

AMICC-JUR-2019/00000169  
Piracicaba, 14 de junho de 2019.

À  
Agência Reguladora dos Serviços de  
Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba,  
Capivari e Jundiá – ARES-PCJ

Ref. **Contribuições para consulta pública Nº 02/2019**  
*Proposta de alterações na resolução ARES-PCJ Nº 70/2014*

A **ÁGUAS DO MIRANTE S.A.**, ("Mirante"), sociedade de propósito específico, responsável pela operação, manutenção e conservação do sistema de coleta, afastamento, tratamento e disposição final do esgoto do Município de Piracicaba/SP, pelo prazo de 30 anos, nos termos da parceria público-privada ("PPP"), firmada por meio do Contrato nº. 048/2012 com o Serviço Municipal de Água e Esgoto – SEMAE, por seus representantes infra-assinados, vem, mui respeitosamente **APRESENTAR** suas contribuições acerca da consulta pública em epígrafe.

#### **I. Introdução**

A Resolução 70/2014, atualmente vigente, define regras para os contratos de Concessões e de Parcerias Público-Privadas celebrados pelos municípios que delegaram a regulação e fiscalização para a ARES-PCJ. O texto atual normatiza os reajustes das tarifas, reajustes das contraprestações, revisões ordinárias, revisões extraordinárias e o controle social.

A nova resolução proposta, conforme depreende-se do Edital de Consulta Pública 02/2019, busca garantir a aplicação dos dispositivos e atualizar e modernizar a norma, que se encontra vigente desde janeiro do ano de 2015. O novo texto propõe a criação de um Sistema de Gestão Regulatória para comunicação periódica de informações técnicas e econômico-contábeis, com remessa dados mensais e outros semestrais.

Ocorre que, para as concessões e parcerias público-privadas (PPP) vinculados à ARES-PCJ, ou seja, os Municípios que optaram pela prestação dos serviços de saneamento básico mediante delegação a particulares, as pretensas alterações impactam diretamente em seus contratos, conforme poderá ser observado na sequência.

Dessa forma, foram analisadas as alterações propostas pela Agência, demonstrando as mudanças que a ARES-PCJ estuda fazer em sua Resolução, agrupando-as de acordo com as suas consequências ou características principais, tecendo alguns comentários e, ao final, uma conclusão confrontando as alterações intentadas pela ARES-PCJ com as características que devem ser observadas pelo regulador quando da sua atuação diante de concessionárias e parceiras-privadas.

## II. Análise das alterações propostas para a Resolução ARES-PCJ nº 70/2011

Cumpra, inicialmente, distinguir as prestações de serviços de forma direta pela Administração Pública, por exemplo, pela descentralização ou desconcentração administrativa, e de forma indireta, via concessões-delegações<sup>1</sup>.

Tal distinção é necessária porque o art. 175, parágrafo único, inciso I<sup>2</sup>, da Constituição de 1988 dispõe sobre a existência de regime diferenciado para a realização dos contratos e a prestação dos serviços públicos por concessionárias, exigindo uma atuação também diferenciada do ente regulador, sob risco de perpetração de inconstitucionalidades e ilegalidades, dentre elas a ofensa ao ato jurídico perfeito<sup>3</sup> - quer dizer, o contrato firmado entre o Município, titular do serviço de saneamento básico<sup>4</sup>, e a concessionária.

Observa-se que a política pública de saneamento básico definida na Lei Nacional de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007 - LNSB) possui cinco funções: (i) legislar, (ii) planejar, (iii) regular, (iv) fiscalizar e (v) prestar os serviços<sup>5</sup>, que foram cuidadosamente detalhadas pelo legislador. Destas, o Município não pode delegar a outra pessoa jurídica as funções de legislar (pois competência estatal) e de planejar (definida por meio de lei municipal sobre o Plano Municipal de Saneamento Básico - PMS).

Isto indica que as funções de regular, fiscalizar e prestar os serviços podem ser delegadas a outros prestadores (art. 84, LNSB), com a prestação por entidades diversas do Município dependendo de contrato de concessão (art. 10, LNSB), desde que atendidas as condições de validade para a realização da concessão, insculpidas no artigo 11 da LNSB. São estas: (i) a existência de PMS (inc. I), (ii) a existência de Estudo de Viabilidade Técnica e Econômico-Financeira - EVTE (inc. II), (iii) a existência de normas regulatórias que prevejam os meios para cumprimento das diretrizes da LNSB, designando-se o órgão de fiscalização e regulação (inc. III), e (iv) a realização de audiência e consulta públicas sobre o edital de licitação e a minuta de contrato (inc. IV).

