

Recife/PE, 11 de fevereiro de 2022.

À COMPANHIA PERNAMBUCANA DE SANEAMENTO – COMPESA.

DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO
REGULATÓRIO. CONTRATO DE CONCESSÃO.
REVISÃO TARIFÁRIA EXTRAORDINÁRIA.

Prezados Senhores,

1. CONSULTA

Trata-se de pedido de elaboração de parecer jurídico formulado pela Gerência de Contratos e Convênios da Companhia Pernambucana de Saneamento – COMPESA com o objetivo de respaldar pedido de revisão tarifária extraordinária, no importe de 11,68%, que será formulado pela estatal consulente junto à ARPE sob o argumento da elevação do custo da energia elétrica e de produtos químicos.

A solicitação da consulente visa aclarar especificamente os seguintes questionamentos:

- "1. Qual situação se deflagra desequilíbrio econômico-financeiro no serviço prestado pela Compesa?
2. O fato apresentado é suficiente para ensejar a RTE?
3. Uma revisão extraordinária está adstrita à aplicação de alguma regra de anualidade, ou apenas os reajustes tarifários?
4. Embora esteja fora da anualidade tarifária do reajuste, as despesas mais elevadas com produtos químicos e energia elétrica já configuram um desequilíbrio em relação aquelas autorizadas pela agência reguladora. O pedido de revisão extraordinária só pode ser realizado para despesas que já ocorreram na anualidade?
5. É possível reequilibrar a tarifa com previsão de gastos exorbitantes futuros imediatos lastreados por contratos (produtos químicos) ou resoluções (energia elétrica)?
6. A apresentação de estudos econômicos seria o suficiente para consubstanciar a projeção do déficit destas contas contábeis?
7. Tendo dado o reposicionamento a maior, é possível compensar no reposicionamento seguinte?
8. Perda de subsídio de energia elétrica, um novo subtipo de bandeira tarifária, escassez de produtos químicos e sua demasiada mudança de patamar de preço devido à covid-19 são fatos gerenciáveis ou fora do controle do prestador? Como seriam definidos os fatos gerenciáveis ou fora do controle dos prestadores de serviços públicos?

9. Em geral, nos serviços regulados, há metodologia estabelecida para revisões extraordinárias? Alguma poderia ser utilizada como proxy para este setor?

10. A urgência de uma revisão extraordinária possibilitaria a utilização de uma metodologia mais célere para definição da nova tarifa?

11. Considerando que a defasagem avaliada é maior que 11% da receita atual, há na literatura alguma margem que defina um quantum de defasagem que seria suportável pelo prestador antes de se declarar urgente a revisão tarifária? Em outras palavras, 11% da receita causa desequilíbrio?

12. Considerando que já ocorreu um processo de RTE em 2015 e que a agência reguladora não tem metodologia específica, é possível realizar um pedido de RTE atual baseado na metodologia adotada em 2015?"

Para subsidiar a presente análise, a empresa estatal nos encaminhou cópias das Notas Técnicas nºs 18/2021 e 01/2022 da Gerência de Regulação e Concessão e planilhas que retratam a variação efetiva dos custos.

É o que importa relatar.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 DA FORMA DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE COLETA E TRATAMENTO DE ESGOTOS SANITÁRIOS DO ESTADO DE PERNAMBUCO PRESTADOS PELA COMPESA

Existem duas formas tradicionais de regulação de serviços públicos, a regulação contratual e a relação discricionária/por regulação através de agência independente.

Em síntese, a primeira é regulação que se faz através da aplicação das regras contratuais e a segunda é que a feita pelas agências reguladoras mediante metodologia formulada pela própria agência. Neste sentido, vejam-se as lições de Rafael Vêras:

"Segue daí o surgimento de duas modalidades de regulação de contratos de infraestrutura: a regulação discricionária (discretionary regulation), predominantemente realizada pela entidade reguladora; e a regulação por contrato (regulation by contract). A regulação discricionária (discretionary regulation) tem por desiderato estabelecer uma estrutura de custos para o agente regulado, a ser remunerada por determinada taxa de rentabilidade. Utilizando-se

de tal metodologia, estabelece-se uma remuneração pelos investimentos realizados e/ou previstos (Capex Capital Expenditure – CAPEX) e pelos custos operacionais incorridos e/ou previstos (Operational Expenditure – OPEX). Trata-se de uma modalidade de regulação que tem por objetivo primeiro interditar que o agente monopolista cobre preços supracompetitivos, por intermédio da simulação de um mercado competitivo (Competition in the Market).⁶⁸ A regulação por contrato (Regulation by Contract),⁶⁹ por sua vez, tem lugar pelo estabelecimento, ex ante, após a realização do leilão, dos custos que serão incorridos pela firma. Em resumo, essa modalidade de regulação contratual estabelece, desde a modelagem inicial, uma variação do preço obtido no âmbito do procedimento licitatório: (i) pelo reajuste anual; (ii) pelo estabelecimento de uma adequada matriz de riscos contratuais; (iii) pelo estabelecimento de níveis qualitativos de serviços; (iv) pela previsão de obrigações de investimentos, dentre outros arranjos contratuais.⁷⁰ Por meio dessa modalidade, se estabelece que a formação do “preço” se dará pela exploração do monopólio natural, diante da competição pelo mercado (Competition for the Market).⁷¹ São modelos contratuais que partem de um maior ou de um menor juízo probabilístico. Na regulação discricionária, presume-se que os custos apresentados pelo concessionário serão lineares e não exorbitantes. Mais que isso, presume-se que a taxa de rentabilidade para a exploração do ativo permanecerá adequada no longo prazo. De modo que, caso tais premissas sejam desfeitas, terá lugar um pleito de equilíbrio econômico-financeiro. Do mesmo modo, na regulação contratual, esquadrija-se uma matriz de riscos⁷² e obrigações contratuais, valendo-se de juízos prospectivos e probabilísticos, que comporão o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Daí que, materializado um risco alocado a uma das partes, mas que produza impactos econômico-financeiros à outra, exsurta o direito de reequilíbrio contratual.” (Freitas, Rafael Veras de, Regulação por contratos de concessão em situações de incerteza, revista Int. Públ. – IP, Belo Horizonte, ano 23, nº 125, págs. 190/191, jan./fev. 2021)

