



PARECER SEI Nº 1700/2023/MF

Assunto: Tomada de Subsídios nº 2/2023, realizada pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, que objetiva a elaboração de norma de referência sobre Matriz de Riscos de Contratos para os Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário.

Processo SEI nº 19995.103158/2023-16

1 SUMÁRIO EXECUTIVO

1. Este parecer avalia a Tomada de Subsídios nº 2/2023, realizada pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, que objetiva a elaboração de norma de referência sobre Matriz de Riscos de Contratos para os Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário.

2. Para isso, foi disponibilizada uma página [\[1\]](#) no Sistema de Participação Social da ANA com uma lista dos riscos propostos e a sua alocação para o poder concedente ou para a prestadora, além de cinco perguntas abertas.

3. Na avaliação da onerosidade regulatória relacionada à Matriz de Riscos, recomenda-se que a proposição dos riscos seja realizada de forma participativa e colaborativa, com transparência e diálogo aberto entre as partes interessadas, baseadas em evidências científicas e nas melhores práticas disponíveis, flexíveis e adaptáveis às mudanças, um sistema de avaliação transparente e baseado em parâmetros claros e mensuráveis.

4. Além disso, foram verificados pontos de melhoria regulatória relacionados à proposta da ANA. Assim, foram feitas recomendações para aprimorar a matriz de riscos, são elas:

- Recomendação 1: Riscos relacionados a decisões arbitrais, judiciais e administrativas
- Recomendação 2: Recomendações para a clareza e objetividade dos riscos
- Recomendação 3: Agrupamento de riscos
- Recomendação 4: Nível de detalhamento da matriz de referência
- Recomendação 5: Inclusão de justificativas para cada risco
- Recomendação 6: Previsão para avaliação, monitoramento e aperfeiçoamento da Matriz de Riscos.

5. Esclarece-se que a presente análise está restrita aos aspectos concorrenciais, conforme competências estabelecidas pelo art. 19 da Lei nº 12.529, de 2011, e pelo Decreto nº 11.344, de 1º janeiro de 2023. Desta forma, questões técnicas e operacionais específicas não foram abordadas.

2 ANÁLISE

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO

6. A alocação de riscos visa definir quais eventos indesejados podem afetar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e quem deve arcar com os custos ou as compensações decorrentes desses eventos.

7. Segundo Garcia (2016) [2] A eficiência e o interesse público são assegurados ao se estabelecer os riscos no contrato, prevenindo conflitos posteriores em relações duradouras e complexas que estão expostas a constantes mudanças, sobretudo em cenários macroeconômicos integrados e impactados por uma evolução tecnológica em vários campos do conhecimento humano.

8. Para Bandeira (2014) [3] os riscos nos contratos são as consequências econômicas de um evento incerto, que pode ser objetiva ou subjetivamente desconhecido pelas partes, e que pode atingir as prestações contratuais, alterando a equação econômica do contrato. O risco contratual pode se manifestar como risco de inadimplemento, risco de diminuição da satisfação econômica, risco de mercado, risco de evicção (perda de um bem por ordem judicial ou administrativa, em razão de um motivo jurídico anterior à sua aquisição), entre outros. O contrato deve prever cláusulas que regulem os riscos e as responsabilidades das partes em caso de sua ocorrência, bem como os mecanismos de revisão ou resolução do contrato, se necessário.

9. Os contratos de concessão ou de uso de bens públicos são aqueles que envolvem a prestação de serviços de infraestrutura por parte de entidades privadas. Nesses contratos, as responsabilidades das partes dependem do objeto contratual e das cláusulas acordadas, mas em geral envolvem, para a parte concedente (órgão público), garantir as condições legais e regulatórias para a execução do contrato, fiscalizar o cumprimento das obrigações da parte concessionária, aplicar sanções em caso de descumprimento, pagar eventuais contraprestações ou indenizações previstas no contrato, e zelar pelos interesses dos usuários e da sociedade.

10. Para a parte concessionária (entidade privada), executar o objeto contratual conforme as especificações técnicas e os padrões de qualidade definidos no contrato, cumprir as normas legais e regulatórias aplicáveis ao setor, arcar com os riscos inerentes à atividade econômica, pagar eventuais tributos ou encargos decorrentes do contrato, e prestar contas à parte concedente e aos órgãos de controle.

11. A matriz de riscos é uma ferramenta que visa definir e alocar os riscos envolvidos e deve ser usada na execução de um contrato de concessão entre as partes contratantes, ou seja, o poder público e o concessionário privado. A matriz de riscos também busca estabelecer as diretrizes das cláusulas contratuais que regulamentam a mitigação, a transferência ou a repartição dos riscos, bem como os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro associados a essa matriz de risco. Ela é considerada um elemento essencial para garantir a segurança jurídica, a previsibilidade e a eficiência dos contratos de concessão de longo prazo, especialmente no setor de infraestrutura. (Duarte, 2022) [4].

