

Conselho Diretor

VOTO

Protocolo nº: 18.473.885-6
Interessado: Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar
Assunto: Recurso da Sanepar contra decisão sobre capacidade econômico-financeira
Data: 28/03/2021

Ementa: Saneamento básico. Sanepar. Novo Marco Legal do Saneamento Básico. Recurso interposto em face da decisão que deliberou sobre atestado de capacidade econômico-financeira. Capacidade atestada com ressalvas. Insurgência em face das ressalvas. Provimento parcial do recurso.

I - RELATÓRIO

1. A Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar interpôs recurso contra a decisão deste Conselho Diretor (mov. 46), proferida na Reunião nº 7/2022, a qual decidiu, por unanimidade, no sentido de:

a) referendar a aprovação da Sanepar na primeira etapa da avaliação da sua capacidade econômico-financeira nos termos do item 2.3;

b) atestar em segunda etapa, com ressalvas elencadas (item 2.4.7 do voto), a capacidade econômico-financeira da Sanepar para atender em 296 municípios, incluindo Porto União/SC, as metas de universalização e as metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento, previstas no art. 11-B, caput, da Lei n.º 11.445/2007; e

c) não atestar em segunda etapa a capacidade econômico-financeira da Sanepar para atender nos 35 municípios (listados às fls. 266 e 270-271 do mov. 39) as metas de universalização e as metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento, previstas no art. 11-B, caput, da Lei n.º 11.445/2007, porque não foram apresentadas as estimativas de investimentos e os fluxos de caixa.

2. Em seu recurso (mov. 52), a Sanepar requer a reforma da decisão, em síntese, para: **a)** retirar as ressalvas na comprovação da Sanepar, em relação a temas que são estranhos ao procedimento, seja porque objeto de outro procedimento (como o previsto no art. 9º da NR 2/ANA), seja porque é matéria defesa ao regulador, algumas inclusive de competência do próprio titular (como a definição da entidade da reguladora); **b)** incluir 35 municípios (rectius: 21) na comprovação, porque defeso ao regulador ignorar contratos válidos e em vigor, sob o

Conselho Diretor

VOTO

Protocolo nº: 18.473.885-6
Interessado: Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar
Assunto: Recurso da Sanepar contra decisão sobre capacidade econômico-financeira
Data: 28/03/2021

argumento de que o seu respectivo termo extintivo é inferior a 2033, uma vez que o Decreto 10.710/2021 prevê que tais contratos devem ser considerados.

3. Os autos foram enviados à manifestação das coordenadorias envolvidas no assunto, tendo sido elaborada e inserida a Informação Técnica nº 20/2022 – CES/DRE (mov. 56), que é subscrita não apenas por servidores da Diretoria de Regulação Econômica (DRE), mas também das Diretorias de Fiscalização e Qualidade dos Serviços (DFQS) e de Normas e Regulamentação (DNR). Nessa manifestação foram abordadas as impugnações apresentadas pela Sanepar em seu recurso.

4. Determinada (mov. 57) e realizada (mov. 58) a distribuição dos autos, fui designado relator, e solicitei a inclusão em pauta de julgamento nesta reunião extraordinária, em razão da necessidade de observância aos prazos legais (Marco do Saneamento) e regulamentares (em especial, Decreto Federal nº 10.710/2021 e Resolução nº 45/2021 – Agepar).

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

5. A questão de fundo versa sobre recurso apresentado pela Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar em face da decisão deste Conselho Diretor que analisou a comprovação de capacidade econômico-financeira nos termos do disposto no Decreto Federal nº 10.710/2021, como requisito indispensável para a celebração de termos aditivos para a incorporação das metas de universalização aos respectivos contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável e/ou de esgotamento sanitário previstos no § 1º e no inciso III do § 2º do Art. 11-B da Lei nº 11.445/2007.

6. O procedimento adotado para a referida comprovação foi disciplinado na Resolução nº 45/2021 – Agepar, aprovada na Reunião nº 36/2021 deste Conselho Diretor. Esse mesmo ato normativo estipulou o período recursal entre os dias 8 e 21 de março de 2022; também se previu que o prestador de serviço poderia recorrer da decisão por “não concordar com o dispositivo ou com um ou mais de seus fundamentos” ou por “entender que há erros materiais, omissões ou obscuridades”.

