

PARECER

**OS PROBLEMAS DO SANEAMENTO DE TAQUARI
E AS DECISÕES A SEREM TOMADAS PELO
MUNICÍPIO TENDO PRESENTE CENÁRIO DE
REGIONALIZAÇÃO INADEQUADA,
DESCUMPRIMENTOS CONTRATUAIS PELA
CORSAN, QUE ESTÁ POR TER AÇÕES QUE
REPRESENTAM SEU CONTROLE ACIONÁRIO
ALIENADAS, E AS EXIGÊNCIAS DO NOVO
MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO**

CONSULENTE

MUNICÍPIO DE TAQUARI

Dezembro de 2022

PARECER

EMENTA:

I - A essencialidade do direito ao abastecimento de água e ao esgotamento sanitário traz como consequência o dever objetivo de busca do seu atendimento pelo gestor público, que deve tomar todas as providências ao seu alcance para que os serviços públicos a ele inerentes sejam efetivados;

II - O fato de que as leis estaduais de desestatização da CORSAN e de regionalização dos serviços de saneamento foram feitas sem critérios técnicos, e que a segunda foi feita com preocupação exclusiva na primeira, gera insegurança jurídica aos municípios, que, se aderirem à regionalização proposta, perdem poder quanto ao destino de seus serviços na área de saneamento;

III - Se houver a constatação, em face de laudo técnico de engenharia, que o contrato vem sendo descumprido, caberá ao Município tomar as medidas necessárias à apuração das causas do descumprimento, bem como à aplicação das penalidades legal e contratualmente previstas. Para tanto, deverá determinar a abertura de processo administrativo com esta finalidade, dando ciência de sua abertura à Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Rio Grande do Sul - AGERGS, à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA, ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul - TCE-RS e ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul - MP-RS;

IV - Caso constatado o descumprimento, poderá o Senhor Prefeito Municipal decidir, dentro de sua margem de discricionariedade administrativa, por (i) intervir na concessão, para adequar a execução do contrato às determinações legais, regulamentares e contratuais pertinentes ou (ii) por tomar as medidas tendentes à apuração de responsabilidade com a possível aplicação da pena de caducidade;

V - Caso a escolha do gestor municipal seja pela intervenção na concessão, o que poderá ser feito se

elemento probatório idôneo indicar que a ausência de tratamento adequado possa colocar em risco a saúde do cidadão do Município, deverá ele fazer, nos termos do art. 32 e seguintes da Lei nº 8.987, de 1995, expedir decreto de intervenção, no âmbito do qual designará interventor e estabelecerá os limites e extensão da medida;

VI - Escolhendo realizar a abertura de processo com vistas à apuração de descumprimento contratual e possível aplicação de pena de caducidade, deverá notificar a CORSAN sobre as irregularidades havidas, dando prazo para a regularização, sob pena de abrir o processo de inadimplência;

VII - Caso venha a ocorrer a venda de ações da CORSAN, abre-se outra causa extintiva do contrato que deverá ser objeto de apuração. O fato de haver em andamento intervenção na concessão ou processo administrativo com o sentido de apurar a inadimplência e possível aplicação da pena de caducidade não afasta a necessidade de abertura de processo especificamente para tal fim, com possível aplicação de pena de caducidade;

VII - Ainda que se intepretasse, *ad argumentandum tantum*, a cláusula extintiva contratual como não mais integrante do ordenamento jurídico, o art. 27 da Lei nº 8.987, de 1995, traz como hipótese de extinção a alteração societária sem o consentimento do Poder Concedente;

VIII - No sentido de cumprir as metas determinadas em lei para a universalização dos serviços de saneamento, o Município deve tomar as medidas necessárias para esse fim. Daí que, presente estudo com total adequação à lei, nos termos de Manifestação de Interesse Público (MIP) para a estruturação de Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), com os instrumentos adequadamente disciplinados, sugere-se que o Município dê início, incontinentemente, a esse procedimento.

