

VOTO Nº 127/2023/DIREC
Documento nº 02500.049527/2023-21

Processo: 02501.005035/2022-33

Interessado: Superintendência de Regulação do Saneamento Básico - SSB.

Assunto: NR que dispõe sobre a matriz de riscos para contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

RELATÓRIO

1. Trata-se de Relatório de Análise de Impacto Regulatório (RAIR) e minuta de Norma de Referência (NR), que dispõe sobre a matriz de riscos para contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, item 9.13 da Agenda Regulatória 2022-2024 da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), correspondendo à Etapa 3 – Análise e Deliberação, do Manual de Elaboração de Atos Regulatórios da ANA, aprovado pela Resolução nº 102, de 4 de outubro de 2021.
2. Cabe informar que o trabalho de elaboração da Norma conta com o apoio da consultoria jurídica da Portugal Gouvêa e Sant'Ana Sociedade de Advogados – PGLaw, contratada no âmbito do ATN/OC – 18816-BR – Apoio ao Desenvolvimento e Implementação da Regulação Nacional dos Serviços de Saneamento Básico no Brasil, firmado entre a ANA e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), e da Fundação Escola Nacional de Administração Pública, serviço Evidência Express - ENAP/Ex, conforme Plano de Trabalho firmado, objeto do Processo nº 02501.002597/2022.
3. A conveniência e oportunidade de edição da NR foram aprovadas pela Diretoria Colegiada da ANA (DIREC) em sua 902ª Reunião Administrativa Ordinária, realizada em 19 de dezembro de 2022 (Doc. nº 066456/2022).
4. Os trabalhos seguiram com a realização de estudo pela equipe técnica da Coordenação de Contratos (COCOT) da Superintendência de Regulação de Saneamento Básico (SSB), no qual foram avaliados 106 contratos de prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, sendo 65 contratos de concessão (incluindo contratos de PPP) e 41 de contratos de programa, representativos das diversas realidades e contemplando praticamente todos os estados brasileiros. Dos 65 contratos de concessão, 20 não mencionavam riscos, e 45 possuíam cláusulas que mencionavam a alocação de riscos. Desses 45, menos de 50% possuíam matriz de riscos. Dos 41 contratos de programa, 31 não mencionavam riscos e 10 possuíam cláusulas que mencionavam a alocação de riscos.
5. Foi considerado, ainda, estudo desenvolvido pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), no âmbito de consultoria contratada pelo Ministério da Economia, devidamente descrito no Relatório de AIR, que demonstrou que a maioria dos contratos analisados não faziam menção

expressa e individualizada dos riscos alocados à contratada ou à contratante, ou seja, tanto os contratos de concessão quanto os de programa possuem lacunas, com maior proporção nos contratos de programa.

6. No âmbito da parceria da ANA com a ENAP/EvEx, foi realizado, ainda, estudo de *benchmarking* para subsidiar a Análise de Impacto Regulatório. Para tanto, foram levantadas as matrizes de riscos ou cláusulas de alocação de riscos contidas em 15 minutas e contratos nacionais do setor, sendo todos de concessão ou PPP. Dos 15 contratos mapeados foi extraído um total de 524 riscos. Desse montante, 31,68% estavam contidos em uma matriz de riscos contratual e 68,32% em cláusulas sobre assunção ou alocação de riscos. A partir desse estudo, foi elaborada uma ampla lista de riscos presentes nas minutas e nos contratos vigentes do setor de saneamento, resultando, preliminarmente, em uma matriz com 82 riscos.

