



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

INFORMAÇÃO - DIRETORIA DE ASSUNTOS JURÍDICOS Nº 32/2021 - DJ

Senhor Diretor de Assuntos Jurídicos,

O Expediente versa sobre a segunda revisão tarifária ordinária do Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário do Município de Uruguaiana.

A concessionária solicita readequação do equilíbrio econômico-financeiro em razão dos seguintes fatores: (i) divergência no índice de perdas de água no sistema de distribuição, consoante previsto no edital de licitação; (ii) reajustes na energia elétrica, provenientes das bandeiras tarifárias; (iii) aumento das despesas em função da criação de taxa para execução de obras após assunção dos serviços; (iv) divergência no indicador de população previsto no edital de licitação; (v) isenção Santa Casa com base na Lei Municipal nº 4.731/2016, além da (vi) postergação do reajuste de tarifa nos meses de julho, agosto e setembro de 2020.

O Expediente foi encaminhado a esta Diretoria por força do Memorando nº 12 (documento SEI 0299411), da lavra da Diretoria de Tarifas da AGERGS, por meio do qual requereu posicionamento jurídico acerca de dúvidas existentes quanto aos pedidos constantes dos tópicos 3.1 (Divergência no índice de Perdas de Água) e 3.4 (Divergência no Indicador de População), conforme razões desenvolvidas pela concessionária no documento SEI 0298906 e anexos.

A DT busca elucidar, em essência, se tais pedidos podem compor esta segunda revisão tarifária (uma vez que não foram contemplados na primeira, levada a efeito em 2016), bem como em que medida as repactuações oriundas dos aditivos contratuais refletem no cálculo das perdas.

É o relatório.

Analisando o documento SEI nº 0296688, por meio do qual a BRK formalizou o requerimento de segunda revisão ordinária, tem-se que a contextualização por ela formulada enumerou fatores alegadamente desconhecidos quando da assunção dos serviços, circunstância que teria redundado em prejuízos e, conseqüentemente, em desequilíbrio.

Asseverou que a partir da assunção do contrato de concessão restou evidenciado o avançado estado de deterioração dos sistemas instalados e operados pela CORSAN, havendo expressivas diferenças entre o que estava previsto no edital e o que foi efetivamente entregue. Aduziu, ainda, que foram necessários investimentos

emergenciais, com despesas inesperadas que afetaram, desde o início, o contrato e, via de consequência, as projeções efetuadas quando do encaminhamento das propostas.

Requeru medidas de recomposição, apontando um percentual de revisão na faixa de 6,72%, acrescido de IGPM dos últimos 12 meses, este último a título de reajuste anual.

Com efeito, nas concessões de serviço público o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos pode ser entendido como um direito intangível decorrente dos princípios da mutabilidade do contrato, da segurança jurídica e da boa-fé nas relações contratuais.

Em se tratando de contratos de longo curso, caso dos pactos formalizados por meio de concessão de serviços públicos, as condições efetivas da proposta devem ser preservadas durante a contratação sendo, no entanto, imprescindível identificar o exato conceito de desequilíbrio econômico-financeiro e de riscos assumidos.

Ponto essencial para a estruturação eficiente dos contratos é a alocação adequada de riscos.

A matriz de riscos estabelece qual das partes é responsável por determinada atividade prevista no contrato e, especialmente, por lidar com as incertezas positivas e negativas – e os consequentes ganhos e ônus – que afetam o negócio. Ao estipular as responsabilidades de parte a parte, a matriz de riscos fixa um conjunto de encargos e benefícios que, ao lado dos indicadores de serviços e do sistema de pagamentos constituem o que a doutrina jurídica costuma chamar de “equação econômico-financeira do contrato”.

Para a manutenção no tempo da aludida “equação econômico-financeira” é que se busca um “sistema de equilíbrio econômico-financeiro”, dentro do qual se insere o instituto da revisão ordinária, ora analisada.

A função, portanto, do sistema de equilíbrio econômico-financeiro é o cumprimento permanente da matriz de riscos contratual, seja ela explícita ou implícita.

