamento e variação de suas regras

Por se tratar de assunto de domínio e responsabilidade do prestador, o risco deve a ele ser alocado. Durante o processo de Revisão Tarifária, a Arsa-MG calcula o Custo Médio Ponderado de Capital (WACC) regulatório do prestador, a partir do custo do capital próprio e do custo do capital de terceiros. Durante o ciclo tarifário, o prestador tem incentivos a buscar as melhores fontes de financiamento, para incorrer em taxas menores do que o custo calculado pela agência, de modo que o que é economizado com uma melhor gestão da dívida se torna lucro adicional para o prestador. Analogamente, se o prestador incorre em maiores taxas, há redução do seu lucro.

5.6.2. Risco cambial

Via de regra, o risco cambial é alocado ao prestador de serviço e devidamente coberto pelo prêmio de risco inserido na taxa de remuneração, sendo um risco inerente à atividade econômica do concessionário, que realiza gestão de suas dívidas, investimentos e compra de materiais e produtos cujos preços são afetados pela variação cambial. O risco cambial é um risco diversificável e pode ser eliminado, a partir de decisões da empresa, como a de se contratar ou não dívida em moeda estrangeira.

Embora haja, em alguns casos previsão de jurisprudência para recomposição de equilíbrio contratual em decorrência de variação cambial²⁴, há que se analisar individualmente as situações. No caso da Copasa, cuja atividade praticamente independe do endividamento em moeda estrangeira e levando em conta a existência de mecanismos de *hedge* que podem ser utilizados para proteção, não aparenta que possa haver, na visão da agência, situação que justifique sua atuação para adequar as tarifas em decorrência de variação cambial. Além disso, o perfil de longo prazo da dívida reduz substancialmente o risco das variações cambiais e, ainda, esse risco é refletido no indicador de risco país computado na taxa de remuneração dos investimentos da empresa. As oscilações cambiais também são consideradas implicitamente nos reajustes tarifários, devido à influência do comportamento da moeda nos índices de preços que corrigem as tarifas.

5.7. Riscos Fundiários

Para a realização dos investimentos em infraestrutura de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgoto, por muitas vezes é necessária a realização de desapropriações de áreas particulares. A decisão de desapropriações parte de definições referentes à área que será desapropriada e aos custos

²⁴ Ver decisão de 2017 do TCU, disponível em:

<https://tcu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/499615619/consulta-cons-3427220160/inteiro-teor-499615629>>

e decisão do STJ de 2018 disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/558756873/recurso-especial-resp-1433434-df-2011-0163895-7/inteiro-teor-558756879>

envolvidos, a partir de emissão de decreto que declara de utilidade pública o local em que serão realizadas as obras. Por não envolver uma atividade de gestão dos concessionários, os riscos são, em geral, alocados ao Poder Concedente.

5.7.1. Ônus decorrente de desapropriações ou servidões necessárias após o início da prestação do serviço

O risco será alocado ao prestador, que poderá acionar o Poder Concedente para eventual indenização ou ressarcimento. Os valores não serão considerados nas tarifas para fins de compensação.

5.8. Outros Riscos

5.8.1. Caso fortuito e força maior

O art. 393 do Código Civil define que:

Art. 393 O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário²⁵, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves, “na doutrina, exige-se, para a configuração do caso fortuito ou força maior, a presença dos seguintes requisitos: a) o fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor, pois, se há culpa, não há caso fortuito; reciprocamente, se há caso fortuito, não pode haver culpa, na medida em que um exclui o outro; b) o fato deve ser superveniente e inevitável; c) o fato deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano” (GONÇALVES, 2011)²⁶.

A recente pandemia da Covid-19 é um exemplo de evento de força maior, se tratando de algo totalmente fora dos padrões de normalidade e com altíssimo grau de imprevisibilidade. Trata-se de um evento que caracteriza álea extraordinária, que, de acordo com a teoria das áleas ordinária e extraordinária alocaria o risco ao Poder Concedente.

Entretanto, cabe uma ressalva, conforme salientado no já mencionado Parecer 261/2020 da AGU. O evento extraordinário deve causar grande desequilíbrio ao contrato, gerando onerosidade excessiva **para uma das partes**. Nos dizeres do próprio parecer, para o concessionário há “direito ao reequilíbrio de seus contratos quando ocorrerem eventos supervenientes à apresentação de suas propostas cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente e **que tenham impactado de forma significativa suas receitas ou despesas**”. Nesse mesmo sentido, o parecer, em referência a Floriano de Azevedo Marques Neto (2015)²⁷, explica que são quatro as etapas de desequilíbrio em contratos de concessão: (i) a constatação da ocorrência de algum evento com potencial para afetar o equilíbrio inicial; (ii) a verificação quanto à responsabilidade, à luz das disposições contratuais, pelo risco associado ao evento ocorrido; (iii) **a avaliação do impacto do evento, tomando como parâmetro o critério de apuração do equilíbrio**; e (iv) a escolha da medida mais adequada e eficiente para recompô-lo. Assim, deve-se ter em mente que, mesmo que, nos casos não seguráveis, os riscos