I – Introdução

O Prefeito Municipal de Taquari, preocupado com o destino do saneamento do Município, honra o parecerista com a consulta sobre os procedimentos que devem ser tomados para atingir as metas a serem alcançadas em função do Novo Marco Legal do Saneamento

Básico, da regionalização cuja lei divide Municípios entre os que possuem e os que não possuem contratos com a CORSAN, concessionária do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário que vem descumprindo o contrato mantido com o Município, bem como das regras contratuais que levam ao rompimento do vínculo em função da iminente possibilidade de que aquela Companhia Estadual venha a não mais integrar a Administração Pública.

A preocupação é legítima e tem pertinência lógica com a tomada de decisão que repercutirá para as futuras gerações de taquarienses. Para enfrentar o tema, o parecer será estruturado em sete partes. Após a breve introdução que aqui se faz, tratar-se-á do dever jurídico do gestor público de manter adequado serviço de saneamento, notadamente de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

Na sequência, tratar-se-á da regionalização prevista na legislação estadual e a inserção do Município em seu bojo.

Enfrentar-se-á, na quarta parte, o descumprimento contratual da CORSAN no âmbito das obrigações que decorrem do contrato de programa e o que deve ser realizado pelo Município para esse fim. Nesse ponto, os procedimentos a serem levados a efeito serão delineados.

Em seguimento, será enfrentada a questão que envolve a desestatização da CORSAN e os seus reflexos no âmbito do contrato, bem como as cláusulas que tratam a não integração à Administração Pública como causa de rompimento do vínculo e a disposição legal

relacionada à mudança do controle da concessionária do serviço de saneamento.

Na sexta parte será trazida a questão que envolve o cumprimento das metas e a possibilidade de abertura imediata de Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI, com a finalidade de buscar projetos que aliem interesse público a investimentos privados para uma possível futura concessão que viabilize o cumprimento das metas estabelecidas no Novo Marco Legal do Saneamento Básico, e, na parte final, serão trazidas as devidas conclusões.

II – O dever jurídico do gestor municipal de manter adequado serviço de abastecimento de água e de esgotamento sanitário

O Novo Marco Legal do Saneamento Básico, assim denominada a Lei nº 14.026, de 15 de junho de 2020, que trouxe alterações a diversos instrumentos normativos que regulam o saneamento básico no Brasil, inclusive em relação à Lei 11.445, de 2007, inserindo metas relevantes a serem alcançadas pelos entes públicos em relação aos objetivos do saneamento, bem como deu novos contornos regulatórios, com a inclusão de competências e responsabilidades para a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, é mais um instrumento normativo que mostra o poder-dever do Administrador de tomar todas as medidas necessárias ao saneamento básico.

Como já dito em parecer entregue à Associação dos Municípios da Grande Porto Alegre - GRANPAL, a preocupação com o

saneamento é de longo tempo e trazida em diversos instrumentos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, acolhida pela Assembleia Geral das Nações Unidas desde 10 de dezembro de 1948, traz o direito à igualdade de acesso aos serviços públicos (art. 21, 2)¹ e o direito a um padrão de vida que assegure ao cidadão e a sua família saúde (art. 25, 1)² dentre aqueles que merecem especial proteção. Embora no texto originário da Declaração o acesso à água não tivesse sido expressamente afirmado, em 2010, na Assembleia Geral, a Organização das Nações Unidas – ONU incluiu dentre os direitos humanos fundamentais o acesso à água limpa e segura e ao saneamento básico.

Além disso, a mesma Organização incluiu dentre os objetivos de desenvolvimento sustentável, o de nº 6 – “Água potável e saneamento – Garantir a disponibilidade e a gestão sustentável da água potável e do saneamento para todos”. A partir dessa inclusão, todos os países integrantes da ONU passam a ter que direcionar esforços no sentido da garantia, nos seus direitos internos, da efetivação desse relevante objetivo.

No âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil, as águas ou são federais, conforme art. 20, III³, ou estaduais, nos

Declaração Universal dos Direitos Humanos

Artigo 21

...

2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.

Artigo 25

1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família **saúde**, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. (grifamos)

Art. 20. São bens da União:

...

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

...

termos do art. 26, I⁴, o que leva a que inexista direito individual à água, mas sim ao seu uso, nos termos da legislação, que trará especiais regras que tendem à proteção de sua preservação enquanto bem indispensável à vida, à saúde e ao meio ambiente.