A esse respeito, tem-se que o contrato ora em estudo – nº 160/2011 – possui tão-somente previsão genérica acerca da alocação de riscos, circunstância que necessariamente conduz ao enquadramento dos fatores indicados como responsáveis pelo desequilíbrio na lei (para os casos em que houver previsão expressa) ou nos critérios usual e modernamente utilizados para distribuição de risco.

A Lei de Concessões (8.987/95, art. 9º, §§ 3º, 4º e art. 10) disciplina a política tarifária, assegurando que a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, uma vez comprovado o seu impacto, implicará na revisão da tarifa, o que também ocorrerá em caso de alteração unilateral das disposições contratuais que venha a afetar o inicial equilíbrio econômico-financeiro das condições originais da avença. No mesmo sentido, a Lei Federal 8.666/93, ao prever critérios de reajustes anuais (art. 40, XI), previsões estas amparadas na Constituição Federal (art. 37, XXI), que assegura a manutenção das condições efetivas da proposta.

Os demais riscos (que não os legal e expressamente previstos) ou tem previsão definida no contrato ou são alocados segundo as praxes costumeiramente adotadas nos mais diversos setores (como saneamento, energia, transportes, etc.).

Os riscos de realização de projetos; de financiamentos necessários; de construção, implantação, fornecimento e montagem de estruturas e equipamentos, bem como os riscos que afetam a receita do concessionário, como, pex., a própria demanda, são geral e modernamente alocados à concessionária.

Os riscos de que as estruturas existentes sejam inadequadas para sustentar a adequação dos serviços e as novas melhorias e expansões, gerando, por exemplo, atraso nas construções necessárias e aumento de custo cabem preferencialmente ao concessionário que, a despeito de inadequações nas informações ou relatórios disponibilizados pelo Poder Concedente, tinha a possibilidade de avaliar a situação da infraestrutura existente antes e ao longo da licitação.

Os riscos de operação e manutenção, cujas consequências negativas podem acarretar inadequação nos níveis dos serviços ou custos acima do estimado também costumam ser alocados à concessionária, que tem a possibilidade de estimar as estruturas e/ou projetos de modo a facilitar a obtenção do desempenho operacional adequado, apesar de eventuais inconsistências nos dados disponibilizados pelo titular dos serviços.

De igual forma, cabe à concessionária o risco de disponibilidade do serviço bem como o risco da demanda ser inferior à indicada, acarretando receitas abaixo do estimado. O próprio risco de competição (e consequente perda da demanda, com receitas abaixo da projeção) cabe à empresa contratada para a execução dos serviços.

Já os riscos de retração econômica, inflação, decisões administrativas e/ou judiciais que impeçam a cobrança de tarifas, alterações cambiais e/ou tributárias, mudanças na legislação que aumentem os custos operacionais ou a necessidade de realizar investimentos para adequação às novas regras, força maior, caso fortuito, bem como do término antecipado do contrato, são exemplos de riscos alocados ao Poder Concedente e aos próprios usuários.

Outrossim, além da alocação de riscos definida explícita ou implicitamente no contrato, há que se verificar a qual álea correspondem os eventos/riscos sobre os quais o reequilíbrio está sendo pleiteado. Se à álea ordinária ou empresarial, que em regra não pode ensejar uma proteção especial, ademais se decorrente de circunstâncias previsíveis ou imprevisíveis de resultados contornáveis ou de pequenos reflexos econômicos, a serem suportadas pelo contratado. Ou se à álea extraordinária, que acarreta desequilíbrio, seja em função da alteração unilateral do contrato, de fato da Administração ou aqueles adequáveis à teoria da imprevisão/álea econômica.

O contrato em apreço, contudo, não alocou os riscos como hodiernamente padronizados pelo setor, o que torna ainda mais complexo teorizar acerca do enquadramento jurídico de cada evento durante a sua execução.

Resta então, modo especial ao regulador, reconhecendo que os contratos de concessão devem ser encarados como processo dinâmico, tentar formatar uma metodologia de preservação do equilíbrio econômico-

financeiro que razoavelmente dê cumprimento ao longo dos trinta anos contratuais à sua matriz de risco, não obstante implícita. O norte deve ser o de evitar enriquecimento injustificado de qualquer das partes, sem esquecer que o concessionário continua sendo um empreendedor da iniciativa privada, sujeito, portanto, os riscos de sua atividade.

