

Ofício 760/2024

De: Carlos O. - DAF

Para: FERNANDO ARIANI MANGABEIRA ALBERNAZ - DIRETOR - BRK AMBIENTAL LIMEIRA E SUMARÉ

Data: 20/06/2024 às 17:03:48

Setores envolvidos:

DAF

ENCAMINHAMENTO DE DESPACHO DECISÓRIO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

Prezados(as) Senhores(as),

Através do ofício OF.ADC.201.23 DC, a BRK Ambiental formalizou pedido de revisão ordinária do contrato de concessão de Água e Esgoto do município de Limeira. A partir da solicitação realizada pela concessionária, foi aberto o Processo Administrativo nº 141/2023.

Decorridos os trâmites do Processo Administrativo de Revisão Ordinária e finalizada a instrução, em atenção ao art. 22, Parágrafo único, da Resolução ARES-PCJ nº 303/2019, foi encaminhado o Parecer Consolidado ARES-PCJ nº 18/2024 – CRO.

Em face do referido Parecer Consolidado, a BRK Ambiental Limeira S.A, nos termos do art. 45 da Resolução ARES-PCJ nº 303/019, ofertou Pedido de Reconsideração (Ofício OF-ADC-196-24-DC).

Nesse sentido, encaminho o Despacho Decisório desta Diretoria Administrativa e Financeira em face do Pedido de Reconsideração ofertado pela concessionária.

Informo, ainda, a possibilidade de interposição de um novo recurso por parte da concessionária (Recurso de Revisão), no prazo de 10 (dez) dias úteis, nos termos do art. 46 da Resolução ARES-PCJ nº 303/019. Nesse sentido, eventual recurso deve ser ofertado até a data de 04 de julho de 2024.

Sendo o que havia a informar, aproveitamos a oportunidade para renovarmos as nossas considerações de elevada estima e apreço.

Cordialmente,

—
CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA

Diretor Administrativo e Financeiro

19-3471-5103

Anexos:

FC_RO_Limeira_2024_Reconsideracao.xlsx

Reconsideracao_RO_Limeira_vFINAL2_002_.pdf

DECISÃO

PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

INTERESSADO:

BRK AMBIENTAL LIMEIRA S.A

ATO IMPUGNADO:

PARECER CONSOLIDADO

ARES-PCJ Nº 18/2024 – CRO

(REVISÃO ORDINÁRIA)

JUNHO – 2024

ÍNDICE

1. BREVE SÍNTESE DO TRÂMITE PROCESSUAL	4
2. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO APRESENTADO	5
3. DO CONTEÚDO DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO PELA BRK AMBIENTAL LIMEIRA S.A ...	5
4. DA ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO DA ARES-PCJ SOBRE O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO	6
4.1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O FATOR 01: FRUSTRAÇÃO DE RECEITA EM RAZÃO DO ATRASO NA APLICAÇÃO DA PARCELA REMANESCENTE DO REAJUSTE DE 2019 E DOS REAJUSTES INFLACIONÁRIOS DE 2020/2021 E 2021/2022	6
4.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O FATOR 02: FRUSTRAÇÃO DE RECEITA DURANTE A PANDEMIA	7
4.3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O FATOR 03: NECESSIDADE DE REVISÃO DA CURVA DE DEMANDA DO FLUXO DE CAIXA DE REFERÊNCIA DO 16º TA	10
4.4. SOBRE O FATOR 04: CAPEX RELACIONADO AO TRATAMENTO FÍSICO-QUÍMICO DA ETE TATU	11
4.5. SOBRE O FATOR 05: ANTECIPAÇÃO DE INVESTIMENTOS	12
5. SOBRE A CONSIDERAÇÃO DA TAXA INTERNA DE RETORNO – TIR EM 9.99%.....	14
6. DO DISPOSITIVO DA DECISÃO E ENCAMINHAMENTOS PERTINENTES	15



ARES AGÊNCIA
REGULADORA
DE SERVIÇOS
DE TELECOMUNICAÇÕES
DE PESQUISA
E INOVAÇÃO

ANÁLISE DE RECURSO – PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO
(ART. 45, RESOLUÇÃO ARES-PCJ Nº 303/2019)

Ref.: Processo Administrativo ARES-PCJ nº 141/2023.

A **AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO DAS BACIAS DOS RIOS PIRACICABA, CAPIVARI E JUNDIAÍ – ARES-PCJ**, nos termos do art. 45, da Resolução ARES-PCJ nº 303/2019, torna pública a presente

DECISÃO

acerca do Pedido de Reconsideração interposto pela concessionária BRK Ambiental – Limeira S.A. (Protocolo 474/2024 – Ofício OF-ADC-196-24-DC, nos termos a seguir expostos:

1. BREVE SÍNTESE DO TRÂMITE PROCESSUAL

Através do ofício OF.ADC.201.23 DC, a BRK Ambiental formalizou pedido de abertura de revisão ordinária do contrato de concessão de Água e Esgoto do município de Limeira. A partir da solicitação foi aberto o Processo Administrativo ARES-PCJ nº 141/2023.

