

NOTA TÉCNICA Nº 3/2021/COCON/SEC
Documento nº 02500.040103/2021-30

Brasília, 27 de agosto de 2021.

Ao Superintendente de Regulação Econômica

Assunto: Tomada de Subsídios para elaboração da norma de referência sobre indenização de ativos.

Processo: 02501.002976/2021-34

I. INTRODUÇÃO

1. Essa Tomada de Subsídios compõe a primeira fase do planejamento para a elaboração da norma de referência sobre indenização de ativos, que foi aprovada pela Diretoria Colegiada da ANA. A referida tomada de subsídios será acompanhada de reuniões com as partes interessadas diretamente no processo, que também encaminharão suas contribuições pelo site da ANA. Posteriormente será elaborada nota técnica com Relatório de Análise de Impacto Regulatório e proposta de minuta de regulamento baseada na melhor alternativa selecionada, que será submetida novamente a Diretoria Colegiada e a uma segunda fase de participação social com Consulta Pública. Por fim, na última etapa do processo será a publicação da Norma de Referência.

II. CONTEXTO

2. A Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, atualizou o marco legal do saneamento básico alterando a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, dentre outras alterações legais. A Lei nº 9.9984/2000, dentre outras alterações, passou a vigorar com o seguinte dispositivo:

“Art. 4º-A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.”

§ 1º Caberá à ANA estabelecer normas de referência sobre:

(...)

VII – metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão dos investimentos realizados e ainda não amortizados (grifo nosso); (...)

III. PROBLEMA

3. O Problema Regulatório é identificado como a insegurança jurídica decorrente da omissão ou incompletude das cláusulas contratuais relativas à indenização de ativos.

4. As evidências para caracterização desse problema foram identificadas em estudos preliminares¹ que ratificaram esse diagnóstico ao apontarem, em alguns casos, a inexistência ou incompletude de cláusulas contratuais e/ou de regulação discricionária que estabeleçam previamente a metodologia de indenização dos bens reversíveis não depreciados ou amortizados ao término do contrato, impossibilitando a definição de um valor claro a ser indenizado. Este cenário demonstra a necessidade de intervenção regulatória pelo regulador federal no cumprimento de suas novas atribuições assumidas em função do novo marco legal do saneamento básico. Este problema identificado possui uma natureza de Falha Regulatória, seja da regulação contratual ao não estabelecer nas cláusulas do contrato, de forma clara e completa, a metodologia de indenização dos bens reversíveis não depreciados e/ou amortizados ao término do contrato, seja da regulação discricionária que também não definiu claramente tais regras.

IV. CAUSA

5. A Lei nº 14.026/2020 também promoveu alterações na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, passando a estabelecer:

"Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições:

(...)

III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato; (grifo nosso)

(...)

Art. 42. (...)

§ 5º A transferência de serviços de um prestador para outro será condicionada, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos

¹ Compôs as análises da SEC o estudo da KPMG, no âmbito do contrato BRA10/640/38308/2020, com objetivo de apresentar um diagnóstico das metodologias aplicadas atualmente no setor de saneamento básico para fins de cálculo dos valores eventuais de indenização dos bens reversíveis não depreciados e/ou amortizados.



vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, facultado ao titular atribuir ao prestador que assumirá o serviço a responsabilidade por seu pagamento.”

6. O Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007, regulamentou a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispôs sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos. O Art. 33 do Decreto estabeleceu que:

“Art. 33. Os contratos de programa deverão, no que couber, atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e conter cláusulas que estabeleçam:

(...)

XII - os critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas ao prestador dos serviços, inclusive quando consórcio público, especialmente do valor dos bens reversíveis que não foram amortizados por tarifas e outras receitas emergentes da prestação dos serviços;

(...)”

7. O Decreto nº 10.710, de 31 de maio de 2021, regulamentou o art. 10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, ao estabelecer a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário. Os estudos de viabilidade econômica previstos no referido decreto não poderão prever indenização por valor residual de investimentos em bens reversíveis ao final do contrato, exceto se já prevista no contrato vigente até a data de publicação do Decreto.