Considerados tais aspectos, importa ater-se aos questionamentos objetivamente endereçados a esta Diretoria.

(1) Quanto à divergência no índice de Perdas de água

A concessionária pleiteia reposição tarifária em razão de desequilíbrio advindo de diferença percentual entre o índice de perdas estimado durante o procedimento licitatório (49,2%) e o índice de perdas real, posteriormente identificado, na faixa de 61,4%. Refere que por meio do Plano Municipal de Saneamento Básico aprovado pelo Decreto Municipal nº 540/2014, o município referendou que as perdas totais atingiam o percentual de 61,3%, razão pela qual requer alinhamento do contrato, fins de fazer frente aos prejuízos experimentados.

Certamente, um nível alto de perdas de água impacta a empresa de saneamento em vários pontos. Onera custos, rebaixa receitas, prejudica a capacidade de atendimento, requerendo aumento da capacidade de produção, reservação e adução de água acima do planejado.

Porque a gestão de perdas é tão estratégica, a repactuação das metas ligadas ao tema foi objeto de dois dos quatro aditivos contratuais até então celebrados entre a concessionária e o município.

Resta, no entanto, indagar à concessionária o motivo pelo qual os investimentos e/ou o aumento no custo operacional decorrentes da distorção no índice de perdas não foram objeto do primeiro pedido de revisão tarifária.

Ciente de que as revisões são elaboradas por ciclos tarifários quinquenais e diante das informações de que em 2012 o percentual médio de perdas era de 63%, percentual que veio a ser reconhecido no PMSB de Uruguaiana em 2014, por qual razão a referida divergência não foi pleiteada na primeira revisão, levada a efeito em 2016?

Esta informação é relevante porque não obstante o contrato seja genérico em quase todas as suas previsões, não estipulando, forma expressa, quaisquer prazos de preclusão, há diplomas legais que se aplicam indistintamente ao tema, caso do Decreto Federal nº 20.910/32, ainda em pleno vigor, além de entendimentos jurisprudenciais recentemente consolidados, que registram a incidência de prescrição quinquenal contra a Fazenda Pública .

Deste modo, muito embora o vínculo entre a concessionária BRK e o município de Uruguaiana seja de trato diferido, há entendimentos do Superior Tribunal de Justiça afastando posições ligadas a “inexistência de

prescrição sob o fundamento de que a ação para a defesa do direito da concessionária (reequilíbrio) existirá enquanto perdurar a relação contratual e persistir a situação ou o estado de desequilíbrio". Neste sentido, exemplificativamente, o Recurso Especial nº 756.511-PR, cuja ementa segue transcrita:

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

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

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

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

Deste modo, antes de firmar posição a respeito do primeiro questionamento, quer seja - se o tempo decorrido para a solicitação (2010 a 2021) implica na possibilidade ou na impossibilidade de consideração das divergências no índice de perdas de água (bem como no indicador da população) nesta segunda revisão ordinária - propomos que a concessionária elucide, o mais brevemente possível, quais foram as dificuldades que impediram que tais divergências não fossem pleiteadas na primeira revisão, já que ambas eram àquele tempo conhecidas.

Importa, ademais, perquirir acerca da consistência do índice real de perdas informado pela BRK (com indicação exata se 60,5%, 62% ou 65%, consoante registros conflitantes em diferentes documentos do Expediente), bem como acerca da conveniência em se aguardar os estudos ajustados na cláusula 4ª, item 4.1, do Quarto Termo Aditivo ao Contrato. Tudo isto a ser cotejado com os custos e os investimentos realmente realizados.

(2) Quanto às estipulações contidas nos Aditivos

A Diretoria de Tarifas indaga se, juridicamente, os aditivos que versaram sobre a revisão do índice de perdas equivalem a meio alternativo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, a teor do previsto no item 22.4 do Segundo Aditivo Contratual .

Muito embora as perdas de água tenham sido objeto de dois aditivos contratuais até então celebrados entre a concessionária e o município de Uruguaiana houve preservação das disposições contratuais que visam resguardar a equação econômico-financeira do contrato de concessão.