Colhidas as documentações das partes nos termos dos artigos 19 e 21, § 1º da Resolução ARES-PCJ nº 303/2019 e certificada a instrução processual, foi proferida decisão acerca dos pleitos ofertados pela Concessionária BRK Ambiental Limeira S.A através do Parecer Consolidado ARES-PCJ nº 18/2024 – CRO.

Nos termos do art. 45 da Resolução ARES-PCJ nº 303/2019, a Concessionária BRK Ambiental Limeira S.A ofertou Pedido de Reconsideração através do Ofício OF-ADC-196-24-DC, sobre o qual essa Diretoria Administrativa e Financeira passa a expor sua análise.

O presente documento enfrenta, de forma pontual e fundamentada, todos os pontos alegados pela recorrente em seu Pedido de Reconsideração.

Dessa forma, segue a presente **Decisão Administrativa, da Diretoria Administrativa e Financeira da ARES-PCJ, a qual proferiu o Parecer Consolidado nº 18/2024-CRO**, nos termos a seguir elencados.

2. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO APRESENTADO

Disciplina a Resolução ARES-PCJ nº 303/2019, em seu art. 45, que “*da decisão do Diretor competente nas revisões ordinárias e extraordinárias cabe Pedido de Reconsideração, no prazo de 10 (dez) dias úteis, dirigido ao próprio Diretor que proferiu a decisão.*”

Diante desse comando, tempestivo e pertinente é o Pedido de Reconsideração ofertado pela Concessionária BRK Ambiental Limeira S.A, devendo seu mérito ser analisado.

Como se trata de primeira instância recursal disponível em face do Parecer Consolidado ARES-PCJ nº 18/2024 – CRO (Resolução ARES-PCJ nº 303/2019, art. 45), é exarada pela Diretoria Administrativa e Financeira da ARES-PCJ a presente decisão.

3. DO CONTEÚDO DO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO PELA BRK AMBIENTAL LIMEIRA S.A

Após cumprimento das etapas regulamentares do Processo de Revisão Contratual, foi proferida decisão por meio de Parecer Consolidado do Diretor responsável pelo Município de Limeira, nos termos da Resolução ARES-PCJ nº 303/2019.

Em olhar retrospectivo, verifica-se que a instrução processual permitiu diversas oportunidades de manifestação e apresentação de informações complementares de ambas as partes, em clara contemplação do contraditório, da ampla defesa e da busca incansável dessa Agência Reguladora pela eficiência decisória em relação a todos os pleitos levantados no âmbito da revisão contratual.

Nesse sentido, com o proferimento de decisão administrativa (Parecer Consolidado ARES-PCJ nº 18/2024 – CRO), a Concessionária BRK Ambiental Limeira S.A ofertou o Pedido de Reconsideração, no intuito de atacar pontos determinados da decisão administrativa em comento.

Em breve síntese, são os pleitos da Concessionária em seu Pedido de Reconsideração:

(i) **SOBRE O FATOR 01: FRUSTRAÇÃO DE RECEITA EM RAZÃO DO ATRASO NA APLICAÇÃO DA PARCELA REMANESCENTE DO REAJUSTE DE 2019 E DOS REAJUSTES INFLACIONÁRIOS DE 2020/2021 E 2021/2022:** a Concessionária entende ser indevida a restrição de consideração dos efeitos financeiros decorrentes da aplicação da parcela remanescente do reajuste tarifário de 2019 pelo suposto atraso na apresentação do pleito de Revisão Ordinária do Contrato.

(ii) **SOBRE O FATOR 02: FRUSTRAÇÃO DE RECEITA DURANTE A PANDEMIA:** a concessionária defende não haver fundamento para que a ARES-PCJ deixe de reconhecer seu alegado direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em razão dos impactos decorrentes da pandemia, uma vez que se imporia a medida em face do que estabelece o art. 65, II, 'd', da Lei Federal nº 8.666/93, a Norma de Referência ANA nº 05/2024, referente à alocação de riscos do contrato e as

mais variadas decisões e deliberações das agências reguladoras de saneamento em todo o país, bem como sustenta que as informações por ela colacionadas teriam demonstrado que o período pandêmico afetou as categorias industrial e comercial, fato que gerou frustração de receita da Concessionária nos anos de 2020 e 2021.