²⁵ O termo ‘necessário’, nesse caso, significa ‘não determinado pela parte’.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume II: teoria geral das obrigações. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015

estejam alocados ao poder concedente, deve ser comprovado que o evento impactou o equilíbrio econômico-financeiro da prestação. Ainda nesse sentido, Webinar *Covid e Revisão de Contratos de Concessão* (ABAR, 2020)²⁸ promovido pela ABAR no dia 29 de abril de 2020, o jurista José Vicente Mendonça fez importante menção ao fato de que eventos de caso fortuito e força maior, como a Covid-19, são de difícil gestão, tanto para o poder público, quanto para o particular, não havendo culpa de nenhum dos dois lados. Portanto, para estes casos, a justificativa para o reequilíbrio deve se residir na importância da **continuidade do serviço público**. Pelas razões expostas, a agência entende que não faz sentido alocar o risco exclusivamente ao Poder Concedente, devendo haver um compartilhamento do risco para casos que envolvam motivos de força maior.

6. CRITÉRIOS PARA A REALIZAÇÃO DE REVISÃO TARIFÁRIA EXTRAORDINÁRIA

A revisão tarifária extraordinária é um instrumento que permite um reequilíbrio total ou parcial das tarifas de forma imediata e pode ser realizada “quando se verificar a ocorrência de fatos não previstos no contrato, fora do controle do prestador dos serviços, que alterem o seu equilíbrio econômico-financeiro” (inciso II do art. 38 da Lei 11.445/2007). Tal instrumento poderá ser utilizado tanto em situações em que o reequilíbrio for devido, em função da ocorrência de evento cujo risco foi alocado ao Poder Concedente, quanto em situações em que o risco for do prestador e o reequilíbrio não seria devido, mas for necessário para resguardar a prestação dos serviços. Neste segundo caso, os usuários devem ser ressarcidos em momento posterior.

Na ocorrência de um evento cujo **risco tenha sido alocado ao Poder Concedente**, com previsão de atuação do regulador para reequilibrar as tarifas, esse reequilíbrio pode ser imediato, por meio de revisão tarifária extraordinária, ou pode ocorrer em momento posterior, no próximo reajuste ou revisão tarifária, contemplando compensações financeiras retroativas.

A opção pela revisão tarifária extraordinária se dará quando:

- (i) a aplicação da próxima alteração tarifária (reajuste ou revisão) não estiver prevista para menos de 3 meses após a data em que seria aplicada a revisão extraordinária; e
- (ii) for verificado um desequilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, que possa prejudicar a continuidade da prestação em nível e qualidade aceitáveis.

Não sendo observadas as duas situações acima, o reequilíbrio devido ocorrerá no próximo reajuste ou revisão tarifária periódica, considerando compensações retroativas.

Para definir o que será considerado um “desequilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços”, serão estabelecidos parâmetros que podem, por exemplo, estar relacionados à geração de recursos para uma capacidade de investimentos mínima ou a indicadores financeiros do prestador. Tais limites serão discutidos em momento posterior.

A regra para a realização de revisão tarifária extraordinária acima (itens i e ii) será utilizada para avaliar a necessidade de se realizar uma revisão extraordinária no caso de um evento cujo **risco tenha sido alocado ao prestador**, mas que, dada a magnitude dos impactos, a prestação dos serviços possa ser

²⁸ ABAR. Webinar *Covid e Revisão de Contratos de Concessão*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=cQVXu1X44NI>>

significativamente prejudicada. Porém, neste caso, como o prestador é quem deveria suportar os eventuais prejuízos, e a revisão extraordinária seria realizada apenas com o objetivo de resguardar a prestação dos serviços enquanto estiver sendo verificada a situação descrita no item (ii), os valores referentes ao aumento tarifário serão ressarcidos aos usuários em momento posterior, quando já não houver prejuízo à continuidade da prestação dos serviços conforme parâmetros estabelecidos.

7. CONCLUSÃO

O instrumento regulatório da Revisão Tarifária Periódica (RTP) permite a reavaliação das condições de equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços e da modicidade tarifária, em consonância com a legislação federal e estadual. É o momento oportuno para o estabelecimento de regras e mecanismos de incentivo que perdurarão durante o próximo ciclo tarifário.

Assim, no âmbito da 2ª RTP da Copasa MG e 3ª RTP da Copanor, esta nota técnica apresentou a alocação de riscos proposta pela Arsae-MG para os prestadores. A partir dela, objetivou-se dar clareza a respeito dos eventos que, se materializados, implicarão modificações na tarifa. Pendências relativas à definição de patamares de referência, por exemplo, para realização de Revisão Extraordinária, serão tratadas em momento posterior.