O § 2º do art. 11, por sua vez, define que **o contrato de concessão estabelecerá as normas que deverão ser observados pelo ente regulador para o exercício da fiscalização**. Isto significa que a entidade reguladora e fiscalizadora deve atuar em observância às leis municipais sobre saneamento básico, ao PMS e ao Contrato de Concessão. Veja-se que, conforme o art. 20 da LNSB, o contrato é considerado uma das normas que regem

<sup>1</sup> Importante observar que a definição de concessão que aqui será discutida é aquela adotada por Floriano de Azevedo MARQUES NETO em sua obra *Concessões*, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.1.1.4: "1...1 trata apenas da concessão como instrumento de delegação aos particulares de atribuições do Poder Público, o que denomino concessão-delegação, ou seja, aqueles que envolvem o trespasse de uma função ou utilidade do concedente (Administração Pública) ao concessionário." Referido conceito permite englobar, dentre outras, as três modalidades de concessão vigentes na ordem jurídica brasileira: as concessões comum, administrativa e patrocinada, normatizadas pelas Leis Federais nº 8.987/1995 (Lei das Concessões) e 71.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas/PPPs).

<sup>2</sup> "Art. 175: Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo Único: A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão.

<sup>3</sup> Art. 5º, XXXVI da Constituição de 1988 - CF/88

<sup>4</sup> Art. 84-C da Lei Federal na 11.445/2007, a Lei Nacional do Saneamento Básico - LNSB

<sup>5</sup> RIBEIRO, Wladimir Antonio; BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. Relatório I: Sistematização de experiências de regulação e fiscalização nacionais e internacionais - Parte I: Caracterização das experiências, descrição qualitativa e quantitativa. Brasília, DF: Interâguas, jul./2015, 207 p. (Apoio e Acompanhamento da Regulação do Saneamento Básico). Disponível em:

[http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/ArquivosPDF/resulacao/relatorio1serie\\_resulacao\\_relato no /v.f.pdf](http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/ArquivosPDF/resulacao/relatorio1serie_resulacao_relato no /v.f.pdf), acesso em 04 mai. 2019, p. 58.

a relação jurídica firmada entre as partes para a prestação dos serviços públicos de saneamento naquele Município:

Art. 20. (VETADO)

*Parágrafo único: Incumbe à entidade reguladora e fiscalizadora dos serviços a verificação do cumprimento dos planos de saneamento por parte dos prestadores de serviços, na forma das disposições legais, regulamentares e contratuais.*

Dito isso, é possível dividir as alterações normativas visadas pela ARES-PCJ em cinco tipos, sendo estes de:

- (a) **Técnica Legislativa:** alteração na técnica de escrita e elaboração da norma por parte da ARES-PCJ;
- (b) **Adição da ARES-PCJ como parte dos contratos de concessão:** em alguns momentos, a ARES-PCJ se põe como (nova) parte contratual;
- (c) **Aumento ou remoção de prazos:** diversas mudanças propostas pela ARES-PCJ têm como escopo o aumento de prazos para atuar ou, até mesmo, a remoção de tais prazos;
- (d) **Criação de novas obrigações:** são casos em que as alterações regulamentares, incidental ou diretamente, criam novas obrigações aos contratantes;
- (e) **Alterações no modelo fiscalizatório:** por fim, o regulador visa alterar bastante as normas de fiscalização dos planos municipais, das metas (físicas e financeiras) e dos contratos, inclusive, como em "d", gerando novas obrigações não previstas nos contratos de concessão.

A seguir serão descritas todas as alterações regulamentares que a ARES-PC pretende fazer, discriminando cada um dos dispositivos adicionados, alterados ou removidos referentes ao "tipo" em estudo.