7. O recurso foi interposto pela Sanepar, por meio de seu Diretor-Presidente e Consultor

Conselho Diretor

VOTO

Protocolo nº: 18.473.885-6
Interessado: Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar
Assunto: Recurso da Sanepar contra decisão sobre capacidade econômico-financeira
Data: 28/03/2021

Jurídico – portanto, com adequada representação jurídica, e foi apresentado no dia 21 de março, portanto, tempestivamente.

8. O recurso da Sanepar inicia defendendo a impossibilidade de reforma para pior (“non reformatio in pejus”), nos termos da lei federal do processo administrativo, e aborda, na sequência, os tópicos que serão analisados a seguir:

a) Da inclusão de metas de universalização, de não-intermitência, de perdas e de melhoria de qualidade da prestação de serviços

9. A Sanepar, quanto a este ponto, argumenta que a Agepar “previu como ressalva aspecto que não integra, de forma objetiva e específica, a verificação da capacidade econômico-financeira da Sanepar. É tema, como se viu, para se verificar depois, em procedimento diverso – previsto no art. 9º da NR 2/ANA”.

10. Diz, ainda, que a conclusão pelo não atendimento é diversa da irregularidade do contrato, também porque “a lei prevê que a comprovação da capacidade econômico-financeira é adstrita ao cumprimento das metas de universalização (Art. 11-B, caput), não cabendo – especialmente em matéria que prevê obrigações ou condicionantes – a interpretação extensiva, como a que parece ter sido adotada pela Agepar”.

11. Este ponto é alvo de grandes debates no cenário nacional. Não há como ignorar que a tardia edição do Decreto Federal nº 10.710, de 2021, se confrontado ao prazo previsto no parágrafo único do art. 10-B do Marco Legal, impediu o adequado amadurecimento sobre os procedimentos exigidos para comprovação da capacidade econômico-financeira das concessionárias e, também, a necessária discussão sobre o conteúdo dos termos aditivos a serem celebrados. Tanto é que chegou a ser impetrado, junto ao Supremo Tribunal Federal, pedido de adiamento do prazo, embora posteriormente indeferido¹.

12. Há, portanto, um cenário atual de instabilidade, que irá perdurar até que se chegue a certo consenso do que efetivamente deve ser exigido dos prestadores. A propósito, no dia 23 deste mês, portanto, há menos de uma semana, a Associação Brasileira de Agências de Regulação promoveu debate justamente sobre o tema por meio da Câmara Técnica de

¹ O Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Mandado de Segurança nº 38226, negou pedido de prorrogação do prazo estipulado pelo Decreto Federal nº 10.710, de 2021 (Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=478837&ori=1> Acesso em 28 de março de 2022).

Conselho Diretor

VOTO

Protocolo nº: 18.473.885-6
Interessado: Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar
Assunto: Recurso da Sanepar contra decisão sobre capacidade econômico-financeira
Data: 28/03/2021

Assuntos Institucionais, de Governança e Controle Social – CTJI-GCS, com a participação de servidores desta Agência, tendo sido possível perceber que, no contexto nacional, ainda não há um caminho único a ser percorrido.

13. Por outro lado, essa instabilidade não deve prejudicar o administrado, no caso, a Concessionária e os Municípios. Há que se aplicar aqui a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro² para privilegiar o *consequencialismo* das decisões tomadas pela Agência.

14. Feito esse registro, a recorrente parecer ter razão ao dizer se adotou como “ressalva” aspecto que não integra, de forma objetiva e específica, a verificação da sua capacidade econômico-financeira, quais sejam: as metas intermediárias, de não-intermitência, de perdas e de melhoria de qualidade da prestação de serviços.

15. Neste ponto, deve ser reconhecido que, de fato, trata-se de categorias diferentes e cujo descumprimento pode, de fato, ter efeitos diversos. Aqui, portanto, deve ser acolhido o recurso da Companhia.

16. No entanto, o que se afirmou – e aqui deve ser reiterado – é que, ainda que acolhido este argumento da Companhia, não há dúvida de que todas essas metas devem ser incluídas nos termos aditivos, cujos prazos para celebração **coincidem com o prazo para o atestado da capacidade econômico-financeira, isto é, 31 de março próximo**.

17. Isso se extrai da interpretação literal do art. 11-B da Lei n.º 11.445/2007:

Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

§ 1º Os contratos em vigor que não possuírem as metas de que trata o caput deste artigo terão até 31 de março de 2022 para viabilizar essa inclusão.

² Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Conselho Diretor

VOTO

Protocolo nº: 18.473.885-6
Interessado: Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar
Assunto: Recurso da Sanepar contra decisão sobre capacidade econômico-financeira
Data: 28/03/2021

18. Portanto, diante do contexto de instabilidade de entendimentos sobre o tema, afasta-se a ressalva constante do voto original quanto às metas intermediárias, de não-intermitência, de perdas e de melhoria de qualidade da prestação de serviços como requisito para a comprovação da capacidade econômico-financeira da prestadora. Exige-se, porém, que tais metas constem – efetivamente – dos termos aditivos a serem celebrados com os Municípios, tal como restou registrado na deliberação ora recorrida (item 2.4.4.3.2, do voto original – mov. 46).

b) Da previsão da Agepar no termo de atualização

19. A Sanepar argumenta que não cabe à Agepar exigir que se “estabeleça o ente regulador, competência que deriva da própria titularidade do serviço, e que cabe, justamente, ao titular – o Município –, seja isoladamente ou, na prestação regionalizada, seja de forma colegiada nas estruturas de governança na Microrregião”.

20. Quanto a este ponto, ratifico a manifestação técnica da Agência, segundo a qual a “recomendação (...) foi no sentido de compatibilizar a previsão trazida pela Sanepar nos Termos de Atualização aos termos aditivos individualizados. Assim, salvo melhor juízo, não há controvérsia quanto à ressalva feita pela decisão do Conselho-Diretor, **uma vez que a própria Sanepar incluiu nos Termos de Atualização a previsão da regulação pela Agepar**”.

21. Reitere-se: a decisão do Conselho Diretor não impôs a regulação por meio da Agepar. Isso já foi previsto pela própria Companhia nas minutas de termo de atualização encaminhadas. O que se decidiu foi a necessidade de compatibilização desses documentos (termos de atualização) com o contido nos termos aditivos. Feito esse registro complementar, não há o que reformar, portanto, na decisão do Conselho Diretor quanto a este ponto.

c) Da comprovação parcial de capacidade econômico-financeira da Sanepar

22. Diz a Sanepar que há, neste ponto, erro formal e material. O aspecto formal é que, em vez de 35, seriam em número de 21 os contratos com Municípios desaprovados (“foram somados os contratos em que, na opinião da Agepar, teria havido descumprimento dos critérios (2) e (3), sendo que um conjunto de contratos engloba o outro, não tendo que se

Conselho Diretor

VOTO

Protocolo nº: 18.473.885-6
Interessado: Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar
Assunto: Recurso da Sanepar contra decisão sobre capacidade econômico-financeira
Data: 28/03/2021

falar em soma”).

23. O aspecto material é que, embora o Decreto Federal nº 10.710/2021 tenha estabelecido a possibilidade de se prever metas proporcionais nas situações de contratos cujos prazos de vencimento sejam anteriores a 31 de dezembro de 2033, “foi impossível para a Sanepar mensurar investimentos em termos de metas físicas”. No entanto, “os instrumentos contam com investimentos próprios dos contratos (principalmente relativos ao serviço de abastecimento de água) e, em razão de solicitação da Agepar, se compromete a Sanepar à inclusão de investimentos “intermediários”, que serão verdadeiras obrigações de meios preparatórias para implementação das metas físicas exigidas pelo NMSB, ainda que essas sejam efetivadas, de fato, somente pelo próximo prestador”.

24. Quanto ao aspecto formal, tem razão a Sanepar: “o número correto de contratos a serem desconsiderados é de 21 municípios/contratos (...), conforme apontado no parágrafo 49 do recurso da Sanepar e apresentado na Informação Técnica 13/2022 CES/DRE (Mov. 39, fls. 270)” (Informação Técnica nº 20/2022 – CES/DRE, mov. 56). Neste ponto, portanto, acolhe-se o recurso para corrigir-se o erro formal apontado.

25. Por outro lado, quanto ao aspecto material, deve ser mantida a conclusão contida no voto proferido na RECD nº 7/2022, relativamente aos municípios cujos contratos se encerrarão “em pouco tempo” (antes de 2033). Como constou da deliberação anterior este Conselho, “é plausível a alegação da Sanepar de que faltou tempo hábil para realização das necessárias atividades de engenharia, porém, sem as estimativas de investimentos e os fluxos de caixa adaptados às metas de universalização não foi possível analisar a capacidade econômico-financeira da Companhia para cumprir suas novas obrigações relativas a esses 35 municípios”.