Ainda sobre tais formas de regulação, calha trazer os ensinamentos de Rodrigo Ferreira Madeira¹, economista do BNDES, que é a entidade que vem estruturando as principais concessões na área de saneamento, no artigo “O setor de saneamento básico no Brasil e as implicações do marco regulatório para a universalização do acesso”:

“Para cumprir esse objetivo, o papel regulador do Estado é

¹ Disponível em https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/4782/1/RB%2033%20O%20setor%20de%20saneamento%20básico%20no%20Brasil_P.pdf acesso em 10/02/2022.

fundamental. Existem duas tradições na regulação que se aplicam ao setor de saneamento básico. A tradição francesa, na qual a relação entre o poder concedente e a concessionária é regida por contratos, e a tradição anglo-saxã, na qual uma agência governamental independente regula a concessionária. Na tradição francesa, o contrato de concessão é o principal instrumento de regulação do concessionário. O grande problema é que o contrato estabelece uma relação entre iguais e limita, de certa forma, a possibilidade de alterações (por exemplo, nas tarifas e padrões de serviço) sem acordo entre as duas partes, podendo limitar a ação do poder concedente na regulação em prol do interesse público. Na tradição anglo-saxã, a agência reguladora, por meio de um corpo técnico definido, estabelece a qualidade do serviço e o valor das tarifas que melhor se ajusta ao interesse público. O Quadro 2 mostra as fraquezas da tradição francesa e as técnicas da tradição anglo-saxã que conseguem superar essas deficiências."

Na hipótese da regulação tarifária da COMPESA, aplica-se claramente a regulação discricionária, notadamente pela por se tratar de prestação regionalizada, com multiplicidade e diversidade de contratos de concessão, bem como pela ausência de densidade normativa suficiente nos contratos de concessão. Nesse sentido, dispõe o autor acima mencionado:

"A regulação por intermédio das agências tem a vantagem de permitir que uma só agência possa, por exemplo, regular o setor em mais de um município (caso os municípios tenham características semelhantes), admitindo economias no processo de regulação."

Nesse sentido, a Agência De Regulação Dos Serviços Públicos Delegados De Pernambuco - ARPE estabeleceu, através da Resolução ARPE nº 88 de 05/02/2014, a metodologia e os procedimentos para a realização de Revisões Tarifárias e de Reajustes Anuais dos Serviços de Abastecimento de Água e de Coleta e Tratamento de Esgotos Sanitários do Estado de Pernambuco prestados pela Companhia Pernambucana de Saneamento - COMPESA.

Com efeito, prescreve a citada Resolução, em seu arts. 1º e 2º:

"Art. 1º Aprovar a Metodologia Tarifária para a realização de Revisão e de Reajuste das Tarifas dos Serviços de Abastecimento de Água e de Coleta e Tratamento de Esgotos Sanitários do Estado de Pernambuco prestados pela Companhia Pernambucana de Saneamento - COMPESA, conforme procedimentos descritos na presente Resolução.

Art. 2º Aprovar a Nota Técnica ARPE/DEF/CT nº 01/2014, de 28 de janeiro de 2014, que tem como objeto descrever a Metodologia

Tarifária para os Serviços de Abastecimento de Água e de Coleta e Tratamento de Esgotos Sanitários do Estado de Pernambuco prestados pela COMPESA, cujo conteúdo é parte integrante desta Resolução.”

Obviamente, que tal regulação não é absolutamente discricionária, impondo-se respeito à legislação vigente, como se passa a demonstrar abaixo.

2.2 DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO CASO

Acerca da política tarifária e dos encargos do Poder Concedente, estabelece a Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/1995) o seguinte:

"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.

§ 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

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

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

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

(...)

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

(...)

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;”

Por seu turno, sobre a revisão da tarifa do concessionário, a Lei Estadual nº 10.904/1993 dispõe o que se segue:

"Art. 26. O Poder Concedente, por motivo de interesse público poderá:

I - promover a revisão da tarifa, em casos excepcionais, desde que estabelecidas no edital de licitação;

II - estabilizar o valor da tarifa, assegurada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”

Já o marco do saneamento básico (Lei nº 11.445/2007 com redação conferida pela Lei nº 14.026/2020) trata do tema da seguinte forma:

“Art. 23. A entidade reguladora, observadas as diretrizes determinadas pela ANA, editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos:

(...)

IV - regime, estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão;

(...)

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.

§ 1º As revisões tarifárias terão suas pautas definidas pelas respectivas entidades reguladoras, ouvidos os titulares, os usuários e os prestadores dos serviços.

§ 2º Poderão ser estabelecidos mecanismos tarifários de indução à eficiência, inclusive fatores de produtividade, assim como de antecipação de metas de expansão e qualidade dos serviços.

§ 3º Os fatores de produtividade poderão ser definidos com base em indicadores de outras empresas do setor.

§ 4º A entidade de regulação poderá autorizar o prestador de serviços a repassar aos usuários custos e encargos tributários não previstos originalmente e por ele não administrados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.”

Em Pernambuco, a entidade reguladora referida no marco do saneamento é a ARPE (Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados), a qual, nos termos da Lei Estadual nº 12.524/2003, possui as seguintes competências relacionadas à revisão tarifária:

“Art. 2º Constituem objetivos da ARPE:

(...)

III - estabelecer regras que permitam a efetiva participação do usuário nos procedimentos relativos às atividades e competências

da ARPE, notadamente em relação à fixação, revisão, reajuste e aprovação de tarifas;

(...)

Art. 4º Compete ainda à ARPE:

I - fixar, reajustar, revisar, homologar ou encaminhar ao ente delegado, tarifas, seus valores e estruturas;"

Especificamente sobre a atuação da ARPE em sede de revisões tarifárias da COMPESA estabelece o Decreto Estadual nº 18.251/1994 que:

"Art. 64. Compete à ARPE fixar, reajustar, revisar e homologar as tarifas de fornecimento de água e coleta de esgotos, com o objetivo de manter o equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, observados os seguintes critérios: (Redação alterada pelo art. 1º do Decreto nº 40.256, de 3 de janeiro de 2014)

I - as tarifas serão reajustadas anualmente, através de índice que reflita a evolução de custos da concessionária, definido por meio de resolução da ARPE, com o objetivo de recompor o valor das tarifas diante das variações monetárias; (Acrescido pelo art. 1º do Decreto nº 33.354, de 29 de abril de 2009)