2.2 CHECKLIST DE CONCORRÊNCIA DA OCDE

12. Para a análise concorrencial, utilizamos a metodologia desenvolvida pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2017) [5] que apresenta um conjunto de questões a serem verificadas na análise do impacto de políticas públicas sobre a concorrência. Segundo esta metodologia, pode haver impacto anticompetitivo quando ocorre as seguintes hipóteses:

- a) Limitação no número ou variedade de fornecedores; [6]
- b) Limitação da concorrência entre empresas; [7]
- c) Diminuição do incentivo para empresas competirem; e [8]
- d) Limitação das opções dos clientes e da informação disponível. [9]

13. Não há questões concorrenciais a serem apontadas para esta tomada de subsídios.

2.3 AVALIAÇÃO DE ONEROSIDADE REGULATÓRIA

14. Para a avaliação de onerosidade regulatória, utilizamos documentos da OCDE e a Instrução Normativa nº 111, de 5 de novembro de 2020, que estabelece critérios para a análise de melhoria

regulatória relacionada à diminuição dos custos de negócios considerando os quesitos de obrigações regulatórias[10], requerimentos técnicos[11], restrições e proibições[12], licenciamento[13] e complexidade normativa[14].

15. Dentre os quesitos dessa Instrução Normativa estão aqueles relacionados à complexidade normativa de uma regulação, que buscam fomentar o aperfeiçoamento da regulação e evitar distorções concorrenciais, determinando que a regulação deve ser clara, objetiva, previsível e isonômica, a fim de garantir simetria de informação regulatória entre os agentes econômicos do setor. Portanto, a regulação deve ser consolidada, harmonizada e íntegra, para garantir ampla acessibilidade a potenciais novos entrantes.

16. A primeira parte da proposta apresenta sugestão de alocação dos riscos levantados a partir de pesquisa feita junto a diversos atores envolvidos, por meio do preenchimento de formulário intitulado “*Diálogo sobre as Alternativas Regulatórias para a Norma de Referência (NR) de Matriz de Riscos de contratos de prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário*”, conforme consta na Nota Informativa nº 2/2023/COCOT/SSB, da ANA. Os atores envolvidos no preenchimento dos formulários incluem:

- Entidades Reguladoras Infranacionais (ERIs) e suas associações representativas;
- Prestadores de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário e suas associações;
- Mercado financeiro e consultorias;
- Prefeituras municipais;
- Terceiro setor;
- Universidades;
- Órgãos gestores de recursos hídricos.

17. Nesse sentido, são apresentadas as seguintes recomendações em relação à matriz de risco proposta:

2.3.1 **Recomendação 1: Riscos relacionados a decisões arbitrais, judiciais e administrativas**

18. No contexto de compartilhamento de Risco de Receita Tarifária merecem atenção os riscos 76, 77, 78 e 79, reproduzidos a seguir:

76 – Atrasos ou suspensões da execução do CONTRATO em razão de decisões judiciais ou administrativas, inclusive dos órgãos de controle, por fatores não imputáveis à PRESTADORA.

77 – Quaisquer passivos, de natureza cível, tributária ou trabalhista, do antigo responsável pela prestação dos serviços que venham a ser imputados à PRESTADORA por decisão judicial.

78 – Decisão judicial, arbitral ou administrativa que impeça ou impossibilite a contratada de cobrar a tarifa ou de reajustá-la de acordo com o estabelecido no contrato.

79 – Ações promovidas pelo Ministério Público, Tribunal de Contas e outros órgãos de controle e fiscalização, por fatos não imputáveis à PRESTADORA, que possam interromper ou obstaculizar a CONCESSÃO.

19. Estas cláusulas preveem que no caso de decisões arbitrais, judiciais ou mesmo administrativas que impactem na receita tarifária, o risco é atribuído ao Poder Concedente, desde que a Concessionária não tenha dado causa à decisão que motivou o impacto.

20. Especificamente sobre as decisões judiciais, é sabido que muitas dessas decisões são proferidas em caráter liminar, ou seja, são provisórias até que ocorra o julgamento do mérito da ação. Sabe-se, também, que entre uma decisão liminar e o julgamento definitivo pode haver um lapso temporal significativo, que em alguns casos pode chegar a anos, até que a decisão seja transitada em julgado.

21. Por sua vez, decisões administrativas também possuem ritos que permitem recursos e que, portanto, podem ser revistas por autoridades superiores, dificultando a definição da total responsabilidade de um agente regulado até que ocorra a conclusão do processo administrativo que também pode levar tempo razoável. Assim, entende-se que a proposta pode trazer grande insegurança jurídica quanto à sua

aplicabilidade e seus efeitos nos casos em que haja alguma decisão administrativa ou judicial, ainda não definitiva, indicando responsabilidade da concessionária, que impacte na tarifa, mas que ainda admite recurso para instâncias superiores.

22. Portanto, considerando que o andamento dos processos judiciais, arbitrais e administrativos podem ser reformados e que a responsabilidade pela assunção do risco, seja por parte do Poder Concedente ou da Concessionária, pode ser a alterada ao longo das fases de um processo administrativo/arbitral/judicial, recomenda-se a reformulação desses riscos com vistas a deixar claro qual a decisão que será considerada para fins de reequilíbrio, se transitada ou não em julgado.