26. Com efeito, o prazo para a Companhia enviar os elementos necessários à análise pelo ente regulador encerrou-se em 31 de dezembro de 2021³ e foi regulamentado pela Resolução nº 45/2021 – Agepar, que permitiu o suprimento de omissões e erros materiais até 4 de janeiro de 2022, inviabilizando, por outro lado, qualquer complementação depois desse período (“Serão desconsiderados aditamentos ao requerimento aqueles apresentados após o dia 4 de janeiro de 2022”, conforme § 2º do art. 4º).

³ Art. 4º. O prestador de serviços deverá entregar o requerimento de comprovação da capacidade econômico-financeiro, nos termos do Decreto Federal nº 10.710/2021, por via digital pela plataforma eProtocolo, endereçado à Agepar **até o dia 31 de dezembro de 2021**.

Conselho Diretor

VOTO

Protocolo nº: 18.473.885-6
Interessado: Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar
Assunto: Recurso da Sanepar contra decisão sobre capacidade econômico-financeira
Data: 28/03/2021

27. A normativa editada decorreu de expressa previsão do Decreto Federal nº 10.710, de 2021, de modo que não havia margem para normatização diversa no âmbito desta Agência. Confira-se: “Art. 10. O prestador deverá apresentar requerimento de comprovação de capacidade econômico-financeira junto a cada entidade reguladora responsável pela fiscalização de seus contratos até 31 de dezembro de 2021”.

28. No presente caso, constou da decisão ora recorrida que a Sanepar deixou de apresentar documentação em relação a esses Municípios em razão da “Falta de tempo hábil para as atividades de engenharia necessárias”. Embora compreensível, não há como se chegar a outra conclusão, senão a de que, em relação a esses contratos, não há como atestar a capacidade econômico-financeira.

29. A afirmação da Companhia de que se trata de avaliação da capacidade econômico-financeira “do prestador” (e não do contrato) é apenas parcialmente verdadeira, já que, após exigir “o cumprimento de índices referenciais mínimos dos indicadores econômico-financeiros” (inc. I, do art. 4º), o Decreto Federal nº 10.710, de 2021, exigiu a inclusão de estudos de viabilidade e do plano de capacitação (inc. II, do art 4º), mediante a inclusão de metas individuais, contrato a contrato, e a sua prévia avaliação pelo ente regulador.

30. Em outras palavras, como constou na Informação Técnica nº 20/2022 – CES/DRE (mov. 56), “entende-se que o atestado da capacidade necessariamente envolve uma prestadora de serviço e um escopo de contratos a que se destinam os investimentos necessários ao atendimento das metas”.

31. Acolhe-se, portanto, o recurso para corrigir a falha formal, rejeitando-se, porém, a alegação de falha material na análise dos contratos municipais para os quais a Companhia deixou de apresentar documentos relativos à comprovação da capacidade econômico-financeira.

III – DISPOSITIVO

32. Pelo exposto, propõe-se como decisão deste Conselho Diretor **conhecer** o recurso interposto pela Companhia de Saneamento do Paraná e, no mérito, **dar-lhe parcial provimento**, exclusivamente para:

Conselho Diretor

VOTO

Protocolo nº: 18.473.885-6
Interessado: Companhia de Saneamento do Paraná – Sanepar
Assunto: Recurso da Sanepar contra decisão sobre capacidade econômico-financeira
Data: 28/03/2021

(a) afastar a ressalva quanto às metas intermediárias, não-intermitência, de perdas e de melhoria de qualidade da prestação de serviços exclusivamente como requisito para obtenção do atestado de capacidade econômico-financeira;

(b) complementar, quanto à inclusão da Agepar como ente regulador, que se tratou de ressalva exclusivamente para compatibilização dos documentos (termos de atualização e termo aditivo) e não imposição do ente regulador;

(c) reconhecer o erro formal e retificar o item 3.1 “c” do voto original (mov. 46), de modo que passe a constar 21 Municípios, e não 35. Assim, deve-se emitir atestado de capacidade econômica da Sanepar para atender 310 Municípios, e não 296, como constou originariamente.

33. Providencias administrativas: i) notificação imediata à Sanepar a respeito da presente decisão; ii) edição e publicação de Resolução que aprove a capacidade econômico-financeira da Sanepar, nos termos do voto contido no mov. 46, complementado por este; iii) juntada da Ata da presente Reunião Extraordinária, devidamente assinada pelos participantes; iv) encaminhamento à DRE para que promova a juntada da cópia deste processo nos sistemas pertinentes da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, nos termos do Novo Marco Legal do Saneamento Básico.

Bráulio Cesco Fleury
Conselheiro-Relator
Diretor de Normas e Regulamentação