II - as revisões das tarifas devem ser quadrienais, e compreender a reavaliação das condições da prestação dos serviços e das tarifas, observado o disposto no art. 38 da Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007; e (Redação alterada pelo art. 1º do Decreto nº 40.256, de 3 de janeiro de 2014)

III- as revisões tarifárias extraordinárias podem ser realizadas, quando se verificar a ocorrência de fatos fora do controle do prestador de serviços que comprometam o seu equilíbrio econômico-financeiro (Acrescido pelo art. 1º do Decreto nº 40.256, de 3 de janeiro de 2014)

Parágrafo único. A Diretoria da COMPESA deve encaminhar à ARPE os estudos demonstrativos da necessidade das revisões tarifárias extraordinárias. (Redação alterada pelo art. 1º do Decreto nº 40.256, de 3 de janeiro de 2014)"

Por fim, registre-se que, no âmbito do Serviço Público de Manejo de Resíduos Sólidos Urbanos (SMRSU), a ANA (Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico) editou a Resolução nº 79/2021 que aprovou a Norma de Referência nº 01/2021 que traz as seguintes regras acerca da revisão tarifária:

"6.3. Revisão

A revisão tarifária pode ser periódica ou extraordinária.

6.3.1. Revisão periódica

6.3.1.1. A revisão periódica é o processo de reavaliação ampla das condições de prestação dos serviços, com o objetivo de garantir a distribuição dos ganhos de produtividade e a SUSTENTABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA da prestação, em caso de prestação por

órgão ou entidade da Administração Pública, e a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em caso de prestação mediante contrato de concessão.

6.3.1.2. No caso da prestação do serviço por contrato, o escopo da revisão periódica ficará restrito ao nele estabelecido.

6.3.1.3. A revisão periódica deve observar os seguintes prazos:

I) no caso de prestação delegada mediante contrato, nos prazos nele previstos;

II) nos casos de prestação por órgão ou entidade da Administração Pública, a ENTIDADE REGULADORA DO SMRSU deve fixar intervalos de no mínimo três anos e, no máximo, cinco anos.

6.3.2. Revisão extraordinária

6.3.2.1. A revisão extraordinária objetiva a recomposição das condições de prestação dos serviços sempre que comprovado:

I) desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, no caso de o serviço ter sua prestação delegada por contrato de concessão;

II) risco à SUSTENTABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA da prestação dos serviços, em caso de prestação por órgão ou entidade da Administração Pública.

6.3.2.2. No caso da prestação de SMRSU por contrato, a revisão extraordinária observará a alocação de riscos nele estabelecida.

6.3.2.3. O PRESTADOR DE SERVIÇO ou TITULAR, para pleitear a revisão extraordinária, deve demonstrar (i) o impacto do evento causador do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato ou do risco à sustentabilidade na prestação dos serviços e (ii) a urgência na recomposição das condições de prestação.

6.3.2.4. Ato normativo da ENTIDADE REGULADORA DO SMRSU definirá os critérios para caracterizar o impacto e a urgência que justifiquem a instauração do processo de revisão extraordinária. Nos casos de prestação por contrato, os critérios podem estar definidos no próprio instrumento contratual.

6.3.3. Procedimento de revisão

6.3.3.1. A revisão periódica ou extraordinária obedecerá ao procedimento estabelecido em ato normativo da ENTIDADE REGULADORA DO SMRSU, e deve se encerrar em até trinta dias antes da aplicação dos novos valores. O procedimento deve garantir adequada publicidade e contraditório, com expressa possibilidade de participação dos PRESTADORES DE SERVIÇO, dos TITULARES e dos USUÁRIOS.

6.3.3.2. Ato normativo da ENTIDADE REGULADORA deve indicar os documentos exigidos para avaliação da revisão tarifária, devendo englobar, no que couber, aqueles relacionados à sua estrutura tarifária completa, número de USUÁRIOS atendidos, número de habitantes do território, balanços e demonstrações financeiras dos exercícios anteriores, balancetes contábeis, relatório de custos e de receitas arrecadadas, percentuais de inadimplência, percentuais de atendimento, relatório de investimentos (realizados, em execução e previstos), situação das dívidas e financiamentos realizados, plano de negócios, indicadores de desempenho e índice de satisfação dos USUÁRIOS."

Por fim, importante reiterar a Resolução ARPE nº 88 de 05/02/2014, que é a norma que efetivamente traz a metodologia e os procedimentos para a realização de revisões tarifárias e de reajustes anuais dos serviços.

Posto isso, passemos a analisar a seguir uma decisão da ARPE instrumentalizada na Resolução nº 99-A/2015 acerca do último pleito de RTE formulado pela COMPESA.

2.3 DO MODELO DE REGULAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA APLICÁVEL AOS SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE COLETA E TRATAMENTO DE ESGOTOS SANITÁRIOS DO ESTADO DE PERNAMBUCO PRESTADOS PELA COMPESA

Estabele a citada Resolução ARPE nº 88 de 05/02/2014 o seguinte acerca do modelo de regulação econômico-financeiro:

“Art. 3º Será adotado um modelo híbrido, que combina a aplicação da filosofia do modelo Taxa de Retorno com os conceitos de incentivo à eficiência do Price Cap , com os seguintes requisitos:

I - A periodicidade da atualização das tarifas é definida no Decreto nº 18.251/1994 e alterações, que determina a aplicação de Reajustes Anuais, com a realização de Revisões Tarifárias Quadrienais;

II - O horizonte de avaliação para a definição das tarifas corresponde ao período de doze meses. O período de doze meses delimitado pela ARPE no momento da instauração dos processos de Revisão Tarifária corresponde ao Ano Base para as projeções de Receitas e de Custos de Serviços inerentes aos processos;

III - O modelo adota, separadamente, as estimativas de demandas e de custos de fornecimento por tipo de serviço (água e esgoto), segregando em dois grupos, correspondendo à Região Metropolitana de Recife e Município de Goiana e os demais Municípios do Estado de Pernambuco.”

No que tange aos modelos adotados, quais sejam, Taxa de Retorno e Price Cap, estes podem ser definidos da seguinte forma, conforme leciona Rodrigo Ferreira Madeira no artigo acima citado:

“Regulação por taxa de retorno (regulação por custo de serviço)
Nesse caso, o regulador estipula tarifas para cada serviço da firma, de forma que seja garantida uma taxa de retorno para a empresa que permita que ela continue com as suas atividades.