23. Ademais, especificamente em relação ao risco 78, entende-se que nem sempre em todas as hipóteses caberia atribuir riscos decorrentes de decisão judicial, arbitral ou administrativa que impeça ou impossibilite a contratada de cobrar a tarifa, uma vez que algumas decisões, por exemplo, poderiam ser no sentido de indicar que a prestadora estaria cobrando tarifa de forma indevida e, portanto, atribuir tal possibilidade ao Poder Concedente, torna-se incoerente, inclusive, com a própria decisão judicial.

2.3.2 **Recomendação 2: Recomendações para a clareza e objetividade dos riscos**

24. Recomendamos também que os riscos tenham redação clara e objetiva sem a presença de sobreposições ou o uso termos subjetivos que possam dar margem a mais de uma interpretação. Nos parágrafos seguintes, fazemos recomendação sobre diversos riscos, que ao nosso ver, deixaria a norma mais clara e objetiva. A possibilidades aqui propostas são exemplificativas, já que não cabe como resultado desta análise determinar um aperfeiçoamento ou indicar todos os que são possíveis.

Riscos 15 e 23

Risco 15, poder concedente – Efeitos decorrentes do atraso na realização das desapropriações, servidões, limitações administrativas, ou, ainda, do parcelamento e regularização de registro dos imóveis, imputadas ao PODER CONCEDENTE, desde que ta atraso não tenha sido causado por ato ou omissão da PRESTADORA.

Risco 23, poder concedente – Consequências decorrentes da inobservância de prazos legais na obtenção de licenças ou autorizações por notória morosidade do órgão ou entidade pública responsável pela emissão do ato.

25. Riscos 15 e 23 poderiam ser mesclados em apenas um. Além disso, o texto usa um termo subjetivo “notória morosidade”, que pode gerar interpretações divergentes sobre o que seria um prazo razoável para a obtenção de licenças ou autorizações.

26. Outro ponto, é que a demora na obtenção da licença pode também ser causada pela prestadora, como a apresentação de projeto mal elaborado, documentação incompleta ou o não fornecimento de informações exigidas pelo órgão licenciador. Essa falta de clareza pode gerar conflitos entre as partes envolvidas na concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, bem como entre elas e o órgão ou entidade pública responsável pela emissão do ato.

Riscos 20, 29, 30 e 31

Risco 20, Poder concedente – Modificações nas especificações técnicas da PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ou edição de normas aplicáveis à PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ou outras determinações da ENTIDADE REGULADORA INFRANACIONAL que alterem INDICADORES DE DESEMPENHO, desde que resulte, comprovadamente, variações nos custos, receitas ou investimentos da prestadora.

Risco 30, Poder concedente – Solicitação do PODER CONCEDENTE ou da ENTIDAD REGULADORA INFRANACIONAL de emprego de nova tecnologia, ainda não disseminada, pa execução das OBRAS DO SISTEMA ou para prestação dos SERVIÇOS, salvo quando a medida seja absolutamente indispensável para assegurar o correto cumprimento dos INDICADORES DE DESEMPENHO ou de obrigações contratuais de responsabilidade da PRESTADORA, entã vigentes.

Risco 29, Prestadora – Atualidade da tecnologia empregada nas obras e na prestação dos SERVIÇOS.

Risco 31, Prestadora – Risco decorrente da obsolescência tecnológica utilizada se tornar ineficaz, causando prejuízos na PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS aos usuários em termos de qualidade e continuidade.

27. Para o risco 30, há casos em que pode haver a determinação do poder concedente para a

implantação de nova tecnologia, mesmo que disseminada. Um exemplo, na concessão de rodovias, é a implantação da tecnologia *free flow* (um sistema de pedágio que permite a livre passagem dos veículos sem a necessidade de parar em cancelas ou guichês de cobrança), em contratos que não tinha essa previsão, onde o risco foi alocado para o poder concedente com consequente reequilíbrio contratual. Além disso, há sobreposição entre os riscos 20 e 30 e entre os riscos 29 e 31. Uma maneira de reformular esses riscos seria:

28. Os riscos 20 e 30, alocados para o poder concedente, podem ser mesclados, por exemplo: Quaisquer modificações desejadas pelo poder concedente, como especificações técnicas, edição de normas aplicáveis, imposição de uso de tecnologia específica tanto disseminada como não disseminada, implantação de novas funcionalidades, exigência de novos parâmetros de qualidade, ou outras imposições à PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS de que resulte variação nos custos ou receitas ou investimentos da prestadora.

29. Os riscos 29 e 31, alocado para a prestadora, podem ser mesclados em um novo risco, por exemplo: Quando para o cumprimento de obrigações contratuais em que seja necessário manter atualizadas as tecnologias empregadas pela prestadora.

Riscos 32, 33, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 50, 56 e 66

Risco 32, prestadora – Responsabilidade civil, criminal e ambiental decorrentes da realização das OBRAS DO SISTEMA, da operação e manutenção dos BENS VINCULADOS e da PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS, relativamente a fatos ocorridos posteriormente ao TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA.

Risco 33, poder concedente – Responsabilidade civil, criminal e ambiental relativa a fatos anteriores ao TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA

Risco 41, poder concedente – Consequências decorrentes de atrasos na obtenção ou renovação de licenças ambientais necessárias à TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA.