(iii) SOBRE O FATOR 03: NECESSIDADE DE REVISÃO DA CURVA DE DEMANDA DO FLUXO DE CAIXA DE REFERÊNCIA DO 16º TA:

a concessionária sustenta que há equívoco na interpretação jurídica da ARES-PCJ acerca do disposto no 16º T.A. em relação à ratificação de premissas estabelecidas para curva de volume faturado na última revisão extraordinária e que o Parecer Consolidado é contraditório ao indicar que as premissas do 16º T.A. não foram ratificadas, o que ensejaria a necessidade de nova projeção de demanda/volumes faturados para este ciclo de revisão.

(iv) SOBRE O FATOR 04: CAPEX RELACIONADO AO TRATAMENTO FÍSICO-QUÍMICO DA ETE TATU:

a concessionária pede a reconsideração da avaliação feita em relação a esse fator, reiterando o pleito original de CAPEX do tratamento físico-químico da ETE Tatu e mencionando erro material na elaboração e confecção do 16º T.A. que teria deixado de considerar os investimentos projetados relacionados ao tratamento físico-químico que já constavam do 13º T.A.

(v) SOBRE O FATOR 05: ANTECIPAÇÃO DE INVESTIMENTOS:

em relação à antecipação de investimentos da concessão, a concessionária solicita a reconsideração em função dos investimentos referentes ao Reservatório Santa Eulália e à ETE Águas da Serra.

Elencadas todas as teses levantadas pela recorrente BRK Ambiental Limeira S.A, esta Diretoria Administrativa e Financeira passa à consideração de cada item recursal, de forma particularizada.

4. DA ANÁLISE E FUNDAMENTAÇÃO DA ARES-PCJ SOBRE O PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO

4.1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O FATOR 01: FRUSTRAÇÃO DE RECEITA EM RAZÃO DO ATRASO NA APLICAÇÃO DA PARCELA REMANESCENTE DO REAJUSTE DE 2019 E DOS REAJUSTES INFLACIONÁRIOS DE 2020/2021 E 2021/2022

Sobre esse primeiro fator, a Concessionária BRK Ambiental informa que a parcela remanescente do reajuste tarifário de 2019 é direito já reconhecido pela ARES-PCJ através de sua Resolução nº 287/2019, bem como dos efeitos financeiros pela sua aplicação e dos reajustes inflacionários de 2020/2021 e 2021/2022 em datas divergentes da data-base do Contrato de Concessão.

Sustenta, nesse sentido, que a parcela remanescente do referido reajuste, de 4,00% e os respectivos efeitos financeiros de postergação da aplicação, deveriam ser considerados por ocasião da revisão ordinária de 2021. Sob a perspectiva do modelo econômico-financeiro do pleito de reequilíbrio, a BRK adotou como premissa que a parcela remanescente do reajuste tarifário de 2019 seria aplicada em Junho/2023, e que o Parecer Jurídico opinativo ofertado pela ARES-PCJ no presente processo de Revisão Ordinária reconhece o direito ao reequilíbrio à Concessionária.

Com base na premissa em questão, defende que, a despeito do teor da análise jurídica, a análise econômico-financeira entendeu pela desconsideração da defasagem tarifária por um período de 6 (seis) meses, equivalente ao atraso na apresentação do pleito de revisão pela concessionária BRK Ambiental.

Em relação a este fator, considera-se procedente o Pedido de Reconsideração.

A reavaliação fundamenta-se nas considerações trazidas pela concessionária no que se refere aos fatos que teriam concorrido para obstar a apresentação do pleito de revisão ordinária no momento originalmente previsto. Sob este aspecto, a decisão inicial do Parecer Consolidado ARES-PCJ nº 18/2024 – CRO apenas prevaleceria na presença de demonstração inequívoca de procrastinação da concessionária por razões restritas à sua gestão, o que não se permite provar a partir da documentação que compõe o Processo Administrativo nº 141/2023.

Assim, entendo pelo **deferimento** do pleito recursal concernente ao fator 01: FRUSTRAÇÃO DE RECEITA EM RAZÃO DO ATRASO NA APLICAÇÃO DA PARCELA REMANESCENTE DO REAJUSTE DE 2019 E DOS REAJUSTES INFLACIONÁRIOS DE 2020/2021 E 2021/2022, com consideração da aplicação da parcela remanescente de reajuste tarifário de 4% a partir do mês de agosto/2024 para fins de cálculo do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

4.2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O FATOR 02: FRUSTRAÇÃO DE RECEITA DECORRENTE DA PANDEMIA DA COVID-19

Em que pesem as alegações da Concessionária em seu Pedido de Reconsideração em relação ao fator 02: FRUSTRAÇÃO DE RECEITA DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19, entendo que a decisão disposta no Parecer Consolidado nº 18/2024 – CRO não merece qualquer reparação.