7. Para a construção do problema regulatório e alternativas regulatórias, bem como a avaliação da matriz de risco obtida a partir dos estudos considerados, foram realizadas duas Tomadas de Subsídios (TS) junto a atores externos, com a participação de representantes de Entidades Reguladoras Infranacionais (ERIs); prestadores de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário; mercado financeiro e consultorias; prefeituras municipais; terceiro setor; universidades; associações e órgãos gestores de recursos hídricos, sendo:

- i. Diálogo sobre as Alternativas Regulatórias e formulário *on-line*: realizada ao vivo e *on-line* pelo canal da ANA no YouTube em 5 de abril de 2023, com a participação total de 190 pessoas, 17 contribuições orais e 106 respostas ao formulário, cujos registros estão consignados na Nota Informativa nº 02/2023/COCOT/SSB (Doc. nº 025698/2023);
- ii. Tomada de Subsídio documental, TS nº 02/2023: realizada pelo Sistema de Participação Social da ANA no período de 10 de maio a 6 de junho de 2023, com 533 contribuições recebidas via sistema e e-mail, cujos resultados e análises estão registrados na Nota Técnica nº 3/2023/COCOT/SSB (Doc. nº 044950/2023) e na Nota Informativa nº 3/2023/COCOT/SSB (Doc. nº 046804/2023).

8. Após a análise das contribuições da TS nº 02/2023 e reuniões com as consultorias contratadas, chegou-se a uma versão da minuta da Norma de Referência e a uma matriz com 29 riscos. Esse documento foi levado à Consulta Interna (CI) no Sistema de Participação Social da ANA, juntamente com a minuta do Relatório de Análise de Impacto Regulatório (RAIR), no período das 8h do dia 26 de julho até as 18h de 2 de agosto de 2023. Foram recebidas 15 contribuições, conforme registro e avaliação disponíveis na Nota Técnica nº 3/2023/COCOT/SSB.

9. Com a conclusão das tomadas de subsídios externa e interna, foi elaborado o **Relatório de Análise de Impacto Regulatório** (Doc. nº 044660/2023), sobre o qual se delibera, que traz em sua estrutura: a identificação do problema regulatório, atores envolvidos, base legal, objetivos a serem alcançados, experiências internacionais, possíveis alternativas regulatórias e seus impactos, análise comparativa das alternativas, estratégias de implementação e análise de risco.



10. De acordo com o Relatório de AIR, nos termos da legislação brasileira vigente, a alocação objetiva dos riscos é parte obrigatória dos editais e dos contratos de concessão de serviços públicos. Algumas leis falam em “repartição de riscos”, outras referem-se a uma “matriz de riscos”, propriamente, sendo, independentemente de sua forma, o instrumento que divide a responsabilidade de arcar com as consequências de eventos futuros e incertos, ou seja, aloca os riscos objetivamente entre as partes signatárias, podendo, eventualmente, compartilhá-los.

11. Desse modo, visando à repartição antecipada e objetiva dos riscos, a matriz de riscos vem se tornando parte indispensável dos contratos administrativos, em particular os de concessão, em virtude de sua longa duração e dos recursos vultosos a serem investidos pelo concessionário. A realização de alocação prévia e expressamente consensualizada nos contratos tem o condão de mitigar sobremaneira possíveis embates. Com isso, reduz-se o espaço para a tutela judicial *ex post* do arbitramento dos riscos, eliminando-se a subjetividade em futura responsabilização.

12. Em caso de licitação ou contratação no âmbito da Administração Pública, a elaboração da matriz de riscos é uma atividade prévia ao certame licitatório e as opções adotadas para a alocação, acertadas ou equivocadas, serão inevitavelmente precificadas pelos eventuais interessados.

13. Ainda de acordo com o Relatório de AIR, no Setor de Saneamento, tem sido adotado modelo impreciso de alocação de riscos, com contratos celebrados, muitas vezes, insuficientes em relação à matriz de riscos e, conseqüentemente, ao equilíbrio econômico-financeiro, deixando grande parte dos riscos alocados à prestadora, por padrão, sob o pretexto de ser a parte mais bem posicionada para suportar os custos.

14. Buscando superar esse modelo impreciso e subjetivo, a partir da experiência internacional, observaram-se duas mudanças fundamentais no tratamento da matéria refletidas nas alterações da legislação brasileira e no entendimento doutrinário: (i) houve a separação entre o mecanismo de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e a repartição de riscos; e (ii) a repartição de riscos tornou-se objetiva, por meio da chamada **matriz de riscos**.