Risco 42, prestadora – Consequências decorrentes de atrasos causados pela PRESTADORA, posteriores à TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA, na obtenção ou renovação de licenças ambientais ou autorizações governamentais.

Risco 43, prestadora – Custeio e execução das ações necessárias ao cumprimento das condicionantes ambientais, mitigatórias ou compensatórias, exigidas pelas licenças ambientais prévia, de instalação e de operação necessárias às obras, inclusive de expansão do sistema, e à prestação dos serviços.

Risco 44, prestadora – Consequências decorrentes do descumprimento de condicionantes de licenciamento ambiental.

Risco 45, prestadora – Danos ambientais decorrentes da prestação dos serviços.

Risco 47, poder concedente – Remediação de passivos ambientais não identificados no EDITAL de Licitação e comprovadamente anteriores ao TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA.

Risco 50, poder concedente – Consequências decorrentes de descobertas arqueológicas e patrimônio histórico, não previstas no EDITAL e seus anexos e que afetem a execução do CONTRATO.

Risco 56, Poder concedente – Atrasos ou prejuízos à execução dos SERVIÇOS, dos SERVIÇOS COMPLEMENTARES e execução das OBRAS DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA decorre de interferências causadas por movimentos sociais ou presença de populações indígenas, quilombolas e quaisquer outros povos e comunidades tradicionais.

Risco 66, poder concedente – Atos ou fatos ocorridos antes da data de TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA, mesmo que de conhecimento posterior àquela data, que afetem a execução do CONTRATO ou onerem custos, despesas, investimentos ou receitas da PRESTADORA.

30. De maneira geral, considerando as especificidades que podem surgir em cada caso, acreditamos que a alocação de riscos relacionados às responsabilidades ambientais na concessão deva ser definida em cada contrato. E, para aqueles que vierem ser incluídos na Matriz de Riscos da Norma de Referência, seja melhorada suas redações e sua alocação.

31. Os riscos 41, 42, 43 e 44, que estão alocados apenas para uma das partes, poderiam ter alocação tanto para o poder concedente como para a prestadora. Tomando o risco 41 como exemplo, pode haver casos em que determinadas licenças ou renovações possam ser de responsabilidade da nova concessionária. Por exemplo, em alguns contratos de concessão de rodovias, a licitante vencedora é responsável pela emissão de algumas licenças ambientais.

32. A redação do risco 47 poderia ser melhorada, já que o descumprimento de uma condicionante de responsabilidade da concessionária poderia gerar um passivo ambiental que não estava identificado no Termo de Transferência, podendo gerar conflito de interpretações.

33. Os riscos 50 e 51 se sobrepõe aos que versam sobre licenciamento ambiental, que já abarca a sustentabilidade dos ecossistemas em suas variabilidades físicas, socioculturais e econômicas. Isso inclui povos e comunidades tradicionais, descobertas arqueológicas, patrimônio histórico e bens culturais protegidos.

34. Há sobreposição do risco 66, que traz redação genérica, com outros riscos como os que versam sobre licenciamento ambiental (41, 42 e 47), e os que versam sobre responsabilidade civil, criminal e ambiental (Riscos 32 e 33).

35. Segundo Garcia (2016)², a melhor forma de distribuir riscos é atribuir ao concessionário apenas os riscos que são por ele controláveis. Isso porque atribuir riscos não controláveis estimulará os participantes da licitação a tornar suas propostas mais caras. Veja que, quando se trata de responsabilidades ambientais, muitas variáveis podem surgir, como por exemplo, a exigência de estudos adicionais pelo órgão ambiental.

36. Portanto, recomendamos a reformulação desses riscos afim de dar a eles redação mais clara, dando mais concisão onde há sobreposições e mais detalhes onde há subjetividade, considerando a possibilidade, inclusive, da exclusão daqueles que por serem muito específicos, poderiam ser abordados apenas em cada contratos de concessão.

Risco 51

Risco 51, prestadora – Descoberta de condições geológicas diferentes daquelas que razoavelmente poderiam ser esperadas pela PRESTADORA à época da Licitação e seus impactos sobre a execução do objeto da CONCESSÃO, incluindo atrasos no cronograma dos investimentos sob responsabilidade da PRESTADORA, prejuízos ao atingimento dos INDICADORES DE DESEMPENHO, bem como perdas de receita e custos adicionais experimentados pela PRESTADORA.

37. Recomenda-se a exclusão do termo “razoavelmente”, por ter significado impreciso, podendo levar a diferentes interpretações causando consequente insegurança jurídica na aplicabilidade do risco.

Riscos 59, 60, 61,62, 64, 65, 66, 68, 69 e 72

Risco 59, prestadora – Variação de taxa de juros.

Risco 60, prestadora – Indisponibilidade de financiamento ou aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros.

Risco 61, prestadora – Variação de taxa de câmbio. X

Risco 62, prestadora – Indisponibilidade de financiamentos ou aumento do custo de capital.

Risco 64, prestadora – Variação dos custos operação e manutenção do SISTEMA, inclusive em relação a não obtenção do retorno econômico previsto pela PRESTADORA.

Risco 65, prestadora – Variações dos custos dos insumos necessários a PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

Risco 66, poder concedente – Atos ou fatos ocorridos antes da data de TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA, mesmo que de conhecimento posterior àquela data, que afetem a execução do CONTRATO ou onerem custos, despesas, investimentos ou receitas da PRESTADORA.