Aliás, na Constituição o direito à saúde, para cuja concretização o saneamento básico é instrumento fundamental, é tratado como direito subjetivo público indeclinável. Após afirmar tratar-se de um direito social (art. 6º), a Lei Maior traz a competência comum dos entes federados, neste caso como um dever, de cuidar e promover, dentre outros, a saúde e a melhoria das condições de saneamento básico (art. 23, II e IX⁵).

Nos arts. 196 a 200, a Constituição Republicana eleva a saúde à categoria de direito constitucionalmente afirmado. Ao dizer que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” e que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”, os arts. 196 e 197 trazem pelo menos duas conseqüências jurídicas relevantes: (i) o Poder Público não pode se

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União;

...

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

...

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

...

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

...

afastar do dever de prestar os serviços públicos na área de saúde, e, pela mesma razão, os serviços de tratamento e disponibilização de água e esgotamento sanitário, sendo a omissão no cumprimento de suas obrigações nestas áreas elemento capaz de trazer a responsabilização do gestor público; e (ii) o Poder Público responsável ou presta diretamente este serviço ou o delega a terceiros, sob sua regulamentação, fiscalização ou controle. Em qualquer caso, o que é inadmissível é a omissão.

E, neste particular, eventual omissão acabará por trazer responsabilidade ao titular, no caso o Município, por conta da sua titularidade, o que leva à necessidade de o Prefeito Municipal tomar todas as medidas que sejam necessárias para atingir os objetivos legais.

III – A regionalização promovida no Estado do Rio Grande do Sul e a decisão a ser tomada pelo Município de aderir ou não ao modelo

O anteriormente referido Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico trouxe dentre os seus mandamentos regras que estimulam a regionalização dos serviços de saneamento. No entanto, neste particular, a Lei que o fundamenta não foi um exemplo de clareza. Trouxe aos gestores públicos e operadores do Direito muitas dúvidas que muito possivelmente venham a ter nos Tribunais a sua elucidação. A ausência de uma regra de transição aliada ao estabelecimento de prazos estreitos para a formatação de blocos regionais com o grau de maturidade que os serviços de saneamento impõem são fatores que colocam os gestores municipais numa situação em que a decisão tem que ser tomada

imediatamente, com reflexos relevantes nas próximas décadas.

Trazendo alterações à Lei nº 11.445, de 2007, o Novo Marco, após ter estabelecido uma série de competências de características nacionais de regulação para a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, em especial a de estabelecimento pela agência de normas de referência quanto ao saneamento básico (art. 4º-A), teve especial preocupação em disciplinar o saneamento sob a ótica dos entes federados subnacionais, com ênfase à titularidade dos serviços, sua responsabilidade e sobre a prestação regionalizada, em seus arts. 8º, 8º-A e 8º -B.

Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico:

I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local;

II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum.

§ 1º O exercício da titularidade dos serviços de saneamento poderá ser realizado também por gestão associada, mediante consórcio público ou convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal, observadas as seguintes disposições:

I - fica admitida a formalização de consórcios intermunicipais de saneamento básico, exclusivamente composto de Municípios, que poderão prestar o serviço aos seus consorciados diretamente, pela instituição de autarquia intermunicipal;

II - os consórcios intermunicipais de saneamento básico terão como objetivo, exclusivamente, o financiamento das iniciativas de implantação de medidas estruturais de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais, vedada a formalização de contrato de programa com sociedade de economia mista ou empresa pública, ou a subdelegação do serviço prestado pela autarquia intermunicipal sem prévio procedimento licitatório.

§ 2º Para os fins desta Lei, as unidades regionais de saneamento básico devem apresentar sustentabilidade

econômico-financeira e contemplar, preferencialmente, pelo menos 1 (uma) região metropolitana, facultada a sua integração por titulares dos serviços de saneamento.

§ 3º A estrutura de governança para as unidades regionais de saneamento básico seguirá o disposto na Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole).

§ 4º Os Chefes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderão formalizar a gestão associada para o exercício de funções relativas aos serviços públicos de saneamento básico, ficando dispensada, em caso de convênio de cooperação, a necessidade de autorização legal.

§ 5º O titular dos serviços públicos de saneamento básico deverá definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização desses serviços, independentemente da modalidade de sua prestação.”
(NR)

“Art. 8º-A. É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada.”