15. Nesse contexto, o problema regulatório identificado na AIR foi:

Omissão, incompletude ou inadequação contratual quanto à alocação de riscos, a ensejar insegurança jurídica e incremento de custos econômicos e regulatórios capazes de inviabilizar a universalização dos serviços públicos de saneamento básico nos componentes de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

16. Por conseguinte, o objetivo geral da Norma de Referência a ser editada é reduzir a omissão, a incompletude e a inadequação de contratos de prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, destacando-se, ainda, os seguintes objetivos específicos:

- Promover a alocação objetiva de riscos nos contratos de prestação de serviço de fornecimento de água e esgotamento sanitário;



- Promover a alocação dos riscos de maneira mais eficiente e equilibrada nos contratos de prestação de serviço de fornecimento de água e esgotamento sanitário; e
- Contribuir para o exercício das competências de titulares do serviço e entidades reguladoras acerca da alocação objetiva dos riscos.

17. Na AIR, foram identificadas as principais causas do problema regulatório, entre elas, a ambiguidade na redação de cláusulas contratuais de alocação de risco, a alocação genérica ou insuficiente dos riscos, a não observância de critérios teóricos e legislações mais recentes sobre alocação objetiva dos riscos, estudos técnicos insuficientes na modelagem e a baixa maturidade regulatória.

18. Por sua vez, as consequências preponderantes do problema regulatório são: excesso de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos; custos e incertezas em relação a riscos futuros não alocados; aumento dos custos regulatórios; ameaça à modicidade tarifária; litígios administrativos, judiciais e arbitrais, entre outros custos de transação; redução da atratividade dos negócios e da sustentabilidade econômico-financeira; postergação ou não realização de investimentos; insegurança jurídica; ameaça à universalização dos serviços, entre outros.

19. Quanto aos principais **atores envolvidos**, que serão afetados pela Norma por contribuir para as causas, ou sofrerem as consequências descritas, foram identificados os titulares e os prestadores dos serviços, as entidades reguladoras infranacionais (ERIs), os financiadores, os legisladores, os usuários dos serviços e a sociedade em geral.

20. Quanto à **base legal**, o Relatório de AIR traz o arcabouço legal relativo à norma de referência proposta, no qual se destacam, além das normas afetas ao Novo Marco Legal do Saneamento Básico, aquelas que regem as concessões e a contratação de consórcios públicos e a repartição de riscos, destacando-se o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (“Lei das Concessões”), a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005 (“Lei dos Consórcios Públicos”), a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (“Lei das PPPs”), a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (“Lei das Estatais”), a Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos). Foi destacado, no entanto, que não há uma forma uniforme das leis apresentadas referirem-se à alocação de riscos: por vezes remetem a uma “repartição”, como a Lei nº 11.445, de 2007, específica do setor de saneamento básico, outras vezes, à “matriz de riscos” propriamente, como a Lei de Licitações e a Lei das Estatais. No entanto, deve-se considerar que a Lei nº 9.984, de 2000 é muito clara ao definir que caberá à ANA estabelecer norma de referência sobre a especificação da matriz de riscos.

21. Na definição das alternativas regulatórias apresentadas no RAIR, foram consideradas possibilidades que vão desde uma norma orientativa, que daria maiores condições de alteração da alocação dos riscos, a critério do titular, até uma mais rígida, com indicação de uma matriz de riscos, sem possibilidade de alterações, passando por dois modelos intermediários. Considerou-se, ainda, a alternativa de “nada fazer”, para fins metodológicos. Assim, as alternativas mapeadas pela equipe da ANA na AIR, foram:



- **Alternativa 1:** NR mais indicativa, apresentando diretrizes para titulares do serviço e ERIs, baseadas em boas práticas de alocação de riscos (esta alternativa não traria matriz de riscos, apenas elencaria um rol mínimo de riscos a serem considerados);
- **Alternativa 2:** NR com uma matriz de riscos com possibilidade de alteração sobre a alocação do risco, desde que motivadamente e com anuência da respectiva ERI. Os titulares do serviço podem acrescentar riscos não indicados;
- **Alternativa 3:** NR contém uma matriz com dois conjuntos de riscos: o primeiro com alocações inalteráveis e o outro com possibilidade de alteração das alocações pelo titular do serviço, desde que motivadamente e com anuência da respectiva ERI. Os titulares podem acrescentar riscos não indicados;
- **Alternativa 4:** NR mais rígida, com uma matriz sem possibilidade de alteração das alocações dos riscos. Os titulares do serviço podem acrescentar riscos não indicados;
- **Alternativa 5:** Nada fazer.