Risco 68, prestadora – Aumento ou redução na demanda pelos serviços prestados pela PRESTADORA, inclusive, mas não se limitando, em decorrência do adensamento populacional; da existência de ligações irregulares; da alteração do perfil habitacional ou do padrão de consumo ou da composição de usuários.

Risco 69, poder concedente – Inclusão de áreas de expansão ou incorporação de novos municípios ou exclusão de municípios originais (no caso de prestação regionalizada), alterando o escopo do CONTRATO.

Risco 72, prestadora – Variação no consumo per capita para mais ou para menos em relação ao informado/previsto no EDITAL, salvo se decorrente de materialização de risco alocado ao PODER CONCEDENTE.

38. Os Riscos 59, 60, 61 e 62, que se referem à variação de taxa de juros, de taxa de câmbio ou indisponibilidade de financiamentos ou aumento do custo de capital, podem ser mesclados em um só.

Podem ser mesclados também, os riscos 68 e 72, que tratam da variação de demanda por fatores diversos.

39. Ademais, podem ser previstos nos contratos mecanismo de compartilhamento de risco, como vem sendo proposto para alguns riscos nos contratos de concessão de rodovias. Nesse sentido, riscos relacionados a variação de câmbio (risco 61), custo de insumos (risco 64), aumento e redução de demanda (risco 68 e 72).

40. A segunda parte da proposta se refere a perguntas abertas sobre a estrutura da matriz de risco apresentada, bem como diretrizes aplicáveis a sua construção.

2.3.3 **Recomendação 3: Agrupamento de riscos**

41. O primeiro questionamento trata de avaliação sobre a inclusão ou agrupamento dos riscos propostos. Sobre o agrupamento de riscos, é importante enfatizar que a forma de se agrupar determinados riscos pode ajudar a organizar a matriz em categorias lógicas, facilitando a visualização e a tomada de decisão. Existem diferentes formas de agrupar os riscos, dependendo dos critérios e objetivos que se quer atingir. Uma forma comum é agrupar os riscos em categorias e subcategorias, de acordo com a sua fonte, natureza ou impacto.

42. Um bom exemplo de agrupamento de riscos é o proposto pela Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais – ARSAE-MG por meio da Nota Técnica A CRE 09/2021, para a alocação de riscos entre a Companhia de Saneamento de Minas Gerais – Copasa MG e o Poder Concedente no âmbito da 2ª Revisão Tarifária Periódica da Copasa.

43. O agrupamento foi realizado da seguinte maneira: i) Riscos Legais/Regulatórios; ii) Riscos de Construção/Operação; iii) Riscos Ambientais/Sociais; iv) Riscos Comerciais; v) Riscos de Demanda; vi) Riscos Financeiros; vii) Riscos Fundiários; viii) Outros Riscos, que inclui Caso fortuito e força maior.

44. A Nota Técnica cita também o exemplo de agrupamento elaborado pela Agência Reguladora de Saneamento e Energia do estado de São Paulo – ARSESP, que agrupou os riscos da seguinte forma: i) Legal/Regulatório; ii) Construção/Operação; iv) Ambiental/Social; v) Comerciais; vi) Demanda; vii) Financeiro; viii) Econômico; ix) Fundiário; x) Outros.

45. Foi citado ainda, na Nota Técnica, o exemplo do regulador britânico Ofwat que propõe uma discussão sobre alocação de riscos no documento *Allocating risk and managing uncertainty in setting price controls for monopoly water and sewerage services* elencando os grupos da seguinte maneira: i) Políticos; ii) Regulatórios; iii) Econômicos; iv) Ambientais; v) Operacionais; vi) Construção; vii) Financeiros; viii) De Negócios.

46. Estes exemplos podem ser bons pontos de partida para a construção de grupos de riscos a serem elencados na Norma de Referência de Matriz de Riscos de contratos de prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

47. Ademais, uma forma de deixar a Norma mais clara e objetiva é procurar por riscos que, por serem muito semelhantes, poderiam ser mesclados em um só, inclusive como forma de evitar dificuldade de alocação dos eventos na matriz de risco e, também, evitar interpretações diferentes sobre riscos com o mesmo escopo. A seguir, apresentamos exemplos de riscos que poderiam ser mesclados para a adoção de uma única hipótese:

48. Riscos 21 e 22, que se referem a alterações unilaterais do contrato ou a fatos do príncipe ou da administração que resultem em variações dos custos, receitas ou investimentos da prestadora.

49. Riscos 18 e 19, que se referem a alterações na área de concessão ou no plano municipal ou regional de saneamento básico que impactem em novos investimentos e custos para a concessão.

50. Riscos 1 e 5, que se referem a falhas nos projetos básicos e executivos, na execução das obras e na infraestrutura aplicada aos serviços, inclusive com o uso de materiais de construção inadequados ou de má qualidade, podendo causar inclusive atrasos no cronograma de execução.