Inicialmente, a concessionária sustenta que houve interpretação jurídica equivocada em relação às Demonstrações Financeiras (Notas Explicativas), no que diz respeito aos impactos da pandemia sobre suas operações, uma vez que o propósito dessas notas explicativas não estaria relacionado à avaliação do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em virtude dos efeitos da pandemia, mas sim às atividades operacionais da Concessionária, uma preocupação que teria sido relatada pela CVM (OfícioCircular/CVM/SNC/SEP/n.º 02/2020) em relação à ameaça da continuidade da própria atividade empresarial de empresas privadas como a BRK Ambiental.

Há que se frisar, no entanto, que a análise das DFs no Parecer Consolidado dialoga com o fundamento estabelecido pela própria Concessionária em seu pleito ao relacionar o pretenso direito ao reequilíbrio econômico-financeiro com diversos casos no qual o critério de continuidade operacional foi balizador de decisões jurídicas e/ou regulatórias neste campo. Adicionalmente, há tão somente a constatação objetiva de que as DFs, enquanto evidência de suporte à análise, não trouxeram elementos significativos a corroborar os argumentos da concessionária.

Em segundo lugar, a consideração do evento de desequilíbrio passa não apenas pela caracterização do risco associado, mas principalmente pela sua alocação às partes contratantes, por excelência no próprio instrumento contratual e, quando couber, na legislação pertinente. Neste ponto, temos que o contrato não aloca os riscos de caso fortuito ou força maior ao Poder Público. Ademais, a Lei Federal do Saneamento Básico não atribui a qualquer das partes contratantes a responsabilidade pelos efeitos positivos ou negativos desse evento específico (pandemia)¹. Tampouco a Lei de Concessões (Lei federal nº 8.987/1995) faz referência a eventos pandêmicos. Na verdade, referida norma não traz nem mesmo regras sobre divisão de riscos ou imposição de alocação destes riscos nos modelos de matriz. Mesmo os arts. 18 e 23 desta lei, que tangenciam o tema, apenas evidenciam que as regras de revisão e reajuste deverão estar estipuladas em contrato.

Nesse aspecto, considerando os termos avençados no contrato de concessão de Limeira, sobre eventos caracterizados como caso fortuito ou força maior, presente apenas a Cláusula Dezoito que se limita a dispensar as partes do cumprimento das obrigações contratuais, nos limites previstos em lei:

CLÁUSULA DEZOITO - DO CASO FORTUITO E DA FORÇA MAIOR As partes estarão desobrigadas do cumprimento das obrigações por elas assumidas no presente instrumento na ocorrência de caso fortuito ou força maior, nos termos da legislação em vigor.

Assim, o que se tem é que o contrato não impõe ao poder concedente a assunção de todos os impactos decorrentes da pandemia.

Mais a mais, a tese relacionada à Norma de Referência nº 05/2024 da ANA não se aplica ao caso. O modelo de matriz estipulado no Anexo I da referida norma é direcionado a contratos atuais não licitados e contratos futuros licitados. O contrato de concessão de Limeira é um contrato licitado (concessão), mas já em vigor, não vigorando sobre ele, portanto, a Norma de Referência nº 05/2024 (por ser uma relação jurídica estabelecida anteriormente ao início da vigência da Norma de Referência).

Deve-se lembrar, ainda que a pandemia e as decorrentes medidas de restrição de liberdade de contato e locomoção adotadas em todo o país trouxeram impactos a toda população e setores da economia, e não somente à concessionária pleiteante. Neste sentido, fragiliza-se a alegação pela aplicação da Teoria da Imprevisão (parágrafo 44 do Pedido de Reconsideração), posto que um dos critérios para sua verificação é a ocorrência de onerosidade excessiva a uma das partes e benefício exagerado para a outra, o que não se demonstrou no presente caso.

¹ O art. 10-A da referida norma se limita a apontar que os contratos públicos de saneamento deverão conter cláusulas essenciais (conforme art. 23 da Lei de Concessões), bem como cláusulas específicas de repartições de riscos que contenham, dentre outras, especificações sobre caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Referido dispositivo demonstra que a Lei das Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico não atribui efeitos de caso fortuito, força maior ou fato do príncipe diretamente ao poder concedente ou a concessionária, isto é, a legislação de saneamento apenas delimita que os instrumentos contratuais devem trazer a partilha desses riscos da forma que for mais conveniente e eficiente ao caso concreto (ou seja, ao contrato de concessão específico), sempre com vistas ao critério de trazer o risco à parte que detenha a maior capacidade de gerenciá-lo.

Bem explicam Rosa Maria Andrade Nery e Nelson Nery Júnior que “a teoria da imprevisão parte da circunstância de as partes se verem diante de um fato que ocasiona para uma delas uma vantagem muito superior àquela que onera a outra”.² A mesma conclusão se extrai de Caio Mário da Silva Pereira³ quando aponta, como condições para a aplicação da imprevisão: “a) vigência de um contrato de execução diferida ou continuada; b) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo no da celebração; c) **onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro**; d) imprevisibilidade daquela modificação” (g.n.).