22. Uma vez construídas as alternativas para o enfrentamento do problema, passou-se para a etapa de análise comparativa dessas alternativas, por meio de análise multicritério, adotando-se o método do Processo Analítico Hierárquico (*Analytic Hierarchy Process – AHP*). A análise foi realizada com a mentoria da Assessoria Especial de Qualidade Regulatória (ASREG). A alternativa mais indicada foi a **Alternativa 2 - NR com uma matriz de riscos com possibilidade de alteração sobre a alocação do risco, desde que motivadamente e com anuência da respectiva ERI. Os titulares do serviço podem acrescentar riscos não indicados.**

23. No AIR é destacado que na Tomada de Subsídios realizada por meio do evento 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”, oportunizou-se aos participantes contribuir com a escolha da alternativa, sendo registrada a preferência pelas alternativas 1 (28%), 2 (37%) e 3 (32%) que, juntas, representaram 97% das respostas, com leve preferência, também, pela Alternativa 2.

24. O Relatório de AIR traz, ainda, as **estratégias para implementação, monitoramento e avaliação** da Norma de Referência, considerando a alternativa escolhida.

25. No que se refere à implementação da Norma, foram propostas as seguintes atividades:

1. Elaboração da NR;
2. Elaboração de plano de comunicação sobre a NR;
3. Realização da capacitação dos titulares do serviço e ERIs sobre a NR;
4. Elaboração de um manual orientativo de adoção da NR;



5. **Elaboração de módulo de monitoramento no Sistema de Acompanhamento da Regulação do Saneamento Básico (SASB) de adesão à NR;**

6. **Realização do suporte de implementação da NR**

26. Foi também apresentada a definição da estratégia de implementação, utilizando-se o Modelo Lógico, com os seguintes passos: i) definição do resultado final esperado; ii) identificação dos resultados intermediários; iii) definição das atividades e produtos; iv) definição dos insumos necessários para a execução das atividades previstas.

27. Para o monitoramento e avaliação da implementação da Norma, os indicadores propostos foram: i) Percentual de ERIs com regulamentação adotando a NR; e ii) Percentual de novos contratos aderentes à regulamentação da ERI.

28. Os potenciais riscos à implementação da Norma e sua probabilidade de ocorrência foram identificados, bem como os graus de impacto e o tratamento a ser dado a cada um. Optou-se por aceitar os seguintes riscos: i) alterações legislativas e regulamentares que impactem na aplicação da NR; ii) judicialização da NR; e iii) atraso das capacitações sobre a NR. Os demais riscos moderados, altos e muito altos, identificados na AIR, serão mitigados, contingenciados ou transferidos.

29. Os seguintes documentos estão anexos ao Relatório de AIR: Análise Multicritério; Contribuições da Tomada de Subsídios nº 02/2023; e Minuta da Norma de Referência.

30. Com relação ao modo de participação da sociedade, sugere-se na AIR, que a minuta de NR elaborada, seja submetida à consulta pública, por um prazo mínimo de 45 dias, tendo como material de apoio o Relatório de AIR e seus anexos. Adicionalmente, sugere-se a abertura de audiência pública pela internet, em data a ser definida, a ser realizada durante o período da consulta pública.

31. Com relação à minuta da Norma de Referência que acompanha o Relatório de AIR, foram incorporados pequenos ajustes e melhorias de redação, a partir de discussões internas entre a SSB e a consultoria jurídica da PGLaw e de reunião realizada em 11 de agosto de 2023, com a participação da SSB e de membros da DIREC e suas assessorias, sendo apresentada nova versão anexa ao Despacho nº 143/2023/SSB (Doc. nº 047067/2023).