51. Riscos 3 e 80, que se referem erros ou omissões nos estudos e levantamentos necessários para a elaboração da proposta comercial e para a execução do objeto do contrato, ainda que com base em dados constantes do edital ou em desconformidades entre os dados sobre a oferta da prestação de

serviços e sobre as características funcionais do sistema existente adotados em sua proposta e a descrição constante do edital.

52. Riscos 13 e 58, que se referem falha de fornecimento de materiais e serviços pelos contratados e subcontratados da PRESTADORA, bem como danos causados por fornecedores, contratados ou subcontratados.

53. Riscos 39 e 82, que se referem problemas e vícios revelados no edital de licitação e que possam ser conhecidos pelos licitantes durante o período de propostas ou que resultem em diferenças entre os dados sobre a oferta da prestação de serviços, constante no edital, e características funcionais do sistema existente, adotadas na proposta comercial da PRESTADORA.

54. Riscos 53 e 57, que se referem variação do custo de mão de obra, incluindo dissídio, acordo ou convenção coletiva, encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato e as responsabilizações deles decorrentes, incluídas aquelas relacionadas às empresas subcontratadas.

2.3.4 Recomendação 4: Nível de detalhamento da matriz de referência

55. Outra pergunta aberta que consta na tomada de subsídios, é se a Matriz de Risco deveria ser o mais completa possível ou mais enxuta, contendo os riscos mais comuns encontrados nos contratos existentes.

56. Uma matriz de riscos pode ser sintética ou analítica, conforme o nível de detalhamento e abrangência dos riscos considerados. Em geral, a matriz de riscos conterá os riscos relevantes para a contratação, que podem ser previstos com base na experiência anterior, na legislação aplicável, nas boas práticas do setor ou em estudos técnicos.

57. Tratando-se de uma matriz de risco de referência, recomenda-se que a ela seja a mais concisa e objetiva possível e ao mesmo tempo não excluindo detalhes mais relevante e que sejam comuns a todos os contratos. No entanto, nem todos os riscos podem ser antecipados ou incluídos na matriz de riscos de referência, pois alguns podem ser específicos a cada contexto de delegação do serviço público.

58. Esses riscos específicos irão depender das características do objeto contratado, das condições locais de execução, das peculiaridades do contratado ou do contratante, de eventos imprevisíveis ou de consequências incalculáveis. Nesses casos, os riscos específicos previsíveis e as regras para o seu tratamento podem ser previstos nos contratos respeitando o equilíbrio econômico-financeiro e a repartição objetiva de risco definida na matriz.

2.3.5 Recomendação 5: Inclusão de justificativas para cada risco

59. Na Nota Informativa nº 2/2023/COCOT/SSB é informado que a construção da matriz de risco é resultante de levantamento realizado em estudos, minutas e contratos vigentes. Entende-se que tal procedimento vai ao encontro das boas práticas regulatórias, funcionando como um elemento de mitigação de gerar eventuais onerosidades. No entanto não identificamos no material de apoio o levantamento apontado e as justificativas que se apoiam nesse levantamento.

60. De fato, a matriz de riscos não deve ser baseada em suposições ou opiniões subjetivas, mas sim em dados e evidências científicas, casos concretos e outras justificativas. Esses elementos devem servir para referenciar cada um dos riscos elencados na matriz, demonstrando a sua origem, a sua probabilidade, o seu impacto e a sua alocação. Dessa forma, a matriz de riscos ganha mais credibilidade, transparência e consistência.

61. As justificativas utilizadas para cada risco da matriz, e baseadas no levantamento citado, também facilitam o monitoramento da matriz, pois permitem acompanhar a sua evolução e verificar se as medidas adotadas para sua mitigação estão sendo efetivas. Também auxiliam na comunicação e na prestação de contas sobre a gestão dos riscos, pois permitem explicar as razões e as evidências que embasaram as decisões tomadas. Também são importantes para justificar aqueles considerados relevantes. Dessa forma, os participantes da sociedade podem enriquecer a matriz de riscos com informações e perspectivas baseadas em suas experiências.

62. Nota-se que na proposta de matriz consta campo para que sejam apresentadas as

justificativas para eventuais sugestões de alterações na matriz. Por sua vez, o Anexo II da Nota Informativa, apresenta as justificativas dos participantes da construção da matriz proposta para alocação sugerida. Recomenda-se, assim, que a partir das sugestões colhidas a partir desta tomada de Subsídios, seja mantida pela ANA a apresentação das justificativas para a alocação dos riscos, facilitando a consulta e a compreensão dos riscos, bem como demonstrando a sua fundamentação

2.3.6 **Recomendação 6: Previsão para avaliação, monitoramento e aperfeiçoamento da Matriz de Riscos.**

63. A Matriz de risco de referência não deve ser imutável ou definitiva, pois os riscos podem variar conforme os contextos e as circunstâncias. Por isso, ela deve ser avaliada em confronto com os casos concretos para ser aperfeiçoada e alterada naquilo em que não corresponder à realidade dos contratos.

64. Assim, recomendamos que a norma de referência contenha diretrizes para a avaliação e aperfeiçoamento da Matriz de Riscos de Referência. Essa avaliação deve ser feita periodicamente, com base na experiência prática, nas lições aprendidas, nas mudanças legislativas ou regulatórias, nas inovações tecnológicas ou nas demandas sociais. O objetivo é garantir que a matriz de risco de referência esteja sempre atualizada e adequada às necessidades e aos desafios da contratação pública.