Há que se considerar, diante destas colocações, que as normativas estabelecidas pela ARES-PCJ durante o período pandêmico, diferentemente do que alega a concessionária, se deram no intuito de, diante do caráter excepcional, devolver ao titular dos serviços de saneamento prerrogativas que lhe permitissem gerir melhor a política pública com um caráter emergencial. As resoluções da ARES-PCJ nunca se deram com o objetivo de reconhecer qualquer fator de desequilíbrio preliminar sobre o evento pandêmico, até porque os reflexos materiais (impactos reais à operação do prestador) demandam, como é o caso, análise casuística e acurada.

Complementarmente, não há contradição entre a decisão proferida e as informações e dados dispostos no Parecer Consolidado nº 18/2024, posto que em nenhum momento negou-se a ocorrência de impactos correlatos à Pandemia de COVID-19, mas sim a sua interpretação em face da caracterização dos eventos de desequilíbrio e a correta alocação dos riscos contratuais.

Por fim, embora a negatória do pleito fundamente-se essencialmente por seu mérito, o Parecer Consolidado avaliou uma conjunção de elementos, dentre os quais a sua exata mensuração e qualificação. Neste sentido, corrobora-se o fato de que, a par de suas alegações, a concessionária optou por generalizar a mensuração do evento, criando uma identidade total entre as receitas operacionais nos anos de ocorrência da pandemia e o desequilíbrio, desconsiderando outros fatores que concorrem em conjunto a determinar as receitas.

O Pedido de Reconsideração reforça esta lacuna ao atribuir as variações de tarifa média praticada da concessão integralmente aos efeitos da pandemia (Quadro 3 do Anexo Técnico do Pedido de Reconsideração). A título de exemplo, temos no próprio processo de revisão ordinária em curso um item que prejudicaria essa tese, qual seja, a não aplicação da parcela de reajuste de 4% remanescente do reajuste tarifário de 2019 que, ao fim, determina as magnitudes dos valores faturados nominais utilizados nesta demonstração, sem ter correlação direta com o advento da pandemia de COVID-19.

Sendo assim, nada há que se alterar no entendimento já consolidado no Parecer Consolidado nº 18/2024-CRO. Portanto, mantenho o **indeferimento** do fator 02: FRUSTRAÇÃO DE RECEITA DURANTE A PANDEMIA.

² NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*: volume II: das obrigações, dos contratos e da responsabilidade civil. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 285-287.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 242-243.

4.3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O FATOR 03: NECESSIDADE DE REVISÃO DA CURVA DE DEMANDA DO FLUXO DE CAIXA DE REFERÊNCIA DO 16º TA

A Concessionária alega, em relação ao fator 03 (necessidade de revisão da curva de demanda do fluxo de caixa de referência do 16º termo Aditivo), que o Parecer Consolidado também se contradiz, uma vez que as premissas relacionadas à projeção de demanda e volumes faturados que foram adotadas no fluxo de caixa do 13º Termo Aditivo (“13º TA”) restaram frustradas em razão da crise hídrica que se instalou no Estado de São Paulo nos anos de 2014-2015.

Nesse contexto, as partes formalizaram o 16º TA para restabelecer uma nova curva de demanda/volumes faturados, assumindo a premissa de que os consumos e volume faturados seriam restabelecidos aos níveis pré-crise hídrica dentro do período de 5 anos (a partir de 2022), e que, no âmbito do 16º TA, ficou consignado que, na revisão ordinária subsequente à celebração do referido aditivo, as partes confirmariam se as premissas utilizadas para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão se mostraram acertadas.

Diante desses fatos, não prospera a tese da Concessionária de que a interpretação feita pelo filtro jurídico teria sido equivocada por indicar que não teria havido o compromisso das partes de rever a curva de volume concernente ao período futuro daquele reequilibrado no âmbito do 16º TA.

Nesse sentido, o Parecer Consolidado nº 18/2024-CRO trouxe à tona a necessária segregação entre o contexto de celebração do 16º T.A. e a conjuntura observada no período de análise da presente Revisão Ordinária, indicando que, no primeiro caso, tinha-se em conta que a ocorrência da crise hídrica nos anos 2014 e 2015 estabeleceu relação direta com a curva de volumes e, no momento seguinte, esta mesma relação passa a sofrer influência de demais fatores, posto que não há um evento tão determinístico sobre a disponibilidade hídrica quanto aquele.