O cálculo pode ser feito da seguinte forma: $R = CV + x(K)$, em que

R são as receitas, CV os custos variáveis (operacionais), K os ativos que serão remunerados e x a taxa de retorno, incluindo a depreciação. O valor da tarifa será igual a R.

(...)

Regulação por preço-teto (price cap)

Esse método de regulação tarifária, de origem inglesa, caracteriza-se pela existência de um teto na tarifa cobrada por determinado serviço. O reajuste da tarifa ocorreria a partir do cálculo do índice de preços, diminuindo o ganho de produtividade.

Entre as vantagens desse modelo estão:

- estímulo à eficiência produtiva e à inovação, dado que a empresa se apropria da redução de custos;
- custo baixo para regular, na medida em que não é necessário acessar dados contábeis das empresas;
- menor chance de captura do regulador pela empresa, pois o processo regulatório é bem mais simples; e
- flexibilidade da firma para reduzir preços, o que lhe permite ajustar a sua estrutura de preços relativos."

Relevante ainda ressaltar que a Nota Técnica Nota Técnica ARPE/DEF/CT nº 01/2014, que estabeleceu a metodologia que restou positivada pela Resolução ARPE nº 88 de 05/02/2014, estabelece o seguinte em relação às despesas operacionais:

"4.1 DESPESAS DE EXPLORAÇÃO (DEX)

As Despesas de Exploração são aquelas vinculadas à realização da prestação do serviço e são representadas pelas seguintes categorias principais: Serviços de Terceiros; Pessoal; Energia Elétrica; Produtos Químicos; Materiais; Tributárias, Despesas Gerais e Outras Despesas.

Cumprir lembrar que o custo dos serviços repassados pela COMPESA à Foz do Atlântico, denominado de CSA, representará um dos componentes da categoria Serviços de Terceiros das Despesas de Exploração e será avaliado sob os mesmos critérios de incorporação à tarifa dispensada aos demais contratos de prestação de serviços. As despesas a serem incluídas no cálculo tarifário não são necessariamente as registradas na contabilidade da empresa real, e sim, aquelas que teria um prestador que otimizasse sua gestão e operasse de maneira eficiente⁶.

Como nos demais componentes, neste caso a estimativa deverá ser realizada separadamente por tipo de serviço (água e esgoto), assim como por área geográfica (RMR e o Interior).

Não são consideradas Despesas de Exploração, entre outras já identificadas pela ARPE:

- i. As multas e doações;
- ii. Os juros e as atualizações monetárias de empréstimos e quaisquer outras dessas financeiras;
- iii. As despesas de publicidade, com exceção das referentes às

publicações exigidas por lei ou a veiculação de informes sobre a operação e manutenção do sistema de fornecimento do serviço. Na primeira etapa do processo de revisão tarifária, será realizada uma análise criteriosa de cada item que compõe as Despesas de Exploração, dimensionando o novo valor dos custos, após a eliminação das distorções identificadas nos testes de consistência da ARPE."

Importante ressaltar que não identificamos qualquer disciplinamento por parte da ARPE quanto à metodologia e procedimentos das revisões extraordinárias.

2.4 DO PRECEDENTE ADMINISTRATIVO DA ARPE ACERCA DE PEDIDO DE RTE FORMULADO PELA COMPESA

Ao homologar o resultado da Revisão Tarifária Extraordinária dos serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgotos sanitários do Estado de Pernambuco prestados pela COMPESA, a ARPE deixou consignado na Resolução nº 99-A/2015 os seguintes fundamentos para autorizar o reposicionamento tarifário de 3,51% a ser aplicado sobre as tarifas dos serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgotos sanitários do Estado de Pernambuco prestados pela COMPESA, de modo a preservar o seu equilíbrio econômico-financeiro:

- "1) as diretrizes nacionais relativas aos aspectos econômicos da prestação dos serviços de saneamento básico, estabelecidas pela Lei Federal no 11.445, de 5 de janeiro de 2007;
- 2) o disposto no artigo 64 do Regulamento Geral do fornecimento de água e de coleta de esgotos, realizados pela Companhia Pernambucana de Saneamento - COMPESA, aprovado pelo Decreto Estadual no 18.251, de 21 de dezembro de 1994, com a nova redação definida no Decreto Estadual no 40.256, de 3 de janeiro de 2014;
- 3) os aspectos metodológicos previstos nos artigos 11 e 12 da Resolução no 88, de 5 de fevereiro de 2014, que dispõe sobre a metodologia e os procedimentos para a realização de Revisões Tarifárias e de Reajustes Anuais dos serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgotos sanitários do estado de Pernambuco prestados pela Companhia Pernambucana de Saneamento - COMPESA;
- 4) a equação de reajuste tarifário determinada no art. 4º da Resolução no 89, de 5 de fevereiro de 2014, que homologa o resultado da Revisão Tarifária Ordinária de 2014, referente aos serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgotos sanitários do estado de Pernambuco prestados pela Companhia Pernambucana de Saneamento - COMPESA;

5) que a ARPE, no exercício das suas funções institucionais, em observância ao disposto no inciso III, do artigo 64, do Decreto nº 40.256/2014, deve corrigir a defasagem verificada entre o percentual de reajuste das tarifas da CELPE, resultante da aplicação das Resoluções homologatórias ANEEL nº 1858/2015, 1859/2015 e 1885/2015, e o valor contemplado no Reajuste Tarifário Ordinário de fevereiro de 2015, visando preservar o equilíbrio econômico-financeiro da COMPESA;

6) as análises técnicas realizadas por esta Agência de Regulação contidas no Processo ARPE nº 7200182-2/2015, e apresentadas na Nota Técnica ARPE/CT nº 03/2015”

Como se vê, a razão de fundo para o deferimento do pleito de RTE formulado pela COMPESA, foi, na prática, o reconhecimento por parte da ARPE foi a elevação do custo da energia elétrica que, por seu turno, é um dos fundamentos para este novo pedido de RTE aqui analisado.

Diante de tal constatação, nos parece, pelo menos em tese e numa análise inicial, aplicável ao caso em apreço o princípio da segurança jurídica recentemente encartado no art. 5º da Lei nº 14.133/2021 (a Nova Lei Geral de Licitações e Contratos), em especial o seu desdobramento processual, qual seja, a necessidade de um tratamento isonômico à luz dos precedentes administrativos.