8. A Lei nº 8.987/95 definiu que, uma vez extinta a concessão, os bens serão revertidos ao Poder Concedente mediante prévia indenização (aqueles que não tiverem sido amortizados e/ou depreciados). Esses bens são denominados bens reversíveis, que pelas suas características funcionais são considerados imprescindíveis para a continuidade da prestação dos serviços concedidos. Neste conjunto de ativos não estão relacionados os bens administrativos que, apesar da sua importância e utilidade na prestação do serviço, possuem características comuns que permitiriam o seu uso em outras destinações que não apenas a prestação do serviço o qual foi concedido, no caso do saneamento básico, para a exploração dos serviços de abastecimento de água e coleta de esgoto sanitário.

9. A Lei nº 14.026/20, na atualização do marco legal do saneamento básico, vedou a prestação dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, no entanto, ainda existem contratos de programa vigentes que foram celebrados antes da publicação da Lei nº 14.026/20 e que possam ter previsão de indenização dos investimentos ainda não depreciados e/ou amortizados ao término do contrato.

V. CONSEQUÊNCIAS

10. A inexistência de um padrão metodológico para indenização dos bens reversíveis ao término do prazo contratual resulta em um ambiente de instabilidade regulatória, acompanhado de riscos de litígios que aumentam o custo país, causando a sua precificação nos leilões para exploração dos serviços de águas e esgoto. Este cenário de insegurança, quanto a recuperação do capital investido, pode, além de aumentar o preço dos serviços, também afugentar novos investidores para o setor, prejudicando a expansão e melhoria dos serviços. O novo marco do saneamento tem como um dos objetivos basilares o desenvolvimento de uma política de atratividade ao capital privado para o desenvolvimento do setor de saneamento básico, trazendo segurança jurídica, previsibilidade e respeito aos contratos, porém um arcabouço regulatório e contratual fragilizado com regras omissas ou incompletas afeta diretamente o interesse dos investidores.

11. A justa indenização pelos ativos reversíveis e ainda não depreciados ou amortizados é condição *sine qua non* na equação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, uma vez que é pressuposto de um contrato para prestação do serviço público a recuperação do investimento, seja pelo fluxo das receitas tarifárias ao longo do prazo contratual ou pela indenização do valor residual dos ativos reversíveis. Ademais, um cenário de indefinição regulatória pode causar um recuo de novos investimentos pelo prestador de serviços ao não saber se recuperará tais investimentos ao longo do prazo contratual.

VI. ALTERNATIVAS METODOLÓGICAS

12. A experiência do setor de saneamento básico e de outros setores regulados permite conhecer as principais metodologias de avaliação de ativos, tanto para fins de base de remuneração como para fins de indenização ao término do contrato. São conhecidas as metodologias: i) Custo Histórico Contábil; ii) Valor Novo de Reposição; e iii) Valor Justo. Cada metodologia possui características próprias que as distingue das demais, e que merecem ser estudadas em um processo de estabelecimento de normas de referência sobre indenização de ativos de água e esgoto.

13. A metodologia do custo histórico contábil considera os custos de aquisição dos bens cujo registro contábil deve estar suportado por todas as informações relacionadas a aquisição e/ou construção desses bens, como o documento fiscal de aquisição. Por essa metodologia os registros contábeis estão sujeitos aos ajustes necessários para refletir o seu valor de realização.

Esses ajustes podem decorrer do resultado da verificação feita por auditores independentes e avaliadores e, ainda, representar perdas de valor (*impairment*).

14. Há corrente de pensamento que entende que esta metodologia tem a seu desfavor a ideia de transmitir um sinal de ineficiência, pois entende-se que o prestador de serviço possa ser estimulado a fazer aquisições imprudentes e os efeitos serem descarregados nos processos tarifários e de eventual indenização da parcela não amortizada e/ou depreciada dos bens reversíveis. A seu favor, tem-se a opinião de que essa metodologia é mais objetiva, pois o valor contábil, ajustado pelo teste de recuperabilidade, refletiria a realidade do patrimônio do prestador de serviço.