“Art. 8º-B. No caso de prestação regionalizada dos serviços de saneamento, as responsabilidades administrativa, civil e penal são exclusivamente aplicadas aos titulares dos serviços públicos de saneamento, nos termos do art. 8º desta Lei.

No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, dois projetos de lei foram aprovados, um autorizando a desestatização da CORSAN, que gerou a Lei Estadual nº 15.708, de 2021, e outro, que deu origem à Lei Estadual nº 15.795, de 2022, criando um modelo de regionalização voltado exclusivamente a sustentar a decisão de privatização da Companhia, já que nele foi estabelecido unicamente o critério de divisão dos entes federados entre os que possuem contratos de programa com a CORSAN e os que não possuem.

Não houve, na Lei RS nº 15.708, o estabelecimento de critérios técnicos, que restaram abandonados, a despeito dos movimentos iniciais do Estado, que tendiam a respeitá-los, quer hidrográficos (regiões e bacias hidrográficas), quer políticos (COREDES), quer de identidade entre os Municípios, que poderiam viabilizar a prestação

regionalizada dos serviços no Rio Grande do Sul. Já se demonstrou, em parecer apresentado à GRANPAL, a impropriedade dos então projetos de lei, ao utilizar unicamente o critério da existência de contratos com a CORSAN para fins de regionalização. Aquele parecer trouxe as seguintes conclusões:

Diante do que foi exposto, conclui-se que:

- a) Sendo o direito ao acesso a serviços de saneamento básico um direito considerado Direito Humano para os efeitos da proteção especial da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como pela proteção estabelecida na Constituição da República, (i) o Poder Público não pode se afastar do dever de prestar os serviços públicos na área de saúde, e, pela mesma razão, no que diz respeito aos serviços de tratamento e disponibilização de água e esgotamento sanitário, sendo a omissão no cumprimento de suas obrigações nestas áreas elemento capaz de trazer a responsabilização do gestor público; e (ii) o Poder Público responsável ou presta diretamente este serviço ou o delega a terceiros, sob sua regulamentação, fiscalização ou controle. Em qualquer caso, o que é inadmissível é a omissão;
- b) nosso sistema jurídico constitucional estabelece a competência municipal sobre os serviços de saneamento, sendo que projetos de regionalização não podem, a teor do que foi decidido na ADI nº 1.842, do STF, levar a que o modelo a ser adotado dê a um dos entes, no caso o Estado, poderes que impeçam o exercício da autonomia municipal, como se vê nos projetos que se está a tratar;
- c) Os dispositivos do Novo Marco Legal do Saneamento Básico demonstram que a intenção legal está em (i) preservar os contratos que possam ser preservados; (ii) impedir que novos contratos de programa sejam realizados sem licitação; (iii) adequar os contratos existentes às metas de universalização trazidas na nova lei; (iv) impor condições econômico-financeiras aos contratados; e (v) dar a faculdade de escolha do município em relação ao modelo de regionalização.
- d) Por conta desses dispositivos, pode o Município, exceto na situação em que o Estado cria Região Metropolitana, escolher se irá ou não aderir ao modelo de regionalização proposto. No caso, o Estado do Rio Grande do Sul deu essa possibilidade no projeto de lei, mas sustenta a inexistência de outro modelo que venha a ser escolhido pelos Municípios, tais como o do consórcio público e o do convênio de cooperação, nos termos do art. 241 da Constituição Federal;

- e) Para a realização de serviços públicos de saneamento básico por meio de concessão ou permissão, não há a necessidade de lei autorizativa prévia, em função do que dispõe o art. 2º da Lei nº 9.074, de 1995, que expressamente a dispensa;
- f) Depende de lei específica a formação de consórcio público, no entanto, a lei dispensa, para convênio de cooperação, tal exigência;
- g) Não há a mesma independência de autorização legislativa para que o Município venha a fazer parte de um Bloco Regional. Os Blocos Regionais propostos pelo Estado receberam do projeto de lei competências eminentemente públicas, que trazem a natureza jurídica de entidade autárquica interfederativa, que exige lei de cada ente federativo para que haja a adesão, já que passará o Bloco a fazer parte da Administração Pública de cada Município.