Sobre a necessidade de observância aos precedentes administrativos²³ para fins de, ao preservar a segurança jurídica, oportunizar um tratamento isonômico na esfera processual, registrem-se as garantias processuais contidas no inciso VII do artigo 50 da Lei nº 9.784/1999 (em Pernambuco o art. 50, VII, da Lei Estadual nº 11.781/2000), no art. 30 da LINDB e no art. 926 do CPC.

Comentando o inciso VII do artigo 50 da Lei nº 9.784/1999, Irene Patrícia Nohara e Thiago Marrara deixam claro que o dispositivo visa impor coerência aos

² “o precedente administrativo pode ser conceituado como a norma jurídica retirada da decisão administrativa em caso concreto anterior, que, sendo válida e compatível com o interesse público, deveria ser ulteriormente observada pela Administração Pública”. (Oliveira, Rafael Carvalho Rezende, Precedentes no direito administrativo, Rio de Janeiro: Forense, 2018, pág. 95 Apud Madureira, Claudio, Licitações, contratos e controle administrativo: descrição sistemática da Lei nº 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo, Belo Horizonte: Fórum, 2021, pág. 76)

³ “o precedente administrativo é a norma jurídica extraída por indução de um ato administrativo individual e concreto, de tipo decisório, ampliativo ou restritivo da esfera jurídica dos administrados, e que vincula o comportamento da Administração Pública, inclusive órgãos de controle, para todos os casos posteriores e substancialmente similares.” (Carvalho, Gustavo Marinho de, Precedentes administrativos no direito brasileiro, São Paulo: Contracultura, 2015, pág. 121, Apud Madureira, Claudio, Licitações, contratos e controle administrativo: descrição sistemática da Lei nº 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo, Belo Horizonte: Fórum, 2021, pág. 76)

atos praticados pela Administração Pública no âmbito do processo administrativo:

“Objetiva-se com o dispositivo coibir a incoerência por parte da Administração Pública, pois a exigência da motivação nesses casos é capaz de demonstrar aos cidadãos administrados que muito embora outras decisões oficiais tenham certa orientação genérica, determinado caso concreto não segue a mesma direção, pois apresenta particularidades que justificam solução diversa. (...) Como a ideia é que a Administração atinja coerência em suas manifestações, em função da necessidade de os particulares que preencham adequadamente os requisitos legais serem tratados igualmente, sempre quando houver dissidência nas manifestações estatais, é mister que se proceda à devida justificação.” (Nohara, Irene Patrícia e Marrara, Thiago, Processo administrativo: Lei 9.784/1999 comentada, 2ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, págs. 409/410)

Quanto ao artigo 30 da LINDB, pode ser dito que ele tem por objetivo “*em primeiro lugar, a preservação da segurança das relações jurídicas e, em segundo lugar, o atendimento do princípio da isonomia, tendo em vista que situações semelhantes não podem ser decididas de forma diferente*”⁴ que ele e traz dois claros desdobramentos sobre as decisões administrativas das autoridades públicas:

“O primeiro é a institucionalização do *efetivo respeito* a tais decisões seja na dimensão horizontal (o próprio órgão ou entidade) quanto na vertical (todos aqueles que se encontram abaixo na estrutura hierárquica), técnica que tem por objetivo afastar interferências externas no tratamento de casos semelhantes, de modo a tratar todas as pessoas de forma igualitária perante o Direito, com formação e desenvolvimento de uma ordem jurídica estável e previsível. O segundo diz respeito à *estabilização institucional* das decisões. Isso porque a aceitabilidade e o efetivo cumprimento das decisões de Direito Público por terceiros que dependem muito da reputação (interna e externa), sejam elas advindas do Poder Judiciário, das Cortes de Contas ou da própria Administração Pública. Ou seja, a estabilidade da legitimidade institucional e decisória é que garante esta reputação e, por conseguinte, a aceitabilidade das decisões. A percepção de alguma atuação ilegítima, fora dos argumentos jurídicos estabilizados, traz grande *insegurança e déficit de confiança* por parte dos atores políticos, sociais e cidadãos.” (Moreira, Eduardo Egon Bockmann e Pereira, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB – O dever público de incrementar a segurança jurídica, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro,

⁴ Marques Neto, Floriano de Azevedo e Freitas, Rafael Vêras de, Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública), Belo Horizonte: Fórum, 2019, pág. 161.

p. 243-274, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77651/74314>>. Acesso em: 29 Jul. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77651>)

Por fim, sobre a exigência contida no artigo 926 do CPC de se manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, pontua-se que tal dispositivo *“trata-se de verdadeiro imperativo da segurança jurídica, que por sua vez pressupõe, para sua realização, dentre outros fatores, a continuidade da ordem jurídica, a clareza dos textos e o conhecimento das regras jurídicas. Não apenas a lei, como também a jurisprudência deve ser clara e previsível, sendo ameaçadoras da segurança jurídica as decisões exóticas ou surpreendentes”*⁵.

Assim em atenção ao princípio da segurança jurídica insculpido tanto no art. 2º da Lei Geral de Processo Administrativo do Estado de Pernambuco (Lei Estadual nº 11.781/2000) como no art. 5º da Nova Lei Geral de Licitações; em observância ao art. 30 da LINDB e em respeito aos arts. 15, 489, § 1º, VI e 926 do CPC, entendemos que, ao menos em tese, as premissas adotadas pela ARPE na Resolução nº 99-A/2015 hão de ser replicadas quando da apreciação do novo pedido de RTE.

2.5 A RTE COMO GARANTIA DA MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Como ponto de partida para o tema, fazemos remissão aos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶ no sentido de que *“o equilíbrio econômico-financeiro constitui a relação que se estabelece no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo concessionário e a remuneração que lhe assegura a Administração por via do contrato”*.

Pois bem, partindo de tal premissa, diga-se que, como bem esclarece Alexandre Santos de Aragão⁷, *“nos contratos de concessão de serviços públicos, face à sua longa duração e ao fato de visarem o exercício de uma atividade-fim*

⁵ Amaral, Guilherme Rizzo, Comentários às alterações do novo CPC (livro eletrônico), 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, pág. 2.058.

⁶ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, pág. 119.

⁷ Aragão, Alexandre Santos de, Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada, Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação (Coord. Egon Bockman Moreira), 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, pág. 39)

do Estado, há uma especial preocupação do legislador e dos tribunais em manter o seu equilíbrio econômico financeiro”.