Não obstante, o Parecer Consolidado nº 18/2024-CRO também considerou o cenário hipotético em que a curva efetiva de volumes faturados fosse influenciada majoritariamente pela mudança nos padrões e hábitos de consumo, chegando à conclusão de que neste caso também não seria cabível o reequilíbrio, tendo em vista que: i) a expectativa de racionalização no uso da água é legítima e, inclusive, prevista e determinada pela legislação; ii) a revisão tarifária por este fator significaria, na prática, a penalização dos usuários por uma conduta virtuosa na proteção de seus interesses individuais e coletivos.

Assim, cabe à entidade reguladora a análise concreta da questão, respeitado o compromisso de execução do previsto no 16º T.A. dentro de seus estritos limites, ou seja, a ratificação (i.e. validação, confirmação, corroboração) das premissas utilizadas para evolução dos volumes e receitas tarifárias entre os períodos de 2017 e 2022, sem a obrigação vinculante de reequilíbrio econômico-financeiro automático.

Este ponto foi endereçado pela análise econômico-financeira que, ao indicar a não-ratificação das premissas, posicionou que *“a conclusão é frágil se sustentada somente sob a hipótese de alteração nos padrões de consumo sem considerar fatores adicionais”*, em linha com a análise jurídica, que afirmara

anteriormente haver “*elementos que ultrapassam a temática dos ‘hábitos’ ou ‘padrões’ a determinar a trajetória dos volumes faturados, dentre os quais as condicionantes socioeconômicas e demográficas*”. Sob esse prisma, é incorreto afirmar que a análise econômica do Parecer Consolidado “corroborar” o pleito da concessionária.

Desta forma, mantenho o teor do Parecer Consolidado, pelo **indeferimento** do fator 03: REVISÃO DA CURVA DE DEMANDA DO FLUXO DE CAIXA DE REFERÊNCIA DO 16º TA.

4.4. SOBRE O FATOR 04: CAPEX RELACIONADO AO TRATAMENTO FÍSICO-QUÍMICO DA ETE TATU

As teses veiculadas pela concessionária em seu pleito recursal, no que concerne ao CAPEX relacionado ao Tratamento Físico-Químico da ETE Tatu não merecem prosperar, como se demonstra a seguir.

No 13º T.A os investimentos previstos para tratamento completo da Bacia Tatu contemplavam o tratamento físico-químico, o tratamento secundário e o sistema de secagem do lodo, totalizando cerca de R\$ 13,8 milhões para o período 2014-2016. Os valores de cerca de R\$ 23 milhões para o período 2014-2018 indicados no Plano de Investimentos anexo ao 16 T.A na linha da “Bacia Tatu” são os valores que a própria Concessionária solicitou para atendimento aos investimentos necessários na Bacia Tatu. Ressalta-se que naquela ocasião a própria Concessionária registrou que o tratamento físico-químico não deixou de existir com a implantação do Tratamento Terciário (Ofício Odebrecht Ambiental, datado de 24 de agosto de 2016 – Assunto: Revisão Extraordinária do Contrato de Concessão. Protocolo ARES-PCJ nº 001057, de 25 de agosto de 2016).

Abaixo, relembremos o item “G” do Anexo III (“Plano de Investimentos e Fluxo de Caixa Projetado Revisado”).

Figura – Memória de Cálculo Pleito Rev. Extraordinária (2016)

	2014	2015	2016	2017	2018
2 SISTEMA DE ESGOTOS SANITÁRIOS	3.878,56	1.425,49	2.298,29	8.161,79	10.656,01
2.1 BACIA ETE TATU	3.818,30	1.377,83	1.687,79	5.512,68	10.635,83

Ⓞ Nos anos de 2017 e 2018, na linha da **Bacia ETE Tatu**, foram incrementados ao plano de Investimentos do Termo de Aditamento 13, os valores referentes ao CAPEX do Sistema de Tratamento Biológico Terciário da Estação de Tratamento Tatu (R\$ 4.959,71), conforme obrigações estabelecidas no Aditivo ao Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, assinado em 17 de Dezembro de 2015. Considerados os valores de CAPEX de R\$ 5.512,68 mil, no ano 2017, e R\$ 10.635,83 mil, no ano 2018, referentes ao total de investimentos na Bacia ETE Tatu.

Fonte: Odebrecht Ambiental (grifo: ARES-PCJ).

Como se depreende da descrição do cálculo, há uma incorporação dos novos investimentos àqueles já pactuados no 13º T.A. e um remanejamento por todo o período 2014-2018, de modo que é equivocado restringir a análise unicamente aos anos 2014-2016.

Nada obstante, não há sentido na afirmação da Concessionária que haveria necessidade de se considerar os valores relacionados aos investimentos realizados dentro do ciclo atual e que não foram refletidos no modelo econômico-financeiro do 16º TA, uma vez que poderia ter ocorrido erro material na elaboração e confecção do anexo do 16º TA, que deixou de considerar os investimentos projetados relacionados ao tratamento físico-químico.