#### a) Técnica Legislativa

No início da Resolução, temos dois *capita* de extrema relevância para a compreensão do conteúdo da norma:

*Art. 1º Esta Resolução estabelece condições e procedimentos que deverão ser observados pelas entidades públicas ou privadas, concessionárias e parceiras-privadas de serviços públicos de saneamento básico no âmbito dos Municípios que possuam prestação de serviços por entidade privada vinculados à regulação e fiscalização da Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiaí, doravante ARES-PCJ.*  
[...]

*Art. 3º A presente Resolução tem aplicação obrigatória para os contratos de concessão e de parceria público-privada celebrados por*

*municípios vinculados à regulação e fiscalização da ARES-PCJ, tendo os seguintes objetivos:*

Aqui objetiva-se, tão-somente, colaborar com a escrita da norma inspirados pelo art. 3º, I, da Lei Complementar Federal 95/1998, o qual dispõe que a lei será iniciada por uma parte preliminar, que, dentre outras informações, trará a ementa, o enunciado do objeto e o âmbito de aplicação das disposições normativas.

A edição da norma removeu o trecho "que possuem prestação dos serviços por entidade privada" do artigo 1º. Contudo, a norma pode ser redigida de forma ainda mais simplificada, tornando ainda mais diretas as informações veiculadas. Sugere-se por exemplo, a seguinte redação, com base nas informações do artigo 3º:

*Artigo 1º. Esta Resolução estabelece condições e procedimentos que devem ser observados pelas entidades públicas ou privadas, no âmbito dos Municípios vinculados à regulação e fiscalização da Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá, doravante ARES-PCJ, que prestam seus serviços públicos de saneamento básico por meio de Contrato de Concessão ou Contrato de Parceria Público-Privada, tratados, respectivamente, pelas Leis Federais na 8.987 de 1995 e na 11.079 de 2004.*

*[...]*

*Artigo 3º. Esta Resolução possui o objetivo de regulamentar e fiscalizar os Contratos de Concessão ou de Parceria Público-Privada nos seguintes assuntos:*

#### **b) Adição da ARES-PCJ como parte dos Contratos de Concessão**

Algumas das novas redações produzidas pelo Regulador trazem adição de obrigações ao Agente Regulador dentro dos Contratos de Concessão, além de, noutras vezes, adicionar-se como parte contratual<sup>6</sup>.

Tais medidas produzem verdadeira alteração da matriz de riscos contratuais, a qual contempla os direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária (art. 23, V, LF 8.987/95) e a própria repartição dos riscos entre as partes envolvidas no Contrato (art. 5º, III, LF 11.079/04)<sup>7</sup>.

Veja-se que alterações normativas possuem potencial de afetar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e, por consequência, a própria prestação dos serviços de saneamento básico - abalando, inclusive, as conclusões do Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE) elaborado previamente à contratação dos serviços e os termos insculpidos no contrato de concessão - sendo todos pontos previstos (e protegidos) pela LNSB, não só ao se remeter às Leis de Concessão ou de PPPs, que constantemente preveem isso, como também consoante ao artigo 54, XXXVI, CF 188, por exemplo:

*Art. 48. A União, no estabelecimento de sua política de saneamento básico, observará as seguintes diretrizes:*

*[...]*

<sup>6</sup> Vide alterações propostas nos artigos 3e, pela adição dos incisos VI, VII e VIII, e nos artigos 17 e 31, adicionando o inciso V.

<sup>7</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: Melhores práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 80. Para tanto, o autor observa que o art. 23 da Lei nº 8.687/95 e o art. 5º da Lei 11/079/2004 dispõem sobre a matriz de riscos que as envolvidas na contratação desenham ao firmar o Contrato de Concessão.

*XIV-A - promoção da segurança jurídica e da redução dos riscos regulatórios, com vistas a estimular investimentos públicos e privados no setor.*

Assim, as alterações na regulação que aparentemente adicionam o ente regulador como parte alteradora do contrato de concessão podem elevar os riscos da prestação dos serviços, com potencial até de desestimular os investimentos no saneamento básico ou abalar o equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno (TIR) desenhados nos contratos. Isso porque o desenho da prestação dos serviços é feita politicamente, pelos Poderes Executivo e Legislativo, titulares do planejamento dos serviços de saneamento básico e, cabendo ao regulador a verificação do atingimento das metas traçadas política-contratualmente.