Após mencionar as Leis nºs 8.666/1993, 8.987/1995 e 9.074/1995, o autor fluminense⁸ afirma ainda que *“a proteção especial da estabilidade das concessões ocorre não apenas diante da possibilidade de alteração administrativa unilateral de cláusulas do contrato, o que de fato representa um fator extra de instabilização contratual, como diante de fatos imprevisíveis em geral. No primeiro caso, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro é um contrapeso às prerrogativas exorbitantes da Administração Pública na gestão dos contratos de que seja parte. No segundo, a proteção não existe para resguardar imediatamente o concessionário, mas sim a continuidade do serviço público e o interesse público atendido pelo contrato”.*

Neste particular, registrem-se as lições de Mauricio Portugal Ribeiro⁹ no sentido de que o *“sistema de equilíbrio econômico-financeiro tem basicamente três: a) desestimular a realização de alterações oportunistas pelo governante, exigindo que qualquer alteração seja devidamente compensada; b) proteger, estabilizar e dar cumprimento ao cerne do contrato, permitindo que seja dado cumprimento adequado à matriz de riscos ao longo do tempo; c) possibilitar a realização de alterações no objeto (quantitativa, v.g. aumento da área em que o serviço é prestado, e qualitativas, ex: mudança nos níveis de serviço etc.) e em outros aspectos do contrato para adequá-lo às necessidades e mudanças consequentes da passagem do tempo”.*

Bom, em sequência, diga-se que, para Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁰, *“a concessão, do ponto de vista do particular concessionário, envolve um negócio. Portanto, é fundamental que as premissas econômicas e financeiras do ajuste concessionário sejam protegidas”.*

Alocação contratual de riscos à parte, o acima mencionado professor da USP entende que o desequilíbrio em uma concessão ...

⁸ Aragão, Alexandre Santos de, Revisão tarifária substitutiva da modelagem econômica licitada, Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parecerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação (Coord. Egon Bockman Moreira), 2ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2019, págs. 39/49)

⁹ Ribeiro, Mauricio Portugal, Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos, São Paulo: Atlas, 2011, pág. 105.

¹⁰ Marques Neto, Floriano de Azevedo, Concessões, 1ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015, pág. 190.

"pode afetar tanto os elementos econômico-financeiros relacionados com a receita quanto aqueles associados aos custos (de formação ou operação). No prisma da receita, os campos de equilíbrio podem ser divididos em três. De um lado temos o valor das tarifas e sua equivalência monetária. O valor nominal não pode ser alterado, para mais ou para menos, sem que isso tenha impacto direto no equilíbrio (a menos, é claro que essa alteração ocorra no âmbito de processo de revisão motivado exatamente para recompor o equilíbrio inicial afetado por outros fatores). (...) Já no prisma dos custos, o desequilíbrio pode ser causado por uma plêiade ainda maior de fatores. Basicamente podemos dividi-los em três planos. Em um estão as variações decorrentes de erros da projeção original (subestimação ou superestimação dos custos projetados, má avaliação de custos de mercado). Noutro estão os eventos supervenientes que modificam as premissas econômicas de custos e poderiam de modo mais fácil ser enquadrados dentro da imprevisão (mudanças na ordem tributária, variação imprevista no custo do insumo determinada pelos preços internacionais de commodities, mudança nas relações de trabalho). Por fim, há um terceiro fator de desequilíbrio de custos, relacionado às alterações nas cláusulas de serviços para incrementar ou desonerar investimentos ou, ainda, para modificar a forma de prestação, elevando custos operacionais." (Marques Neto, Floriano de Azevedo, Concessões, 1ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015, págs. 191/192)

Ocorrido o desequilíbrio na equação econômico financeira do contrato de concessão, os instrumentos usuais utilizados para promover a sua recomposição são o reajuste contratual e a revisão de preços, os quais são assim definidos por Marçal Justen Filho:

"O reajuste contratual é instituto que se originou no Direito Comparado, mas que recebeu prestígio enorme no âmbito nacional, com aplicação generalizada muito antes das Leis nºs 8.666 e 8.987. Consiste numa modalidade de indexação dos preços contratuais, submetendo-os a variação periódica e automática correspondente à flutuação de índices predeterminados. A variação dos índices produz uma espécie de presunção absoluta de ofensa ao equilíbrio econômico-financeiro e acarreta a alteração dos valores contratuais proporcional à variação dos índices. (...) A revisão (recomposição) de preços consiste no instituto conhecido amplamente no Direito brasileiro e comparado. Trata-se da revisão ampla e minuciosa da situação do particular. Abrange várias etapas. A primeira consiste na verificação de todos os custos originalmente previstos pelo contratado para formulação de sua proposta. A segunda etapa dirige-se à verificação dos custos que efetivamente oneram o sujeito. O terceiro passo está na comprovação da ocorrência de algum efeito imprevisível apto a produzir o desequilíbrio entre os custos estimados e os efetivamente existentes." (Justen Filho,

Marçal, Teoria geral das concessões de serviço público, São Paulo: Dialética, 2003, págs. 403/405)

Por fim, acerca da revisão de preços, pontue-se que a mesma se subdivide em ordinária (periódica) e extraordinária (circunstancial), sendo as mesmas assim conceituadas por Egon Bockman Moreira:

"A revisão significa o procedimento pelo qual se pretende emendar, corrigir ou aperfeiçoar a tarifa praticada. É modo específico de disciplina e controle da tarifa durante todo o prazo contratual. Diz respeito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro sob seu aspecto substancial, com o exame e a reestruturação dos dados cuja combinação configurou a tarifa. Ao contrário do reajuste, não se trata só de mecanismo de manutenção do valor real da tarifa, mas sim de sua (re)avaliação crítica. A revisão é, portanto, um procedimento cooperativo em que concedente (ou regulador) e concessionário renovam alguns dos debates que permitiram a configuração inicial da tarifa (o que se dá dentro dos limites impostos pelo regime estatutário e contratual). Aqui, o nível e a estrutura da tarifa podem ser reavaliados, bem como a eficiência, a qualidade e remuneração adequada – aproveitando-se a experiência construída no próprio projeto, com o intuito de permitir seu aperfeiçoamento. A revisão pode ser periódica ou circunstancial. A primeira delas, (...) envolve a aplicação de mecanismos preestabelecidos de reavaliação do projeto concessionário. Seu objeto é limitado, circunscrevendo-se à implementação do protocolo prescrito no estatuto ou no contrato de concessão. (...) A revisão circunstancial dá-se em vista de eventos extraordinários que repercutam na formação do nível e estrutura tarifários." (Moreira, Egon Bockmann, Direito das concessões de serviços públicos – Inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral), São Paulo: Malheiros, 2010, pág. 360)

Ante a todo o exposto, resta muito claro, portanto que, verificadas as hipóteses de seu cabimento, a RTE é uma medida compulsória para fins de recomposição da equação econômico-financeira do contrato de concessão.

