

PARECER DIREN Nº 001/2022

Florianópolis, 10 de março de 2022.

Ementa: Processo ARES n° 0857/2019.

Assunto: Alteração do art. 5º da Resolução ARES n° 115/2019.

A Diretoria de Regulação Econômica e Normatização vêm explicar acerca do pedido efetuado pela CASAN em sua Carta CT COMITE – 0077/2022, onde solicita alteração do art. 5º da Resolução ARES n° 115/2019.

A CASAN possui, atualmente, tipos diferentes de acordos com os municípios onde atua, sendo eles: Contrato Administrativo de Concessão, Contrato de Concessão sem licitação, Convênio de Cooperação técnica, Convênio de Concessão, Convênio de Outorga de Concessão, Convênio de Gestão Associada e Contratos de Programa.

Diante destes documentos, foi realizada pesquisa onde observou-se que, na Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais – ARSAE, a qual levou em conta as questões judiciais sobre o tema e emitiu a Resolução ARSAE-MG n. 160/21 para disciplinar o procedimento administrativo para o atendimento ao disposto no artigo 10-B, à nova redação da Lei n.11.445/07 e ao Decreto federal 10.710/21, sobre os contratos a serem considerados na avaliação da Capacidade Econômico-Financeira, a ARSAE-MG é clara:

Art. 7º Consideram-se regulares e em vigor todos os contratos mediante os quais se tenha delegado a prestação de serviços públicos de abastecimento de água ou de esgotamento sanitário, ou atividade deles integrante, bem como os seus termos de alteração, desde que não tenha havido:

I – o advento de seu termo extintivo;

II – distrato em comum acordo entre o prestador e o titular do serviço;

III – decisão administrativa decretando o término da delegação, salvo se a decisão estiver submetida à apreciação do Poder Judiciário;

IV – decisão judicial transitada em julgado decretando a extinção da delegação ou a manutenção de decisão administrativa com este objetivo.

§ 1º Não se consideram válidos os contratos mencionados no caput que tenham sido celebrados a partir do dia 16 de julho de 2020 e não tenham sido precedidos de licitação.

§ 2º O disposto no § 1º não se aplica aos termos aditivos contratuais.

§ 3º A eventual comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador, em nenhuma hipótese, justificará convalidação dos contratos, instrumentos ou relações irregulares ou de natureza precária.

O § 2º do artigo 25 da Lei n. 11.445/07 define que se compreendem, nas atividades de regulação dos serviços de saneamento básico, a interpretação e a fixação de critérios para a fiel execução dos contratos, dos serviços e para a correta administração de subsídios. Esta equipe técnica entendeu que a regulamentação/interpretação dada pela ARSAE-MG proporciona maior segurança jurídica à prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, inclusive obrigando a prestadora de serviços a executar investimentos para atender às metas de universalização, ainda que os instrumentos jurídicos não sejam, especificamente, contrato de programa.

Para realização de avaliação econômico-financeira por parte da ARES, em atendimento ao Decreto Federal nº 10710/2021, observamos que o estudo de viabilidade apresentado pela empresa considerou todos os seus contratos regulares e em vigor. Fundamentando este estudo, a CASAN apresentou o documento emitido pela empresa de consultoria jurídica MANESCO, RAMIRES, PEREZ, AZEVEDO MARQUES Sociedade de Advogados. Este documento contém *Opinião Legal* para a seguinte questão: “*Quais contratos devem ser considerados para a elaboração do estudo de viabilidade para fins de comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador em cumprir com as metas de universalização?*”.

Dentre as justificativas elencadas e análise contidas no parecer do grupo *MANESCO et al.*, destacam-se os dispositivos legais mencionados, que são o art. 7º e o art. 21 do Decreto 10.710/2021:

*Art. 7º, § 6º. Os estudos de viabilidade não deverão considerar receitas e despesas provenientes de **relações jurídicas precárias**, observado o disposto no inciso V do caput do art. 18. (Grifo Aresc).*

*Art. 21. A eventual comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador, em nenhuma hipótese, justificará convalidação dos contratos, instrumentos ou **relações irregulares ou de natureza precária**. (Grifo Aresc).*

Por conseguinte, temos que a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA aprovou a sua Norma de Referência nº. 2 para regulação dos serviços públicos de saneamento básico, onde dispõe sobre a padronização de aditivos aos Contratos de Programa e de Concessão para a prestação de serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário para incorporação das metas previstas no artigo 11-B da Lei n. 11.445/07.