15. O Valor Novo de Reposição - VNR é uma metodologia presente em contratos de saneamento básico², porém não tão fortemente como no setor de energia elétrica. A metodologia do VNR tem como objetivo mensurar os ativos pelo seu valor atual caso fosse necessária à sua reposição, descontada a correspondente depreciação. Algumas características são associadas a esta metodologia, como a necessidade de se ter um banco de preço referencial atualizado e a realização de uma avaliação técnica, por profissionais qualificados, que confirmem a existência e condições físicas e operativas dos ativos. Há o entendimento de que o custo para a realização desse trabalho, incluindo deslocamento de equipe a campo e a emissão de laudo técnico de avaliação, é mais alto que a adoção da metodologia do custo histórico.

16. Outra metodologia de avaliação também presente nas discussões a respeito da indenização de ativos é a do *Fair Value* (Valor Justo). Essa metodologia observa a capacidade da empresa na geração de caixa futuro, tendo como método o fluxo de caixa descontado. Para essa análise é tomado como referência o plano de negócios da empresa. A avaliação pela metodologia do *Fair Value* é mais abrangente do que as metodologias do Custo Histórico Contábil e do Valor Novo de Reposição – VNR, uma vez que contempla outras variáveis que não apenas o bem reversível. São consideradas, dentre outras variáveis, as projeções de OPEX e CAPEX pelo prazo restante do contrato. Por se tratar de projeções, alguns consideram que essa metodologia é mais subjetiva, com risco de defasagem dos fluxos projetados, podendo resultar em litígios a respeito das premissas adotadas na projeção das receitas e a taxa de desconto utilizada. Em situações em que não há um plano de negócios vinculado ao contrato, o cálculo da indenização pode ser tornar mais complexo e subjetivo.

VII. OUTROS TEMAS

17. Além disso, é importante ponderar no processo de normatização sobre indenização de ativos a forma de extinção do contrato de prestação de serviço e como isso impacta a indenização. Dentre essas formas de extinção contratual que a Lei nº 8.987/95 previu,

² Dentre as agências infranacionais que incentivam o método do VNR estão Arsesp (NTF-00712016); Adasa (Audiência Pública 001/2010); Aresc (NT 001-04/01/2016) e Arce (CET 005/2018).



importa-se destacar aquelas que tem sido objeto de discussão e avaliação dos impactos: i) advento do termo contratual; ii) caducidade; e iii) encampação.

18. O advento do termo contratual é a modalidade de extinção mais comum, decorrente apenas da passagem do tempo, quando o contrato atinge o seu prazo final. Os arcabouços regulatórios tarifários, que preveem uma recuperação do capital investido na infraestrutura a partir da vida útil física dos bens, podem levar a um saldo de valor residual não amortizado e/ou depreciado a ser indenizado. Outra possibilidade é considerar, a depender do arcabouço regulatório e tarifário, uma vida útil regulatória que pressupõe a amortização completa no prazo de vigência do contrato, e assim, ao término por advento do termo contratual nenhuma indenização seria devida.

19. No entanto, quando se tratar de extinção antecipada por caducidade ou encampação outros aspectos devem ser considerados no valor final de indenização.

20. A caducidade da concessão é causada pelo prestador de serviço, que após descumpridas cláusulas contratuais, tendo ou não passado por sanções prévias, e a abertura de processo administrativo com direito a ampla defesa, tem seu contrato interrompido. Nessa circunstância de interrupção contratual, entende-se que ao valor de indenização dos bens reversíveis não amortizados e/ou depreciados devem ser descontadas as penalidades contratuais impostas ao prestador por ter dado causa a extinção do contrato.