No caso em apreço, passaremos a seguir a analisar se os elementos contidos nas Notas Técnicas nºs 18/2021 e 01/2022 da Gerência de Regulação e Concessão e nas planilhas apresentadas de fato retratam uma variação efetiva e extraordinária dos custos capaz de justificar a concessão de uma RTE por parte da ARPE.

2.6 SOBRE OS ELEMENTOS TRAZIDOS PELA COMPESA PARA JUSTIFICAR SEU PEDIDO DE RTE JUNTO À ARPE

Quando da apreciação do último pedido de RTE formulado pela COMPESA, a Coordenadoria de Tarifas e Estudos Econômicos Financeiros da ARPE emitiu a NT nº 03/2015 para analisar se os impactos dos reajustes das tarifas da CELPE, homologados pela ANEEL em 27 de fevereiro e 22 de abril de 2015, estariam em valores desproporcionais ao previsto pela ARPE no Reajuste Tarifário realizado em fevereiro de 2015, de modo que precisariam ser compensados sob pena de comprometimento do equilíbrio econômico-financeiro.

Para avaliar a repercussão do incremento na despesa de energia elétrica da COMPESA, a ARPE utilizou os percentuais de aumento por categoria de tarifas da CELPE, e as proporções de custo entre as categorias verificadas na Revisão Tarifária (ordinária) de 2014 e comparou as tabelas tarifárias homologadas pela Aneel para aplicação em maio/2014 e maio/2015 para na ocasião obter um reajuste médio de 15,0096%.

Já para avaliar o impacto da Bandeira Tarifária Vermelha (BTV) nas despesas de energia da COMPESA, a ARPE verificou o consumo médio dos três primeiros meses de 2015 e utilizou este consumo médio do primeiro trimestre de 2015 para confrontá-lo com o valor da BTV para se calcular um custo médio mensal.

Ao final, concluiu-se na NT que: *"considerando que o déficit tarifário identificado é decorrente de fatos fora do controle da COMPESA, a ARPE, no exercício das suas funções institucionais, em observância ao disposto no inciso III, do artigo 64, do Decreto nº 40.256/2014, deve corrigir a defasagem, visando a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do prestador de serviço"*.

Determinada a necessidade da RTE, para efetivar o cálculo do seu índice a NT da ARPE fez remissão à Resolução ARPE nº 89, de 05 de fevereiro de 2014, que homologou o resultado da Revisão Tarifária Ordinária de 2014 para ajustar/complementar a equação tarifária ali definida empregando a metodologia prevista no art. 11 da Resolução ARPE nº 88, de 05 de fevereiro de 2014.

Ou seja, a ARPE utilizou a metodologia para o cálculo dos reajustes dos serviços de saneamento para definir a equação tarifária da RTE da COMPESA partindo por base da última RTO da estatal.

Quando da apreciação do atual pedido de RTE da COMPESA, entendemos que se o procedimento a ser adotado pela ARPE não for o mesmo utilizado quando

da emissão da NT nº 03/2015 será muito próximo disso, ou seja, se fará um escrutínio do custo dos insumos para saber se de fato o aumento de tal custo decorre de fatos supervenientes imprevisíveis e se ele tem o condão de tornar a tarifa incapaz de remunerar adequadamente o concessionário.

Quanto ao cálculo da equação tarifária, diante da falta de uma metodologia específica por parte da ARPE para calculá-la nas hipóteses de RTEs dos serviços de saneamento, cremos que será repetido o procedimento adotado na NT nº 03/2015.

Pois bem, neste particular diga-se que a Nota Técnica nº 18/2021 da Gerência de Regulação e Concessão da COMPESA que nos fora encaminhada para subsidiar a presente análise acerca da viabilidade de uma RTE, de fato é muito bem embasada em demonstrar o aumento do custo da energia elétrica fornecida e cobrada pela CELPE, detalhando-se, por exemplo, o aumento do “IPCA energia e combustíveis”; a crise hídrica apontada pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS); o acionamento de usinas termelétricas pelo ONS e de bandeiras tarifárias pela ANEEL e a própria evolução das tarifas cobradas pela CELPE.

Como na NT nº 03/2015 da ARPE houve um cotejo entre a RTE e última RTO, a NT nº 18/2021 da Gerência de Regulação e Concessão da COMPESA faz um acertado cotejo entre o pedido de RTE e a Resolução ARPE nº 147 de 2019 que homologou a última RTO da COMPESA.

A NT nº 18/2021 da COMPESA também é muito bem embasada em demonstrar o aumento do custo dos produtos químicos utilizados na prestação dos serviços de saneamento, indicando em especial o aumento do sulfato de alumínio líquido.

Destarte, no nosso entendimento, há justificativa tanto para se pleitear como para se deferir uma RTE em favor da COMPESA ante a existência de um desequilíbrio na equação econômico-financeira da concessão.

3. CONCLUSÃO (RESPOSTAS AOS QUESTIONAMENTOS)

Ante todo o exposto, seguem abaixo e **em destaque** nossas respostas aos questionamentos formulados na presente consulta:

1. Qual situação se deflagra desequilíbrio econômico-financeiro no serviço prestado pela Compesa?

Os aumentos de custos decorrentes de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências imprevisíveis que comprometam a capacidade de remuneração das tarifas cobradas pelo concessionário.

2. O fato apresentado é suficiente para ensejar a RTE?

Considerando que o art. 64, III do Decreto Estadual nº 18.251/1994 estabelece que as revisões tarifárias extraordinárias podem ser realizadas quando se verificar a ocorrência de fatos fora do controle do prestador de serviços que comprometam o seu equilíbrio econômico-financeiro. Assim, entendemos que a elevação do custo da energia elétrica e de produtos químicos pode sim dar azo a uma RTE, já tendo inclusive a ARPE autorizado a revisão extraordinária em hipótese análoga.