#### **c) Aumento ou remoção de prazos**

Ademais, algumas das inovações intentadas alteram para mais ou removem os prazos para respostas às demandas revisionais de valores pagos pelos clientes ou Parceiros Públicos. Ocorre que tais alterações dos prazos nas demandas revisionais possuem potencial de gerar prejuízos ao concessionário e, por consequência, aos usuários, por alterar cláusulas contratuais desenhadas conforme art. 23, IV e parágrafo único, I, da Lei Federal nº 8.987/95 c/c art. 5º, IV e V, da Lei Federal 11.079/04. Soma-se a isso que a LNSB traz em seu art. 12, § 2º, V, que o contrato de concessão definirá *as regras para a fixação, o reajuste e a revisão das taxas, tarifas e outros preços públicos aplicáveis aos contratos.*

Dessa forma, crê-se que a dilatação ou remoção de prazos por norma do ente regulador ameaçam o que já foi disposto anteriormente no contrato.

Neste sentido, entende-se que o regulador deve **prezar pelo devido cumprimento contratual com segurança ao concessionário**. Já que "o objetivo da modelagem contratual [nas Concessões] deve ser alinhar incentivos para a produção dos níveis de serviço estipulados no contrato com o máximo de eficiência" - dentre elas a previsibilidade dos fatores para reajustes e revisões da remuneração da Concessionária (por exemplo, seus prazos e momentos). Atuação regulatória em contrário tem o potencial de aumentar sobremaneira os riscos contratuais, pois alteraria a matriz de risco desenhada e, assim, abalaria a segurança jurídica insculpida no art. 48, XIV-A, LNSB e no art. 5s, XXXVI, CF/88.

#### **d) Criação de novas obrigações**

Ainda, algumas alterações propostas aparentam criar novas obrigações contratuais, as quais não estavam originalmente previstas. Em teoria, contudo, o regulador precisaria se ater às limitações ao seu poder de atuação, dentre elas aquelas inscritas no próprio contrato. Não seria lugar do regulador, portanto, criar novas obrigações contratuais não acordadas pelas partes contratantes, neste sentido, RIBEIRO, W.A.; BRASIL. *Op. Cit.* Pp. 177-178:

*Como já, mencionado neste texto, o árbitro do interesse público é o poder político, legitimado pelo voto popular. É a este poder político que incumbe definir a política pública de longo prazo, bem como, com necessário fundamento técnico, definir concretamente o interesse público que encontra realização por meio do contrato. A princípio, é o poder político quem deve decidir modificações nos contratos, para melhor adequá-lo ao interesse público; ao regulador, compete proteger o contrato.*

*[...]*

*A regulação, portanto, deve possuir por baliza também o previsto no contrato a relação regulação-contrato é dialética, com a regulação*

*influenciando inicialmente o contrato, para **depois ser influenciada por ele.***

Assim, quando a Concessionária assume os serviços concedidos, cria-se uma estabilidade, uma proteção, uma previsibilidade das normas regulatórias e exigências fiscalizatórias, as quais, espera-se, existirão estavelmente durante a concessão, com eventuais alterações ocorrendo somente por iniciativa do Poder Público Municipal, titular do saneamento básico, como por exemplo:

*Lei 8.987/95, Art. 23: São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:*

*II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;*

*III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;*

*V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; (...)*

*VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;*

*VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; (...) Lei 11.079/2004, Art. 5º: As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no aú.23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:*

*VII - os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;*

*X - a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.*

Para reforçar que a atuação da Agência Reguladora se dará nos termos contratuais, observa-se o artigo 25, § 2º, LNSB, que determina ao regulador que ele interpretará e fixará critérios para **a fiel execução dos contratos**, sem, assim, alterar - ainda que apenas potencialmente - o seu teor.

#### **e) Alterações no modelo fiscalizatório**

Por fim, verifica-se que diversas disposições novas trazem **relevantes alterações** na forma de fiscalização sobre os prestadores de serviços<sup>8</sup>, gerando, direta ou indiretamente, novas obrigações eventualmente não previstas quando da concessão, o que traz maiores onerosidade e custos administrativos para a concessionária atuar - além de poder elevar a sobrecarga da máquina pública municipal.

Como mencionado, a função regulatória se aterá, à técnica e à verificação das metas traçadas, deixando a política, definidora das leis e dos contratos, aos Poderes Executivo e Legislativo municipais, que possuem a indelegável titularidade de planejar a prestação dos serviços de saneamento básico.