21. A encampação pode ocorrer por interesse público, mediante lei autorizativa específica e prévio pagamento da indenização. Apesar a lei nº 8.987/95 não tratar de outras variáveis observáveis além dos bens reversíveis, como o pagamento pela outorga ainda não amortizado e os lucros cessantes, existe entendimentos jurídicos³ de que nessa forma de extinção antecipada outras compensações devem ser consideradas na indenização final. Essa corrente doutrinária indica que a retomada precoce da exploração do serviço, por única e exclusiva vontade da administração pública, deveria contemplar uma indenização mais ampla, pois a administração pública está provocando outros prejuízos patrimoniais, resultantes, direta ou indiretamente, da ruptura contratual. Assim, dependendo da metodologia adotada, deve-se somar ou subtrair valores ao valor final da indenização em decorrência da causa que deu fim ao contrato para que a indenização seja justa.

22. Oportuno também destacar que, apesar das reflexões comentadas sobre eventuais indenizações que contemplem outros danos decorrentes da extinção antecipada por caducidade e encampação, a norma de referência, objeto dessa tomada de subsídio, se restringirá ao alcance apenas dos bens reversíveis ainda não amortizados e/ou depreciados,

³ PRISCO, Alex Vasconcellos. A REPARAÇÃO DE DANOS AO CONCESSIONÁRIO NA ENCAMPAÇÃO DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: ANÁLISE DAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE INDENIZAR DA ADMINISTRAÇÃO.



conforme estabelece o inciso VII, § 1º, da Lei nº 14.026/20. Isto porque, além dos aspectos doutrinários, a definição sobre outras parcelas que compõem a indenização depende da modelagem contratual e da matriz de risco e, por isso, merecem ser endereçadas nas normas que tratam desses temas de forma mais ampla.

23. Ressalta-se que uma das premissas basilares do novo marco legal do saneamento básico é o respeito aos contratos vigentes. A citada norma de referência a ser emitida pela ANA tem por propósito orientar naqueles casos de contratos vigentes, omissos ou incompletos, quanto a esse tema. Quanto aos contratos futuros, estes serão discutidos oportunamente em outros processos específicos.

24. Um outro tema discutido que não tem uma conexão direta com o método de avaliação de ativos, mas que traz grande repercussão na fase pós indenização é o compartilhamento de infraestrutura. É de conhecimento que é muito comum no setor de saneamento básico o compartilhamento de infraestrutura como estações de tratamento de esgoto e de água por mais de um município.

25. Algumas questões são levantadas como a quem estará a responsabilidade pela titularidade do bem após a indenização do prestador de serviço (quando cabível). Um determinado bem pode ter sido custeado pela tarifa de vários municípios e este bem não ter sido totalmente depreciado ou amortizado. Nessa hipótese ilustrativa figuram-se como “proprietários” os municípios (Poderes Concedentes) que financiaram o ativo. É possível, por exemplo, que após eventual pagamento de indenização ao prestador de serviço o referido ativo em questão seja de usufruto dos municípios pagantes. É importante que haja regras claras que definam como seria o uso por cada ente participante naquele determinado ativo. Talvez o controle permaneça com algum dos municípios, porém o acesso dos demais deve ser garantido por algum instrumento contratual, como por exemplo um contrato de comodato entre as partes. Quanto ao pagamento da indenização, há um entendimento preliminar que a responsabilidade é limitada a participação de cada ente na aquisição/construção do bem. Agora há que se pensar nos critérios para definir a quota parte de cada município proprietário.

VIII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

26. A presente nota técnica tem por objetivo propor a realização de tomada de subsídios, pela internet, para colher contribuições ao processo de elaboração da norma de referência de indenização de ativos para os segmentos de água e esgoto prevista na agenda regulatória da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA para o biênio 2021-2022, para contratos vigentes.



27. Nesse contexto de aperfeiçoamento da regulação setorial, recomenda-se a realização de tomada de subsídios, pela internet, para colher contribuições relevantes para a elaboração do Relatório de Análise do Impacto Regulatório. Para tanto, sugere-se a disponibilização de questionário eletrônico na internet contendo as questões do anexo I e o fluxograma do anexo II proposto no estudo preliminar da KPMG⁴

Atenciosamente,

(assinado eletronicamente)
DIOGO RIBEIRO LOPES
Especialista em Regulação
Coordenador de Contabilidade Regulatória

De acordo.