As fortes discussões que antecederam a aprovação daqueles projetos de lei para a regionalização e para a desestatização da CORSAN, aparentemente entregues à Assembleia Legislativa apenas no último dia admitido na Lei do Novo Marco Legal do Saneamento Básico para a aprovação da regionalização, dão a ideia de que as leis só foram aprovadas por conta de viabilizar uma mais rápida privatização da CORSAN. Reforça este entendimento o fato de que a lei de regionalização está desprovida de elementos técnicos e de identificação, afastando o *animus associandi* dos atuais titulares dos serviços, que teriam que ceder a titularidade sobre os serviços a uma autarquia interfederativa ainda totalmente indefinida e com critérios de governança que aumentam significativamente o Poder do Estado sobre as Unidades Regionais de Saneamento Básico que estarão a ser criadas a partir das Leis Estaduais.

Já se teve ocasião de referir, em parecer proferido para o Sindicato dos Engenheiros do Estado do Rio Grande do Sul, que o curto prazo estabelecido no art. 2º da Lei Estadual nº 15.708, de 2021⁶, de 90 dias, para que os municípios que mantêm contratos de

Art. 2º Fica o Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul autorizado a ceder, a título de contrapartida, até o total de 63.000.000 (sessenta e três milhões) de ações da CORSAN, de sua

programa com a CORSAN viessem a firmar termo de rerratificação, sob pena de não receber as poucas ações disponibilizadas de sua titularidade aos detentores do poder concedente, é menos da metade do prazo estabelecido no art. 14 e seu parágrafo 3º, da Lei Federal nº 14.026, de 2020⁷, que o fixou em cento e oitenta dias a contar do

titularidade, aos municípios que venham a firmar, em até 90 (noventa) dias após o início da vigência desta Lei, Termo Aditivo de Rerratificação do Contrato mantido com a Companhia, prevendo, cumulativamente:

I - a extensão dos prazos contratuais, nos termos do art. 14, § 2º, da Lei Federal nº 14.026, de 15 de julho de 2020;

II - as cláusulas de que tratam os arts. 10-A, 10-B e 11-B da Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, com a redação dada pela Lei Federal nº 14.026/20.

§ 1º A cedência das ações de que trata o "caput" será objeto de cláusula constante do Termo Aditivo de Rerratificação e somente se perfectibilizará quando concretizada a desestatização de que trata o art. 1º desta Lei.

§ 2º O número máximo de ações a serem transferidas a cada município que preencha os requisitos estabelecidos neste artigo será proporcional à sua respectiva participação percentual no faturamento total anual da CORSAN referente ao exercício de 2020.

§ 3º O índice percentual de participação no faturamento da CORSAN de que trata o § 2º será arredondado para 0,045% (quarenta e cinco milésimos por cento), quando for menor a efetiva participação do município no faturamento da Companhia.

§ 4º O número de ações efetivamente devido a cada município que preencha os requisitos estabelecidos neste artigo será calculado mediante:

I - a multiplicação do número total global de ações de que trata o "caput" pelo índice percentual de participação no faturamento da CORSAN de que trata o § 2º;

II - a dedução de 2,5% (dois e meio por cento) sobre o produto de que trata o inciso I para cada ano faltante para alcançar o ano de 2062 como termo final do respectivo contrato após a assinatura do Termo Aditivo de Rerratificação de que trata o "caput".

§ 5º Os municípios que façam jus às ações de que trata o "caput" poderão exercer, no momento da alienação das ações de titularidade do Estado, a opção de aliená-las juntamente com o acionista majoritário "tag along".

§ 6º O Estado do Rio Grande do Sul firmará, como interveniente, o Termo Aditivo de Rerratificação de Contrato de que trata o "caput", obrigando-se, exclusivamente, a ceder as ações, observado o cálculo e o preenchimento dos requisitos definidos neste artigo.

§ 7º Em não se concretizando o processo de desestatização de que trata o art. 1º desta Lei até 31 de dezembro de 2022, as ações transferidas, mediante condição suspensiva, na forma do disposto neste artigo, serão automaticamente revertidas ao Estado do Rio Grande do Sul, independentemente de qualquer ato formal do Estado ou dos municípios.