Esta normativa, que regulamenta os aditivos contratuais, apresenta segregação clara indicando quais contratos podem ser aditivados: Contratos de Programa nos termos da Lei n. 11.107/05 e contratos, convênios e instrumentos congêneres firmados anteriormente à Lei n. 11.107/05:

§ 1º. Os preceitos desta norma aplicam-se:

*II - aos contratos denominados de concessão, **bem como aos convênios de cooperação e aos instrumentos congêneres firmados entre os titulares dos serviços públicos e os prestadores de serviço, celebrados de forma direta, sem licitação, anteriormente à vigência da Lei nº 11.107/2005.** (Grifo Aresc)*

*§ 3º. **Aplicam-se aos contratos, aos convênios e aos instrumentos congêneres mencionados no inciso II do §1º do art. 1º desta Norma de Referência as regras aplicáveis aos Contratos de Programa.** (Grifo Aresc)*

E também a Lei Nacional de Saneamento Básico – LNSB, conforme diz a *Opinião Legal* elaborada pela *MANESCO et al.*, encaminhada, a seguir:

“em sua redação original, ao mesmo tempo em que previa que “[a]prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária” (art. 10, caput), também previa que dessa regra se exceptuavam “os convênios e outros atos de delegação celebrados até o dia 6 de abril de 2005.”

“ A lei, portanto, conferiu certeza jurídica de que são válidos todos os convênios e atos de delegação da prestação de serviços públicos de saneamento básico, com fundamento na cooperação federativa, celebrados até o dia 6 de abril de 2005, eis que, logo após, entrou em vigor a Lei 11.107/2005, que passou a exigir para tais hipóteses o contrato de programa”

“A concessão imprópria, conceito cunhado por Geraldo ATALIBA, era o utilizado para designar “vínculos jurídicos que se prestam meramente a distribuir competências dentro da Administração Pública, no mesmo âmbito federativo ou entre entes distintos da federação” (AZEVEDO MARQUES, op. cit., loc. cit., p. 321). Com a edição da Lei 11.107, de 2005 – Lei de Consórcios Públicos, essa modalidade de “concessão”, no que se refere à prestação de serviços públicos em regime de cooperação federativa, passou a não mais se admitida, porque substituída pelo contrato de programa, sendo, inclusive, considerada, a partir da mencionada lei, como ato de improbidade administrativa (art. 10, caput, inciso XIV, da Lei 8.429, de 21 de junho de 1992). No campo do saneamento básico, como já se viu acima, em razão do art. 10, §

1º, II, da LNSB, tais concessões impróprias, desde que celebradas antes do advento da Lei 11.107, de 2005, foram reconhecidas.”

Os estudos de viabilidade entregues pela CASAN contêm fluxos de caixa referentes a 178 municípios, com os quais possui contrato regular em vigor. Sabe-se que a empresa atende, atualmente, um número total de 194 municípios. Os critérios utilizados para exclusão destes municípios dos estudos apresentados para comprovação de sua capacidade econômico-financeira foram, segundo o mesmo documento da MANESCO, o advento dos termos contratuais (um total de 13 municípios) e/ou sua não localização/inexistência (03 municípios), conforme tabela abaixo:

INSTRUMENTO	MUNICÍPIOS	OBSERVAÇÃO
Concessões impróprias	60	
Contratos de Programa	49	
Convênios de Cooperação	68	Um dos Municípios é paranaense.
Gestão Compartilhada	1	
Instrumentos em que houve o advento do termo extintivo previsto	13	
Não localizado/inexistente	3	
TOTAL	194	

Tabela 1: Tipos de Contratos da CASAN

O entendimento desta equipe, portanto, é o de que seria prejudicial ao município com vínculo contratual por convênio de gestão associada (ou outro instrumento que não o contrato de programa) ser desconsiderado na questão de arrecadação e repasse de valores ao Fundo Municipal de Saneamento Básico legalmente instituídos.