(assinado eletronicamente)
CARLOS MOTTA NUNES
Superintendente de Regulação Econômica

⁴ Estudo da KPMG – *Ibid*



ANEXO I

Questões sobre as metodologias para mensuração dos ativos reversíveis indenizáveis ao término do prazo contratual.

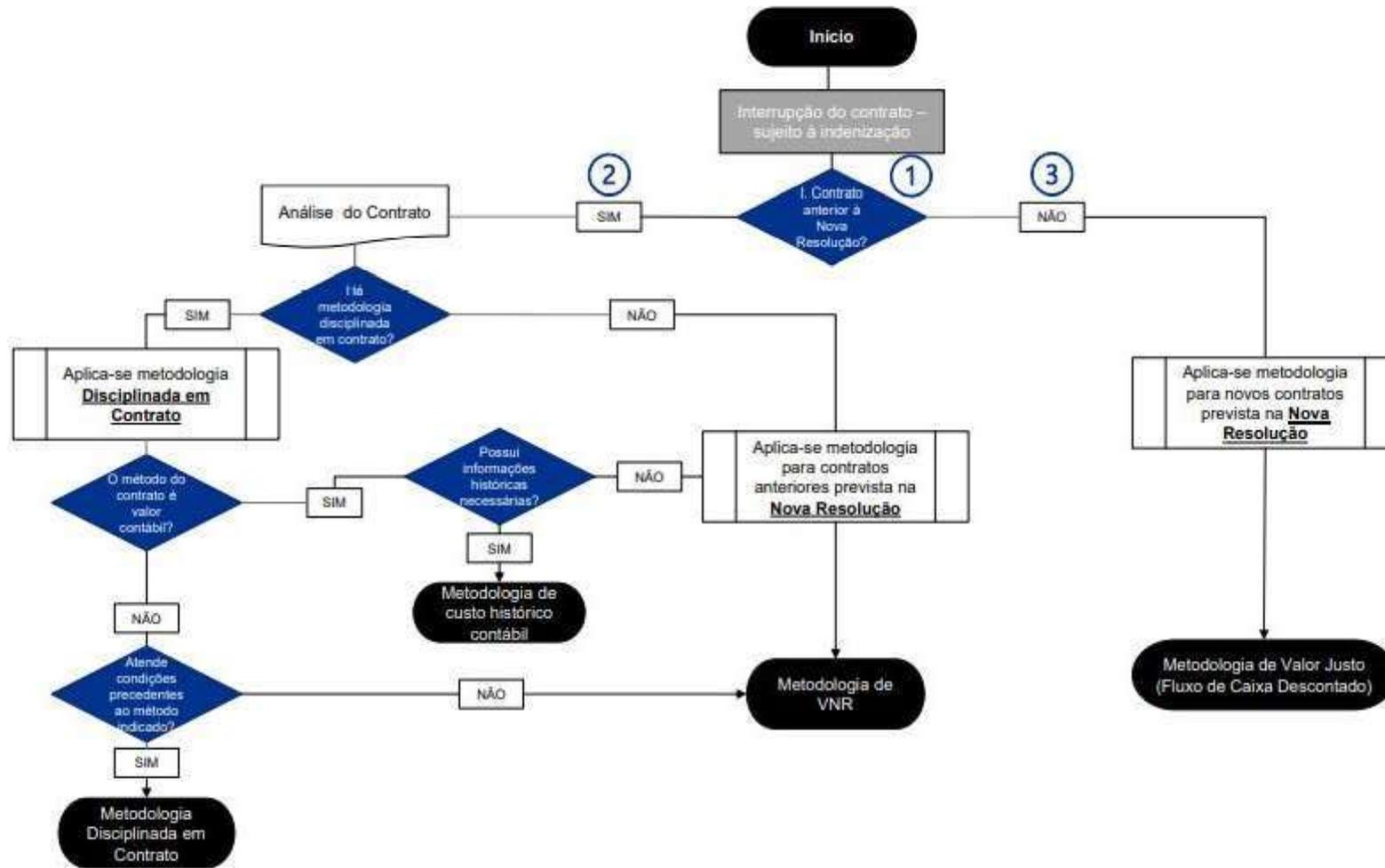
1. O diagnóstico preliminar indica que muitos contratos existentes são omissos ou incompletos em relação à metodologia para avaliação de bens reversíveis não amortizados e/ou depreciados para fins de indenização. Nessa linha, quais aspectos são mais relevantes a serem regulamentados sobre o tema?
2. Nas discussões técnicas temos basicamente debatido os modelos de avaliação: i) Valor ao Custo Histórico; ii) Valor Novo de Reposição – VNR; e iii) Valor Justo (*Fair Value*). Haveria outros modelos na literatura e nas experiências nacionais e internacionais que pudessem ser adotados para fins de indenização dos ativos? No caso afirmativo, quais são as características desses modelos? Você pode indicar referências bibliográficas sobre o modelo?
3. Na sua opinião, quais são as vantagens e desvantagens de cada modelo em discussão nos casos de contratos existentes e futuros?
4. À luz da legislação do setor de saneamento, haveria espaço para adoção de alguma metodologia que não fosse relacionada diretamente com a valoração dos ativos fixos de infraestrutura, como alguma metodologia que observe o negócio como um todo e não apenas a situação dos ativos? Caso afirmativo, poderia ser adotado um modelo que considere o fluxo de caixa do negócio como o *Fair Value*?
5. O setor elétrico brasileiro “consagrou” o Valor Novo de Reposição – VNR como modelo adequado para mensuração de ativos de infraestrutura tanto para fins de formação tarifária quanto indenização. Este setor é muito dinâmico, com necessidade permanente de atualização tecnológica, substituição de equipamentos e ampliação das redes. A avaliação do modelo mais adequado para indenização dos ativos deveria dentre outras questões considerar as características intrínsecas ao serviço de saneamento básico, como necessidade de intervenções ao longo do prazo contratual e capacidade de inspeção física dos ativos?