Art. 14. Em caso de alienação de controle acionário de empresa pública ou sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos de saneamento básico, os contratos de programa ou de concessão em execução poderão ser substituídos por novos contratos de concessão, observando-se, quando aplicável, o Programa Estadual de Desestatização.

§ 1º Caso o controlador da empresa pública ou da sociedade de economia mista não manifeste a necessidade de alteração de prazo, de objeto ou de demais cláusulas do contrato no momento da alienação, ressalvado o disposto no § 1º do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, fica dispensada anuência prévia da alienação pelos entes públicos que formalizaram o contrato de programa.

§ 2º Caso o controlador da empresa pública ou da sociedade de economia mista proponha alteração de prazo, de objeto ou de demais cláusulas do contrato de que trata este artigo antes de sua alienação, deverá ser apresentada proposta de substituição dos contratos existentes aos entes públicos que formalizaram o contrato de programa.

§ 3º Os entes públicos que formalizaram o contrato de programa dos serviços terão o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do recebimento da comunicação da proposta de que trata o § 2º deste artigo, para manifestarem sua decisão.

encaminhamento da proposta para o Município, ocorrida muito depois da aprovação daquela lei estadual.

Aqui temos uma antinomia que traz risco ao processo de desestatização. Ao trazer um prazo mais curto do que o estabelecido na Lei Federal, a Lei Estadual fugiu das diretrizes para o saneamento básico, cuja competência da União é afirmada no art. 21, XX, da Constituição da República Federativa do Brasil⁸. Mais do que isso, o encaminhamento da comunicação para os Municípios foi feito antes que a Agência Nacional de Águas tivesse estabelecido as Normas de Referência para os Termos de Adequação dos Contratos, o que foi feito pela Resolução ANA nº 106, de 04 de novembro de 2021. Daí que a proposta da CORSAN (i) foi anterior às diretrizes para a adequação dos contratos às metas de universalização, portanto sem as considerar; e (ii) não deu sequer tempo aos titulares dos serviços para, tomando conhecimento das diretrizes, examinarem a proposta da Companhia e verificarem o seu atendimento.

Cabe registrar que o tom do ofício da CORSAN encaminhando a proposta aos Municípios, chamando a atenção para o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, como se não firmar o termo nas condições da CORSAN seria ato de improbidade por abrir mão das parcas ações oferecidas, foi totalmente inadequado à relação de respeito institucional que deve permear as comunicações entre instituições públicas. Além disso, o enquadramento como ato de

§ 4º A decisão referida no § 3º deste artigo deverá ser tomada pelo ente público que formalizou o contrato de programa com as empresas públicas e sociedades de economia mista.

§ 5º A ausência de manifestação dos entes públicos que formalizaram o contrato de programa no prazo estabelecido no § 3º deste artigo configurará anuência à proposta de que trata o § 2º deste artigo.

Art. 21. Compete à União:

...

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

...

improbidade, neste caso, parece mais presente se tomada uma decisão que comprometerá por décadas o direito do Município de explorar serviço de sua titularidade sem um estudo mais aprofundado e uma discussão maior com o Poder Legislativo local do que se tomar a decisão de não o firmar.

Por outro lado, a escolha levada a efeito pelo Estado do Rio Grande do Sul de realizar um processo de desestatização sem que a definição sobre a regionalização dos serviços de saneamento estivesse devidamente estruturada é de todo criticável. A total despreocupação com a regionalização e a forma como as estruturas de governança das Unidades Regionais se organizarão é elemento que traz uma tal insegurança que faz com que muitos municípios tenham deixado de firmar o instrumento de rerratificação. Não é demais lembrar que para que os municípios passem a integrar uma autarquia interfederativa em que as decisões sobre o serviço de saneamento passem por uma estrutura de governança em que o Estado detém grande parte dos votos (e tem poder de veto, pois bastará que não vote para que matérias que dependem da maioria não sejam aprovadas), a adesão dependeria por certo de autorização legislativa.

Ademais, a ausência de identidade com os critérios unificadores de rede de municípios, tal como estabelecido na Lei Complementar nº 11.740, de 2002, em especial no art. 6º⁹, que regulamenta os art. 16 a 18 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul¹⁰, também é

Art. 6º - Poderá ser instituída rede de municípios que apresentem a ocorrência alternativa de elementos comuns físico-territoriais, sociais, econômicos, políticos administrativos e culturais, com possibilidade de ações compartilhadas.