32. A Minuta de NR encontra-se estruturada em 7 (sete) Capítulos e 3 (três) Seções, totalizando 27 (vinte e sete) artigos e 1 (um) Anexo, dos quais destaco:

- **O Capítulo I - Das Disposições Gerais** especifica a abrangência e aplicabilidade da Norma, apresentando algumas definições e conceitos para sua leitura e interpretação.
- **O Capítulo II – Das Diretrizes** encontra-se dividido em 3 Seções: Da Elaboração da Matriz de Riscos; Da Aplicação da Matriz de Riscos; e Do Risco Residual. O Capítulo apresenta os principais elementos e características a serem observados na elaboração da matriz de riscos, bem como na sua alocação, além



de considerações a respeito das situações que possam ensejar pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, cuja análise deverá ser conduzida pela ERI.

- **O Capítulo III - Dos Contratos Futuros** traz a previsão da distribuição objetiva dos riscos nos editais e contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, e a necessidade de inclusão da relação de riscos a serem segurados, com a respectiva estimativa de valores das coberturas para fins de elaboração das propostas pelos licitantes.
- **O Capítulo IV - Dos Contratos Existentes Não-Licitados** reforça a previsão legal de os contratos existentes não-licitados atenderem à legislação de concessões de serviços públicos e a necessidade de regulamentação pelas ERIs desta Norma de Referência.
- **O Capítulo V - Da Matriz de Riscos Proposta e dos Procedimentos para sua Alteração** traz as orientações e procedimentos necessários à ampliação do rol de riscos propostos e à alteração da matriz de riscos proposta no Anexo I, tanto pela entidade reguladora infranacional, mediante ato normativo, bem como pelo titular do serviço, na fase de planejamento do processo licitatório.
- **O Capítulo VI - Dos Requisitos para Comprovação da Adoção da Norma de Referência** apresenta a forma e prazos para a verificação dos requisitos que comprovem a adoção da Norma pelas ERIs, sendo de 18 meses para a publicação de atos normativos para os contratos futuros e contratos existentes não-licitados e de 24 meses para o envio para a ANA da relação dos contratos regulados que estejam em consonância com a norma e com o consequente ato normativo publicado pela ERI.
- **O Capítulo VII – Das Disposições Finais e Transitórias** trata da aplicabilidade da Norma às parcerias público-privadas, aos contratos licitados existentes e na regulação tarifária da prestação direta. Refere-se também à possibilidade futura de mediação e arbitragem pela ANA.
- **O ANEXO I** traz a Matriz de Risco Proposta. Nela foram elencados 31 riscos, associados a 14 tipologias: governamentais/administrativos; patrimoniais; de demanda; sociais; político; jurídico; econômico-financeiros; arqueológico; do negócio; climático; responsabilidade ambiental; responsabilidade civil; fato do príncipe ou fato da Administração; e de força maior ou caso fortuito.

33. Cumpre destacar que a Norma de Referência será aprovada por meio de Resolução específica, cuja minuta também foi apresentada anexa ao Despacho nº 143/2023/SSB (Doc. nº 047067/2023).

34. Com relação à tramitação processual prevista no Manual de Elaboração de Atos Regulatórios, aprovado pela Resolução ANA nº 102, de 2021, observa-se o cumprimento das etapas previstas, com as devidas análises de qualidade regulatória da AIR e manifestação quanto à conformidade jurídica da minuta do ato normativo.



35. A Assessoria Especial de Qualidade Regulatória (ASREG) manifestou-se por meio da Nota Técnica nº 8/2023/CMARR/ASREG (Doc. nº 045552/2023) no sentido de que a AIR cumpriu as obrigações estabelecidas no Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020 e demonstrou um padrão de qualidade considerável em relação às orientações dos Guias para a realização das AIR nacionais, recomendando sua aprovação pela Diretoria Colegiada da ANA (DIREC). A Assessoria realizou, ainda, a simulação de possível cenário futuro quanto à nota que o processo de elaboração da Norma poderia receber em relação ao Selo de Boas Práticas Regulatórias, criado pelo Ministério de Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços (MDIC), em 2023, havendo probabilidade de se receber o selo padrão ouro.