As novações levadas a efeito não importaram transação do direito ao reequilíbrio, o que só ocorreria se tal opção constasse, forma expressa, dos negócios jurídicos (aditivos) realizados, o que não ocorreu.

Os sucessivos ajustes quanto à reavaliação das metas de redução gradativa dos índices de perda de água, a despeito de terem deslocado no tempo as previsões originalmente pactuadas, não descuidaram de ressalvar o direito a eventual reequilíbrio como, aliás, constou cláusula 13 do Quarto Aditivo , abaixo transcrita:

CLÁUSULA 13 – DA LIMITAÇÃO DO ESCOPO DO ADITIVO

13.1 Ressalvado o disposto na cláusula 10 deste 4º Termo Aditivo, as PARTES acordam que os efeitos econômico-financeiros decorrentes dos ajustes promovidos pelo presente aditivo deverão ser discutidos no âmbito da Revisão Ordinária, com adoção das correspondentes medidas de recomposição da equação econômico-financeira, se eventualmente necessária

Destarte, em não tendo ocorrido opção expressa das partes para que o reequilíbrio fosse implementado mediante uma das alternativas listadas no item 22.4 do contrato, não há que se entender que ele já tenha sido realizado pela só dilação dos prazos. Registre-se, porém, que tal hipótese é agora aventada pela concessionária no documento SEI 0296688 deste Expediente ao aludir, no pedido, ao que consta expresso na referida cláusula.

(3) Divergência quanto ao indicador de população

A concessionária refere que a divergência no indicador populacional previsto no edital é causa de desequilíbrio, uma vez que o ato convocatório previa como ponto de partida a existência de 136.000 residentes no perímetro urbano no ano de 2008. Diz que “com isso, o edital de licitação adotou a premissa de que a evolução se daria mediante uma taxa geométrica constante e igual a 1% (um por cento)” mas com o passar dos anos observou-se

que as premissas e projeções contidas no edital não se concretizaram, visto que a população atual do município é de 126.866 habitantes, enquanto que pelo edital deveria ser de 153.248 habitantes.

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

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

Assim, diante do analisado, as respostas às indagações da Diretoria de Tarifas são as que seguem indicadas:

A) se o tempo decorrido para a solicitação (2010 a 2021) implica na possibilidade ou na impossibilidade de consideração das divergências no índice de perdas de água e no indicador da população nesta segunda revisão ordinária: pode caracterizar perda do direito de pleitear prejuízos/investimentos ocorridos antes do quinquênio, a contar do efetivo conhecimento do índice real de perdas. Sugere-se, no entanto, e até porque o pedido é formulado a partir do ano 6, aguardar os esclarecimentos da concessionária a respeito dos motivos pelos quais as divergências no aludido índice e indicador de população não foram pleiteados na revisão anterior, já que relativamente a ambos a concessionária afirma inconsistências que remontam à licitação;

B) se o que dispõem o Segundo, Terceiro e Quarto aditivos quanto a “erro no índice de perdas”, “reapctuação das metas contratualmente previstas” e “formas alternativas de reequilíbrio” interferem na segunda revisão ordinária: entendemos que não. As novações contratuais (operações jurídicas que consistem em criar novas obrigações, substituindo e extinguindo as obrigações anteriores e originárias) realizadas entre as partes não implicaram (até então) em opção alternativa de reequilíbrio.

C) se a divergência quanto ao indicador de população deve ser considerado como fator de reequilíbrio em sede de revisão: entendemos tratar-se de risco alocado exclusivamente à concessionária.

Diante do exposto, devolva-se à Diretoria de Tarifas.



Documento assinado eletronicamente por **Lisiane Dworzecki Soares, Técnico Superior - OAB/RS nº 35.638**, em 23/04/2021, às 15:46, conforme Medida Provisória nº 2.200-2/2001.

Documento assinado eletronicamente por **Vinicius Ilha da Silva, Diretor de Assuntos Jurídicos** -



OAB/RS nº 59.040, em 23/04/2021, às 15:49, conforme Medida Provisória nº 2.200-2/2001.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://sei.agergrs.rs.gov.br/processos/verifica.php> informando o código verificador **0302032** e o código CRC **80B371DA**.