No ano de 2017, houve deflagração de novo processo de revisão (ordinária) do contrato, não tendo a concessionária levantado esse evento específico: execução de CAPEX adicional não previsto no 16º Termo Aditivo. Diferentemente do que alega a recorrente, não se afasta a preclusão, pois os dados analisados apontam para coerência entre valores e obrigações assumidas nos dois aditivos em questão, sem caracterização flagrante de erro material.

Ora, há que se reafirmar que o 16º Termo Aditivo foi firmado em sede da revisão extraordinária de 2016. Passado um ano, os termos dessa pactuação – e seus reflexos – já eram conhecidos pela BRK Ambiental, ou seja, já poderia a concessionária ter sustentado, por ocasião da revisão ordinária ocorrida em 2017, seu pleito de que o plano de investimentos (16º Termo Aditivo) considerou apenas os valores do 13º T.A (2014-2016), suprimindo parcela considerável do CAPEX (2017-2018). Porém, não o fez e não se demonstram fundamentos para que o tivesse feito.

Não, há, portanto, qualquer reconsideração a ser feita em relação às conclusões do parecer Consolidado ARES-PCJ nº 18/2024-CRO, no que concerne ao fator 04: CAPEX RELACIONADO AO TRATAMENTO FÍSICO-QUÍMICO DA ETE TATU. Entendo, assim, pela manutenção do **indeferimento**.

4.5. SOBRE O FATOR 05: ANTECIPAÇÃO DE INVESTIMENTOS

Pela leitura do pleito recursal, observa-se que as teses levantadas pela concessionária não merecem acolhimento.

Especificamente sobre a proposta descrita no Anexo Técnico ao Pedido de Reconsideração, de realocação dos valores previstos para o bairro Santa Eulália, de 2020 para 2025, não prospera seu deferimento. De início, apresenta-se como novo elemento trazido em sede recursal. Em relação ao mérito, já foi deferida a antecipação dos investimentos aprovados pelo Poder Concedente nos termos do Parecer Consolidado nº 18/2024-CRO, como se descreve abaixo.

Observa-se do Plano de Investimentos anexo ao 16º T.A. que na linha “Distribuição de Água - Adutoras, Redes, Reservatórios e Elevatórias” houve incremento de valores para a Concessionária realizar em 2020 as obras de instalação de unidade de reservação e linha de recalque no bairro Santa Eulália. Essas obras, porém, não foram executadas. A reprojeção realizada no presente processo considerou, para o período 2023-2025, que todo o valor de investimento previsto em 2028 e parte de 2030 foram antecipados para os anos 2023, 2024 e 2025 para instalação de gerador na Estação Elevatória Limeirense, Adutora Novo Mundo/Limeirense e Reservatório Novo Limeirense com anuência do Poder Concedente para antecipação

desses investimentos na Zona Alta III. **Assim, fica evidente não se tratar de substituição de investimentos.**

Nada obstante, conforme bem demonstrado na análise técnica, existem dois fatores que impedem o deferimento das observações levantadas pela Concessionária em seu pleito recursal: (i) ausência de elementos técnicos que fundamentem a pretensão da recorrente; (ii) ausência de Termo de Anuência para outras antecipações de investimentos que não na Zona Alta III.

Isso porque, para além da ausência de fundamentos técnicos (cujos termos se compreendem nos estritos termos do Parecer Consolidado e, por isso, não demandam repetição), o art. 50 da Resolução ARES-PCJ nº 303/2019 deixa clara a exigência de Termo de Anuência para a viabilização de alterações nos investimentos do contrato.

Art. 50. Alterações em investimentos devem ser comunicadas à ARES-PCJ, precedidas de projeto executivo, memorial descritivo ou documento similar e análise de impacto financeiro elaborada pela Concessionária ou Parceira Privada, **acompanhadas de Termo de Anuência assinado pelo Poder Concedente.** (Redação dada pela Resolução ARES-PCJ nº 342, de 07/02/2020) **(Grifo no original)**

Referida exigência encontra lastro jurídico, uma vez que o regime das concessões traz limites muito claros de alteração. Não é qualquer modificação permitida pelo ordenamento, e, quando permitida, não pode ser realizada sem formalidades documentais.

Embora o regime jurídico das concessões admita a mutabilidade contratual, e nesse sentido, portanto, eventual alteração dos investimentos previstos para a concessão, é incontestável a necessidade de um formalismo mínimo que dê base a essa alteração jurídica, sendo indispensável, portanto, a formação clara da autoridade pública sobre a alteração de determinado investimento do contrato, neste caso, pelos termos da Resolução ARES-PCJ nº 303/2019, a ser informada através de Termo de Anuência do Poder Concedente, o que não se verificou.