Além disso, as questões econômicas e financeiras devem ser consideradas. Conclui-se ilógica, portanto, a não consideração destes municípios por parte de regramento desta Agência de Regulação para acesso a recursos legalmente autorizados através do art. 13 da Lei Federal 11.445/2007:

Art. 13. Os entes da Federação, isoladamente ou reunidos em consórcios públicos, poderão instituir fundos, aos quais poderão

ser destinadas, entre outros recursos, parcelas das receitas dos serviços, com a finalidade de custear, na conformidade do disposto nos respectivos planos de saneamento básico, a universalização dos serviços públicos de saneamento básico.

Estes municípios com contratos diversos dos que são denominados “de Programa”, são parte da realidade do prestador de serviços até o momento do termo extintivo destes contratos. Independentemente do instrumento jurídico que rege a prestação de serviços, a sua composição faz parte do equilíbrio econômico e financeiro do prestador ora avaliado.

Buscando atender ao definido em Lei Federal 11.445/2007, e também no Decreto que regulamenta o art. 10-B da mesma Lei, esta GTARI/DIREN vêm solicitar apreciação da MINUTA que altera a Resolução Aresc em seu art. 5º, para que os demais municípios atendidos pela CASAN passem ter acesso aos recursos do repasse aos Fundos Municipais de Saneamento Básico – FMSB.

Solicitamos, então, autorização da Diretoria Colegiada para abertura de consulta pública por 30 dias.

(Assinado Digitalmente)

Eng. Cintia Guimarães da Cunha Pimentel
Gerente de Gestão de Tarifas

(Assinado Digitalmente)

Eng. Marnio Sebastião Graciosa
Gerente de Ativos e Contabilidade Regulatória

(Assinado Digitalmente)

Guilherme Mauzer Casarotto
Gerente de Normatização

(Assinado Digitalmente)

Eng. Luiza Kashny Borges Burgardt
Gerente de Fiscalização de Saneamento Básico e Recursos Hídricos

(Assinado Digitalmente)

Silvio Cesar dos Santos Rosa
Diretor de Regulação Econômica e Normatização, em exercício



Assinaturas do documento



Código para verificação: **OZ956B8Z**

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

- ✓ **GUILHERME MAUZER CASAROTTO** (CPF: 050.XXX.089-XX) em 11/03/2022 às 18:57:17
Emitido por: "SGP-e", emitido em 13/07/2018 - 14:02:38 e válido até 13/07/2118 - 14:02:38.
(Assinatura do sistema)
- ✓ **SILVIO CESAR DOS SANTOS ROSA** (CPF: 295.XXX.129-XX) em 14/03/2022 às 10:38:53
Emitido por: "SGP-e", emitido em 13/07/2018 - 15:08:37 e válido até 13/07/2118 - 15:08:37.
(Assinatura do sistema)
- ✓ **LUÍZA KASCHNY BORGES** (CPF: 085.XXX.999-XX) em 14/03/2022 às 13:48:01
Emitido por: "SGP-e", emitido em 21/02/2019 - 14:31:48 e válido até 21/02/2119 - 14:31:48.
(Assinatura do sistema)
- ✓ **MARNIO SEBASTIÃO GRACIOSA** (CPF: 432.XXX.809-XX) em 14/03/2022 às 18:59:10
Emitido por: "SGP-e", emitido em 13/07/2018 - 14:47:39 e válido até 13/07/2118 - 14:47:39.
(Assinatura do sistema)
- ✓ **CINTIA GUIMARÃES DA CUNHA PIMENTEL** (CPF: 036.XXX.039-XX) em 15/03/2022 às 12:13:54
Emitido por: "SGP-e", emitido em 13/03/2019 - 12:18:00 e válido até 13/03/2119 - 12:18:00.
(Assinatura do sistema)

Para verificar a autenticidade desta cópia, acesse o link <https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo/conferencia-documento/QVJFU0NfMTMxMDIfMDAwMDA4NTIfODgxXzlwMTdfT1o5NTZCOFo=> ou o site

<https://portal.sgpe.sea.sc.gov.br/portal-externo> e informe o processo **ARESC 00000859/2017** e o código **OZ956B8Z** ou aponte a câmera para o QR Code presente nesta página para realizar a conferência.