65. Vale ressaltar que não se trata aqui, de sugerir revisitação da matriz de risco de contratos em vigor, sob o risco de trazer grande insegurança jurídica, além de impacto significativo no equilíbrio econômico-financeiro desses contratos.

3 **CONCLUSÃO**

66. Analisamos a Tomada de Subsídios nº 2/2023, realizada pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, que objetiva a elaboração de norma de referência sobre MATRIZ DE RISCOS de Contratos para os Serviços de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário.

67. Na avaliação da onerosidade regulatória, recomenda-se que a proposição dos riscos seja realizada de forma participativa e colaborativa, com transparência e diálogo aberto entre as partes interessadas, baseadas em evidências científicas e nas melhores práticas disponíveis, flexíveis e adaptáveis às mudanças, incluindo parâmetros claros e um sistema de avaliação transparente e baseado em indicadores claros e mensuráveis.

68. Dessa forma, foram verificados critérios de melhoria regulatória relacionados à proposta da ANA. Assim, foram feitas recomendações para aprimorar a matriz de riscos, são elas:

- Recomendação 1: Riscos relacionados a decisões arbitrais, judiciais e administrativas
- Recomendação 2: Recomendações para a clareza e objetividade dos riscos
- Recomendação 3: Agrupamento de riscos
- Recomendação 4: Nível de detalhamento da matriz de referência
- Recomendação 5: Inclusão de justificativas para cada risco
- Recomendação 6: Previsão para avaliação, monitoramento e aperfeiçoamento da Matriz de Riscos.

69. Além disso, foram respondidas algumas perguntas abertas feitas no documento proposto, a seguir, reproduzimos as perguntas e respectivas respostas:

70. **Pergunta 1:** Que outros riscos você consideraria incluir na Matriz de Riscos da Norma de Referência e para qual parte estariam alocados? Que riscos você consideraria retirar ou agrupar?

Resposta: Foram reproduzidas para essa resposta, no sistema de participação da ANA, as recomendações 1, 2 e 3.

71. **Pergunta 2:** Com base em casos concretos de que tenha conhecimento, que riscos já ensejaram a realização de reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário?

72. **Pergunta 3:** Que critérios devem definir os riscos que serão considerados na Norma de Referência sobre Matriz de Riscos da ANA? Observe que não se trata dos critérios de alocação do risco, ou seja, quem deve se responsabilizar pelo risco, e sim os critérios para inclusão ou não de um risco na matriz.

Resposta: A alocação racional dos riscos deve considerar qual é a parte que tem a maior capacidade de evitar a sua materialização ou a atenuação de suas consequências. É inerente à repartição dos riscos que eles sejam alocados à parte que, a um custo mais baixo, pode reduzir as chances de o evento indesejável ocorrer ou aumentar as chances de um evento desejável acontecer. Além disso, deve-se observar a capacidade que cada parte detém de gerenciar as consequências danosas, caso o evento indesejado venha a ocorrer.

73. Ainda, os riscos não podem ser baseados em suposições ou opiniões subjetivas, mas sim em dados e evidências científicas, casos concretos e outras justificativas. Esses elementos devem servir para referenciar cada um dos riscos elencados na matriz, demonstrando a sua origem, a sua probabilidade, o seu impacto e a sua alocação. Dessa forma, a matriz de riscos ganha mais credibilidade, transparência e consistência.

74. Outro critério, é a decisão de alocação de riscos para a prestadora, apenas daqueles por ela controláveis. Isso resultará em propostas menos onerosas dos participantes de licitações, e reduzirá o número de possibilidades que ensejariam a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro, reduzindo, por consequência, a insegurança jurídica.

75. **Pergunta 4:** O que seria preferível: uma Matriz de Risco o mais completa possível ou uma mais enxuta, contendo os riscos mais comuns encontrados nos contratos existentes?

Resposta: Foram reproduzidas para essa resposta, no sistema de participação da ANA, as recomendações 4 e 5.

76. **Pergunta 5:** Considerando a possibilidade de o Titular alterar, desde que motivadamente, a alocação do risco na fase de planejamento da contratação, conforme a Alternativa 2 propõe, qual seria o papel da Entidade Reguladora Infranacional nesse processo, na sua opinião?

Resposta: Foi reproduzida para essa resposta, no sistema de participação da ANA, a recomendação 3.

77. A matriz de riscos é uma ferramenta importante para garantir a segurança jurídica, a previsibilidade e a eficiência dos contratos de concessão de longo prazo, especialmente no setor de infraestrutura. Desta forma, com essas recomendações, espera-se contribuir com a tomada de subsídio realizada pela ANA, aqui analisada.

Brasília, 5 de junho de 2023.