<sup>8</sup> No que tange a inserção dos artigos 48 e 51 ao 77

Desta maneira, o ente regulador, para efetivar sua fiscalização, lembrar-se-á do conceito de "fiscalização" (art.2º, III, Decreto Federal ne 7.217/2010, regulamentador da LNSB); acompanhar, monitorar, controlar ou avaliar com o fim de garantir o cumprimento das leis, regulações e contrato; lembrar-se-á, ainda, do conceito de "regulação" (art.2º,II, do mesmo Decreto), que é disciplinar e organizar a prestação dos serviços públicos, nos termos do artigo 27 do referido Decreto<sup>9</sup>.

Assim sendo, os dispositivos do Decreto federal que regulamenta a LNSB põem luz à dimensão da atuação do ente regulador fiscalizador, afastando de suas atribuições o "como atingir" as metas para valorizar a materialização das metas - o que nem poderia ser diferente, já que novas normas não podem ofender o ato jurídico perfeito (contrato de concessão), como já referido *ad nauseam*.

Assim, entende-se que *elementos-surpresa e redações imprecisas ou abertas* não podem ser trazidos pelo fiscalizador para suas análises, interpretações e regulações: a atenção se dará à discussão e às informações trazidas pelas partes envolvidas, sem atuação *ex officio* do regulador, em respeito ao artigo 5º, LV, CF/88, que garante o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos.

Além disso, a prestação dos serviços públicos por meio de concessão, nos termos do art.5a, II c/c artigos 174 e 175, CF188, será realizada em respeito aos princípios e modos típicos do direito privado, como a livre forma de atuação do ente privado, *podendo fazer tudo aquilo que a lei não lhe proibir*.

Assim o é porque alterações legais, regulamentares e de costumes ou comportamentos possuem o potencial de afetar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, a prestação dos serviços concedidos, as conclusões do EVTE e os termos insculpidos no contrato de concessão.

Como a política de saneamento básico estabelecida pela União prevê que é necessária a promoção permanente de segurança jurídica pela redução dos riscos do negócio, o regulador prezarà por uma atuação em favor do devido cumprimento contratual até porque "o objetivo da modelagem contratual com segurança ao concessionário deve ser alinhar incentivos para a produção dos níveis de serviço estipulados no contrato com o máximo de eficiência"

E por se tratar de contrato de concessão, existirão interesses diversos entre o Poder Concedente e a concessionária: ao primeiro, o que releva é a boa prestação dos serviços públicos e seu desenvolvimento; à segunda, a persecução de lucros a serem distribuídos entre seus investidores, acionistas, sócios, administradores etc. (o que, diga-se, é o principal estímulo aos investimentos privados no setor de saneamento básico, atendendo ao art. 48, XIV-A, LNSB, pois totalmente legítimo!)<sup>10</sup>.

A forma de se conciliar esses interesses aparentemente contrapostos é desenhada no contrato de concessão pela transferência total, ao prestador privado, das escolhas para atuação (projetos de engenharia, financiamento, construção, operação e manutenção do

<sup>9</sup> Art. 27. São objetivos da regulação: I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários; II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas; III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência; e IV - definir tarifas e outros preços públicos que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, quanto a modicidade tarifária e de outros preços públicos, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade."

Parágrafo único. Compreendem-se nas atividades de regulação dos serviços de saneamento básico a interpretação e a fixação de critérios para execução dos contratos e dos serviços e para correta administração de subsídios.

<sup>10</sup> BERG, Sanford V. Boas práticas de regulação dos prestadores públicos de serviços de água e esgoto. Santiago (Chile): Cepal/ONU, set.12014, p. 8.

serviço, métodos, tecnologias, meios de prestação etc.), enquanto o ente público faz somente a fiscalização dos resultados, dos planos e das metas do serviço prestado, não importando os meios, muito menos os gastos, para a sua consecução, mas sim que os ganhos de eficiência obtidos pelo prestador privado sejam repassados aos usuários e ao Poder Público, direta ou indiretamente<sup>11</sup>.