Por essas razões, como exposto no Parecer Consolidado nº 18/2024-CRO, considera-se necessário articular a perspectiva da natureza de resultado (eminente referente à qualidade e eficiência na prestação de serviços) àquela das obrigações estabelecidas na fase concorrencial e, após, nas revisões e aditamentos do contrato, especialmente no que se refere à formação do ativo da Concessão em articulação com o planejamento de médio e longo prazo para atendimento ao município. Nada obstante, se considerou que o contrato de concessão em análise também objetiva a construção de obras (indo além da mera operação), corroborando, assim, o seu enquadramento na obrigação destacada no parágrafo único do art. 23 da Lei de Concessões.

Portanto, nada há que se alterar no posicionamento exarado no Parecer Consolidado ARES-PCJ nº 18/2024. Assim **mantenho a conclusão de deferimento parcial** do fator 05 (nos termos do Parecer Consolidado), apenas com a incorporação da proposta de antecipação pela Concessionária dos investimentos da Zona Alta III na linha 1.3 - Distribuição de Água - Adutoras, Redes, Reservatórios e Elevatórias.

5. SOBRE A CONSIDERAÇÃO DA TAXA INTERNA DE RETORNO – TIR EM 9.99%

Sustenta a concessionária, para além de suas teses recursais específicas para cada dos fatores analisados no Parecer Consolidado ARES-PCJ nº 18/2024-CRO, que o parecer considerou que a Taxa Interna de Retorno – TIR do Contrato de Concessão é de 9,99%, quando, na realidade, a TIR Contratual é de 10,00%, conforme se infere expressamente do Anexo II do 16º TA.

Sobre essa constatação, prospera razão à concessionária. O Anexo II do 16º Termo Aditivo informa, com precisão, a Taxa Interna de Retorno do Contrato de Concessão em 10,00%.

Nesse sentido, há que se reconsiderar a base de cálculo da TIR contratual (de 9,99% para 10,00%), na definição do reequilíbrio econômico-financeiro.

6. DO DISPOSITIVO DA DECISÃO E ENCAMINHAMENTOS PERTINENTES

Ante o exposto, conheço o Pedido de Reconsideração ofertado pela Concessionária BRK Ambiental Limeira S.A, diante do claro enquadramento legal e tempestividade (art. 45 da Resolução ARES-PCJ nº 303/2019).

No mérito, com base nas fundamentações expostas, decido pelo **DEFERIMENTO PARCIAL** das teses levantada no Pedido de Reconsideração, acolhendo especificamente os seguintes itens:

(i) conceder o reequilíbrio relacionado à aplicação da parcela remanescente do reajuste de 2019, bem como dos seus efeitos financeiros e dos reajustes inflacionários de 2020/2021 e 2021/2022, **com consideração a partir do mês de agosto/2024**; e

(ii) reconsiderar a TIR contratual de 9,99% para 10,00% nos cálculos de reequilíbrio econômico-financeiro, em respeito ao exposto no Anexo II do 16º Termo Aditivo do Contrato de Concessão.

Em relação às demais teses levantadas pela Concessionária, decido pela manutenção do posicionamento fundamentado no Parecer Consolidado nº 18/2024 - CRO.

Deste modo, considerados os resultados do Pedido de Reconsideração, tem-se como proposta de reequilíbrio econômico-financeiro **o reposicionamento tarifário em 2,10% (dois inteiros e dez centésimos por cento) a ser aplicado a partir do mês de agosto/2024, cumulativamente à parcela de reajuste tarifário de 4% pendente do ano de 2019, perfazendo o índice total de 6,18% (seis inteiros e dezoito centésimos por cento)**, conforme planilha eletrônica remetida às partes.

Ademais, reitero as recomendações expostas no Parecer Consolidado, para que as partes (BRK Ambiental e Poder Concedente):**a) formalizem Termo Aditivo Contratual concernente ao Plano de Investimentos vigente, mostrando as obras e cronograma físico-financeiro vinculado à concessão para o período (2023/2039), em atendimento a Lei 8.987/1995; b) envie as informações na frequência exigida pela Resolução ARES-PCJ nº 303/2019.**

Americana, dia 20 de junho de 2024.

CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA
Diretor Administrativo e Financeiro da ARES-PCJ





VERIFICAÇÃO DAS ASSINATURAS



Código para verificação: 13C3-3749-0504-4640

Este documento foi assinado digitalmente pelos seguintes signatários nas datas indicadas:

- ✓ CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA (CPF 213.XXX.XXX-60) em 20/06/2024 17:04:13 (GMT-03:00)
Papel: Parte
Emitido por: Sub-Autoridade Certificadora 1Doc (Assinatura 1Doc)

Para verificar a validade das assinaturas, acesse a Central de Verificação por meio do link:

<https://stip-arespcj.1doc.com.br/verificacao/13C3-3749-0504-4640>