Documento assinado eletronicamente

EDSON SENA DE ANDRADE JUNIOR

Assessor

Documento assinado eletronicamente

MAURO RODRIGUES SANJAD

Assessor

Documento assinado eletronicamente
ANA PATRIZIA GONÇALVES LIRA
Subsecretária de Regulação e Concorrência

-
- [1] Sistema de participação disponível em <https://participacao-social.ana.gov.br/Consulta/134/Contribuicao/>
- [2] GARCIA, F. A. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: DUTRA, Joíza Campanher. **20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil**. 1ª Edição. Rio de Janeiro: FGV, 2017. p. 26-51.
- [3] BANDEIRA, P. G. **Contrato Incompleto**. 2014. 253 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014.
- [4] DUARTE, Rodrigo; ASSIS, Marcela. Uma matriz de risco é capaz de tornar os contratos administrativos completos? **Consultor Jurídico**, 26 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 18 de maio de 2023.
- [5] OCDE (2017), *Guia para Avaliação de Concorrência: Volume 2 - Diretrizes*, www.oecd.org/competition/toolkit.
- [6] A limitação no número ou variedade de fornecedores é provável no caso de a política proposta: (A1) conceder direitos exclusivos a um único fornecedor de bens ou de serviços; (A2) estabelecer regimes de licenças, permissões ou autorizações como requisitos de funcionamento; (A3) limitar a alguns tipos de fornecedores a capacidade para a prestação de bens ou serviços; (A4) aumentar significativamente os custos de entrada ou saída no mercado; ou (A5) criar uma barreira geográfica à aptidão das empresas para fornecerem bens ou serviços, mão de obra ou realizarem investimentos.
- [7] A limitação da concorrência entre empresas é provável no caso de a política proposta: (B1) limitar a capacidade dos vendedores de fixar os preços de bens ou serviços; (B2) limitar a liberdade dos fornecedores de fazerem publicidade ou marketing dos seus bens ou serviços; (B3) fixar padrões de qualidade do produto que beneficiem apenas alguns fornecedores ou que excedam o nível escolhido por determinados consumidores bem informados; ou (B4) aumentar significativamente o custo de produção para apenas alguns fornecedores (especialmente dando tratamento diferente aos operadores históricos e aos concorrentes novos).
- [8] A diminuição do incentivo para as empresas competirem é provável no caso de a política proposta: (C1) estabelecer um regime de autorregulamentação ou de correção; (C2) exigir ou estimular a publicação de dados sobre níveis de produção, preços, vendas ou custos das empresas; ou (C3) isentar um determinado setor industrial ou grupo de fornecedores da aplicação da legislação geral da concorrência.
- [9] A limitação das opções dos clientes e da informação disponível é provável no caso de a política proposta: (D1) limitar a capacidade dos consumidores para escolherem o fornecedor; (D2) reduzir a mobilidade dos clientes entre fornecedores de bens ou serviços por meio de aumento dos custos, explícitos ou implícitos, da mudança de fornecedores; ou (D3) alterar substancialmente a informação necessária aos consumidores para poderem comprar com eficiência.
- [10] Obrigação regulatória: Obrigação não deve provocar distorção concorrencial entre agentes econômicos; onerosidade da obrigação não deve representar barreira econômica ou prejudicar agentes econômicos de menor porte ou potenciais entrantes; deve haver acessibilidade e isonomia aos meios de cumprimento da obrigação.
- [11] Requerimentos técnicos: A exigência de requerimento técnico não deve onerar mercado a ponto de delimitar a concorrência; o requerimento técnico não deve inviabilizar produto ou serviço de oferta ampla e global; o requerimento técnico não deve submeter os produtores brasileiros a ambiente mais oneroso que concorrentes que produzam em solo estrangeiro; e o requerimento técnico não deve inviabilizar o desenvolvimento de tecnologias ou modelos disruptivos que possam potencialmente ocorrer na margem da regulação.
- [12] Restrições e proibições: A regulação não deve limitar o uso de técnicas, meios ou resultados úteis ao mercado que não apresentem comprovado risco a terceiros ou caráter sistêmico; a regulação não deve inviabilizar o livre desenvolvimento tecnológico de diferentes alternativas concorrentes; a regulação não deve inviabilizar a oferta de produtos ou serviços de livre e amplo acesso em mercados desenvolvidos.
- [13] Licenciamento: A regulação deve garantir isonomia, transparência e previsibilidade entre agentes econômicos estabelecidos e potenciais entrantes, inclusive para o desenvolvimento de modelos econômicos disruptivos; onerosidade do

cumprimento do licenciamento, incluindo custos diretos e indiretos, não deve representar barreira de entrada ou distorção concorrencial; Licenciamento não deve sujeitar o produtor brasileiro a ambiente menos competitivo que seus concorrentes estrangeiros.

[14] Complexidade normativa: A regulação deve ser clara, objetiva, previsível e isonômica, a fim de garantir simetria de informação regulatória entre os agentes econômicos do setor; a regulação deve ser consolidada, harmonizada e íntegra, a fim de garantir ampla acessibilidade a potenciais novos entrantes, incluindo de origem estrangeira.



Documento assinado eletronicamente por **Ana Patriza Gonçalves Lira Ribeiro, Subsecretário(a)**, em 05/06/2023, às 22:22, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Edson Sena de Andrade Junior, Assessor(a) Técnico(a)**, em 05/06/2023, às 22:31, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Mauro Rodrigues Sanjad, Especialista em Regulação**, em 05/06/2023, às 22:35, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.economia.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **34494112** e o código CRC **859734C1**.