### III. Conclusões

Conclui-se, diante do exposto, que as novas redações intentadas à Resolução ARES-PCI ne 70/2014 parecem ignorar, com a devida vênia e até admiração que temos por esta Agência, que a prestação dos serviços na via indireta (*in casu*, por meio das concessionárias privadas) possui pressupostos jurídicos distintos daqueles utilizados na prestação dos serviços na via direta (por meio de autarquias ou órgãos públicos municipais).

Esse equívoco aparenta ser de fácil e compreensível motivação: em uma passada rápida de olhos na lista de regulados pela ARES-PCI, percebe-se que **a maioria dos municípios presta os serviços de saneamento básico via Autarquias Municipais<sup>12</sup>** - quer dizer, **pela via direta**.

Por isso mesmo, as conclusões expostas nesta Nota visam colaborar com o aperfeiçoamento da regulação dos serviços de saneamento básico prestados pela via indireta (concessões-delegações) na área geográfica de atuação da ARES-PCJ, trazendo como norte dois grandes pontos:

**1. Prestígio à Segurança Jurídica:** a LNSB e seu Decreto Regulador, assim como as Leis de Concessão e de PPP, possuem diversas disposições que determinam que o regulador fiscalizador atuará maximizando a segurança jurídica, quer dizer, em atenção aos Planos Municipais de Saneamento e aos Contratos de Concessão firmados.

Isto porque, como vimos, não compete ao Poder Concedente, na sua expressão de regulador, alterar ou tender a alterar essas normas - seja pela alteração na forma e nas exigências de fiscalização, seja pela adição de obrigações ou partes -, pois o Poder Concedente regulador, ainda que não seja o mesmo, já atuou anteriormente no desenho do contrato de concessão ao tempo de sua assinatura: após referida atuação a priori, a atuação  $\emptyset$  posteriori observará os ditames contratuais.

Portanto, cremos que redesenhos da regulamentação e da fiscalização devem levar em conta as particularidades contratuais, sem abalar ou alterar as obrigações, as partes, a matriz de risco e, conseqüentemente, o resultado final da prestação de serviços.

**2. Zelo pela liberdade de atuação das Concessionárias:** as concessionárias possuem obrigações e metas a serem atingidas em favor dos usuários, com fiscalização pelo Poder Público. Entretanto, não se pode esquecer que a modelagem dos contratos de concessão sempre leva em conta a máxima expansão da eficiência na prestação dos serviços.

Para tanto, a busca de economicidade na prestação dos serviços não só é necessária como legítima, já que ela incentivará a realização de investimentos a partir de um aumento do retorno financeiro aos seus investidores e acionistas.

Doutro lado, o risco econômico é da concessionária. A expressão legal que define a concessão afirma, explicitamente, que a concessionária atua "por sua conta e risco". Com isso,

<sup>11</sup> RIBEIRO, M.P. Op. Cit., pp. 68-69

<sup>12</sup> <http://www.direito.org.br/conteudo/14/municipios.aspx>



a sua proposta comercial é uma estimativa do quanto ela precifica seu risco, aceitando a possibilidade dele ser maior, ou, ainda, assumindo o desafio de fazê-lo menor. É tema interno à concessionária.

Por isso mesmo, na fiscalização de metas e parâmetros de qualidade, o que deve ser levado em conta é o atingimento das metas físicas, quer dizer, da melhoria na infraestrutura e na prestação dos serviços públicos de saneamento básico, sendo as metas comerciais meramente subsidiárias, por trazerem consequências reais aos interesses da Concessionária - afinal, os ônus e bônus do aumento ou da redução dos gastos e investimentos serão absorvidos somente por ela, afetando os lucros a serem justamente aferidos e distribuídos. Ou, alternativamente, gerando prejuízo a ser somente por ela suportado.

E compreensível que haja preocupação nas questões financeiras e comerciais quando da prestação de serviços pela via direta, já que isso afeta o erário público, com seus ônus e bônus sendo redistribuídos diretamente à população: a ineficiência, o desperdício, o não atingimento dos planos e das metas significa prejuízo direto ao erário público.

Porém, tal preocupação não pode ser transposta quando a prestação dos serviços públicos se dá via concessão-delegação, pois isto seria incompatível com os ditames e princípios constitucionais, legais e contratuais da prestação privada de serviços públicos, *in casu*, de saneamento básico.

Sendo essas as contribuições, subscrevemos.

Atenciosamente,



Aguas do Mirante S.A