6. Há entendimento de que o modelo do custo histórico poderia trazer consigo investimentos não prudentes. Além disso, a “garantia” de que os investimentos realizados serão reconhecidos pelos custos de aquisição poderia causar um relaxamento da qualidade dos serviços. Qual é a sua opinião a respeito? Quais medidas poderiam ser adotadas para mitigar esses riscos?
7. Independentemente da metodologia, quais os riscos observados no setor de saneamento que influenciam na decisão de investimento e que poderiam ser considerados pela metodologia de indenização?
8. Independentemente da metodologia escolhida existe uma preocupação com relação aos ativos compartilhados entre vários municípios. Quem seria o responsável pelo pagamento da indenização? Com quem ficaria o controle e registro patrimonial desses ativos após o pagamento da indenização ao prestador de serviços? Como garantir o acesso à infraestrutura dos demais municípios após a indenização?
9. Baseado no fluxograma apresentado no anexo II, qual é a sua opinião a respeito? Concorda com a árvore de decisão sugerida para definição do modelo de avaliação de ativos?
10. Algumas agências reguladoras utilizam a BAR para cálculo das tarifas. Você considera adequado utilizar a BAR também para o cálculo da indenização? Por quê? Se não for utilizar a BAR, o inventário de bens feito para determinação da BAR pode ser utilizado no processo de determinação da indenização?
11. Você já participou ou tem conhecimento de algum processo de extinção do contrato de prestação do serviço em que houve necessidade de indenização? Se sim, qual foi a metodologia utilizada para o cálculo? Em sua visão, foi a metodologia correta? Houve acordo entre as partes ou judicialização? Se possível, fazer uma breve síntese do processo.



ANEXO II

Figura 1 – Fluxograma5 da árvore de decisão para a metodologia de avaliação de ativos



Estudo da KPMG – *Ibid.*