36. Por meio do Parecer nº 00011/2023/COARF/PFEANA/PGF/AGU (NUP: 00765.000422/2023-38), a Procuradoria Federal (PFA) avaliou os aspectos jurídicos da proposta, concluindo pela possibilidade jurídica de edição do ato normativo, observada a necessidade de deliberação pela DIREC.

37. O processo foi distribuído para relatoria deste Diretor em 15 de agosto de 2023.

VOTO

38. Primeiramente, gostaria de ressaltar o excelente trabalho conduzido pela equipe da Superintendência de Regulação do Saneamento Básico (SSB), que, após importantes contribuições aportadas nas tomadas de subsídios externas e internas realizadas, apresentou o Relatório de Análise de Impacto Regulatório, cumprindo importante e necessária etapa para a elaboração da Norma de Referência que dispõe sobre a matriz de risco para contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

39. Nesse contexto, identificou-se o problema regulatório a ser enfrentado pela Norma de Referência, o qual rememoro ser a *omissão, incompletude ou inadequação contratual quanto à alocação de riscos, a ensejar insegurança jurídica e incremento de custos econômicos e regulatórios capazes de inviabilizar a universalização dos serviços públicos de saneamento básico nos componentes de abastecimento de água e esgotamento sanitário*.

40. Identificou-se, também, as causas e consequências desse problema, a partir das quais foram definidas as alternativas regulatórias, que por sua vez foram comparadas por meio de análise multicritério. A alternativa regulatória que se mostrou mais adequada foi a “**Alternativa 2**: NR com uma matriz de riscos com possibilidade de alteração sobre a alocação do risco, desde que motivadamente e com anuência da respectiva ERI. Os titulares do serviço podem acrescentar riscos não indicados”.

41. A partir daí, elaborou-se a minuta de Norma de Referência, cujos principais pontos foram apresentados no relato que antecede este Voto, a qual guarda estreita coerência com a Alternativa Regulatória definida na AIR, bem como lastreia-se nos estudos realizados e nas contribuições recebidas nas tomadas de subsídios realizadas, aportando uma Matriz de Riscos concisa e objetiva quanto às alocações das responsabilidades.

42. Diante do exposto, manifesto-me pela **aprovação do Relatório de Análise de Impacto Regulatório – RAIR** e pela submissão da minuta de Norma de Referência que dispõe sobre a matriz de risco para contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de



água e esgotamento sanitário, anexa ao Despacho nº 143/2023/SSB (Doc. nº 047067/2023), à Consulta Pública e à Audiência Pública, nos termos propostos no Relatório de AIR.

43. Orienta-se, no entanto, que para a submissão à Consulta Pública seja retirado da minuta apresentada o Art. 27, o qual propõe:

Art. 27 Em caso de divergências sobre as disposições desta Norma de Referência, poderá ser solicitada a ação mediadora ou arbitral da ANA, nos termos do § 5º do art. 4º-A da Lei nº 9.984, de 2000.

Parágrafo Único A ação mediadora ou arbitral da ANA somente poderá ser requerida após a regulamentação dos procedimentos.

44. Tal orientação justifica-se considerando que eventual normativo emitido pela ANA com relação aos procedimentos de mediação e arbitragem se aplicará às Normas de Referência, não havendo necessidade de constar como dispositivo específico.

45. Outrossim, espero que a participação da sociedade na etapa de consolidação da Norma que se avizinha possa se dar de forma ampla e qualificada, o que contribuirá para trazer uniformidade às matrizes de riscos dos contratos do setor, atenuando os custos de transação decorrentes de eventos futuros e incertos.

Brasília, 29 de agosto de 2023.

(assinado eletronicamente)
MAURICIO ABIJAODI
Diretor