3. Uma revisão extraordinária está adstrita à aplicação de alguma regra de anualidade, ou apenas os reajustes tarifários?

As RTEs são cabíveis sempre que houver o comprometimento da equação econômico financeira da concessão, não sendo limitadas a algum determinado decurso mínimo de tempo.

4. Embora esteja fora da anualidade tarifária do reajuste, as despesas mais elevadas com produtos químicos e energia elétrica já configuram um desequilíbrio em relação aquelas autorizadas pela agência reguladora. O pedido de revisão extraordinária só pode ser realizado para despesas que já ocorreram na anualidade?

Via regra, as RTEs ocorrerem após a efetiva ocorrência do aumento extraordinário da despesa. Contudo, não vislumbramos vedação a um pedido RTE quando já haja certeza do aumento e esteja-se apenas aguardando o início de sua efetiva ocorrência, de forma que o RTE possa ser deferido concomitante ao início do aumento ou no menor espaço de tempo possível após sua efetiva ocorrência.

5. É possível reequilibrar a tarifa com previsão de gastos exorbitantes futuros imediatos lastreados por contratos (produtos químicos) ou resoluções (energia elétrica)?

Vide resposta ao questionamento anterior.

6. A apresentação de estudos econômicos seria o suficiente para consubstanciar a projeção do déficit destas contas contábeis?

Dados projetados podem apontar um cenário possível ou provável, mas, de fato, só se pode cogitar em reequilibrar uma equação econômico-financeira de uma concessão por meio de revisão tarifária se de fato houver impacto efetivo (e não meramente presumível) nas operações do concessionário (ignorando-se aqui a possibilidade de um reequilíbrio em favor do poder concedente).

7. Tendo dado o reposicionamento a maior, é possível compensar no reposicionamento seguinte?

Não existe propriamente uma figura jurídica que receba a alcunha de “reposicionamento” em matéria de equilíbrio econômico-financeiro das concessões e de suas políticas tarifárias. De toda a sorte, sejam reajustes ou revisões (ordinárias ou extraordinárias), podem, respeitados os prazos prescricionais desse que haja boa-fé, caso tenham sido deferidos a maior, serem revistos pelo poder concedente para se adequar ao valor efetivamente cabível.

8. Perda de subsídio de energia elétrica, um novo subtipo de bandeira tarifária, escassez de produtos químicos e sua demasiada mudança de patamar de preço devido à covid-19 são fatos gerenciáveis ou fora do controle do prestador? Como seriam definidos os fatos gerenciáveis ou fora do controle dos prestadores de serviços públicos?

Os fatos narrados pela COMPESA nos subsídios técnicos que nos foram apresentados são, no nosso entendimento, fatos fora do controle do prestador, vez que são imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis. Se a escassez dos produtos químicos utilizados pela COMPESA fosse uma situação perene/comum e não excepcional, estaríamos diante de um fato gerenciável por parte do prestador. A definição dos fatos gerenciáveis ou fora do controle dos prestadores de serviços públicos é feita casuisticamente, diante da ausência de previsão de tal definição nas normas reguladoras. É possível que a norma de referência da ANA que a venha a tratar dos serviços de esgotamento sanitário e fornecimento de água, prevista nos artigos 23, caput e inciso IV, e 25-A, da Lei nº 11.445/2007, na redação da Lei nº 14.026, de 15 de

julho de 2020, venha a trazer tal definição, mas a primeira norma de referência editada, qual seja, a Norma de Referência nº 01/2021, que trata SMRSU, também abordou a questão de forma abstrata e indeterminada, deixando a definição caso a caso.

9. Em geral, nos serviços regulados, há metodologia estabelecida para revisões extraordinárias? Alguma poderia ser utilizada como proxy para este setor?

No caso de regulação contratual, aplica-se as disposições constante no contrato de concessão, notadamente sua matriz de risco. Na hipótese da presente consulta, cuidando-se de regulação discricionária, inexistindo norma da ARPE acerca dos RTEs, deve-se adotar as normas da ANA, quando editadas, e também as metodologias aplicadas por outras agências reguladoras mais maduras no tema do saneamento ou até mesmo pelos contratos de concessão mais recentes.

10. A urgência de uma revisão extraordinária possibilitaria a utilização de uma metodologia mais célere para definição da nova tarifa?

Sim, mas só se, e somente se, houvesse previsão nesse sentido regulamentada no contrato ou em alguma norma legal ou infralegal.

11. Considerando que a defasagem avaliada é maior que 11% da receita atual, há na literatura alguma margem que defina um quantum de defasagem que seria suportável pelo prestador antes de se declarar urgente a revisão tarifária? Em outras palavras, 11% da receita causa desequilíbrio?

Desconhecemos um percentual fixado pela literatura como sendo um número caracterizador de um desequilíbrio tão forte a ponto de ensejar uma revisão mais célere. Eventual urgência na recomposição da equação econômico-financeira do contrato de concessão bem como a própria ocorrência do desequilíbrio são avaliadas casuisticamente e, portanto, devem ser objeto expresse requerimento por parte do agente regulado.

12. Considerando que já ocorreu um processo de RTE em 2015 e que a agência reguladora não tem metodologia específica, é possível realizar um pedido de RTE atual baseado na metodologia adotada em 2015?

Não só possível, mas o ideal é que assim seja feito para fins de segurança jurídica.

Atente-se que as opiniões expressas neste documento foram emitidas considerando as informações fornecidas pelo consultante, com base na legislação brasileira vigente e na jurisprudência atualizada até esta data.

Com efeito, pontuamos que o presente parecer não se reveste de caráter definitivo, uma vez que, diante da posse de novos fatos e/ou documentos, nos inclinamos pela necessidade de outra manifestação mais aprofundada sobre o caso.

Por fim, insta salientarmos que à luz da legislação e do entendimento jurisprudencial incumbe a esta assessoria prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar nos aspectos relativos à conveniência e oportunidade dos atos praticados no âmbito da empresa consultante, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa.

Sendo o que nos cumpria momentaneamente, ficamos ao inteiro dispor para esclarecer quaisquer questionamentos adicionais ou discutir algumas das considerações efetuadas.

Atenciosamente,

ALDEM JOHNSTON B. ARAÚJO
OAB/PE 21.656

JOÃO VIANEY VERAS FILHO
OAB/PE 30.346