Art. 16. O Estado, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de seu interesse e de Municípios limítrofes do mesmo complexo geoeconômico e social poderá, mediante lei complementar, instituir região metropolitana, aglomerações urbanas e microrregiões.

algo que traz grande risco de perda de valor da Companhia Estadual. Note-se que a Lei Complementar Estadual dá claramente o norte unificador de redes de Municípios, como tal é uma Unidade Regional de Saneamento Básico, levando em consideração fatores físico-territoriais, sociais, econômicos, políticos, administrativos e culturais, elementos que estão ausentes na Lei Estadual nº 15.795, de 24 de janeiro de 2022, que criou as Unidades Regionais de Saneamento Básico, com o sentido de regionalização do saneamento do Estado, o que gera grande insegurança e distancia os Municípios da aderência à unificação que, como se disse, deveria anteceder a privatização da Companhia Estadual.

A adesão às Unidades Regionais de Saneamento Básico, por outro lado, tal como prevista na Lei Estadual antes referida, faria com que o Município tivesse menor poder de deliberação, maior custo e maior incerteza, já que a vaga previsão da lei indica que os integrantes das Unidades Regionais teriam que disponibilizar recursos orçamentários e humanos (sem dizer por que critérios) para que a entidade interfederativa operasse. Até aqui cabe a referência de que a regra, tal como prevista, colide com os princípios inerentes à Lei de Responsabilidade Fiscal, em especial o art. 17, que trata de despesa de caráter continuado, como é a de que aqui se trata, em que se exige a demonstração da origem dos recursos, e que se faça a estimativa do impacto econômico e financeiro, a teor dos arts. 15 e

§ 1.º O Estado poderá, mediante lei complementar, com os mesmos fins, instituir, também, redes de Municípios, ainda que não limítrofes.

§ 2.º Cada região metropolitana, aglomeração urbana, microrregião ou rede de Municípios disporá de órgão de caráter deliberativo, com atribuições e composição fixadas em lei complementar.

§ 3.º Para o atingimento dos objetivos de que tratam este artigo e seus parágrafos, serão destinados, obrigatoriamente, os recursos financeiros necessários e específicos no orçamento do Estado e dos Municípios.

Art. 17. As leis complementares previstas no artigo anterior só terão efeitos após a edição da lei municipal que aprove a inclusão do Município na entidade criada.

Art. 18. Poderão ser instituídos órgãos ou entidades de apoio técnico de âmbito regional para organizar, planejar e executar integralmente as funções públicas de interesse comum.

16 daquela Lei¹¹, requisitos simplesmente ignorados na lei estadual de regionalização.

Ainda como fator de risco, temos que o prazo que está sendo proposto para a renovação dos contratos de programa, pela CORSAN, em especial porque houve veto expresso à regra Lei Federal nº 14.026, de 2020, que prorrogava esses contratos por mais 30 anos, e

Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.

Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para:

I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição.

Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

§ 1º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o *caput* deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio.

§ 2º Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

§ 3º Para efeito do § 2º, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 4º A comprovação referida no § 2º, apresentada pelo proponente, conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, sem prejuízo do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

§ 5º A despesa de que trata este artigo não será executada antes da implementação das medidas referidas no § 2º, as quais integrarão o instrumento que a criar ou aumentar.

§ 6º O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição.

§ 7º Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado.

a prorrogação proposta pela Companhia Estadual traz prazo ainda maior, está sendo objeto de discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em ação direta de inconstitucionalidade movida pelo PDT (ADI 7076), cujo desfecho é incerto, mas que demonstra que a pressa em realizar uma desestatização antes da regionalização é medida que não se compatibiliza com o interesse público primário. Como já se afirmou, a premência de um procedimento eleitoral não pode levar a que o planejamento na área do saneamento inverta fases, como ocorreu com a proposta de rerratificação antes mesmo da edição das normas de referência da Agência Reguladora Nacional (ANA) para tanto.

Importa trazer à consideração o histórico descumprimento, por parte da CORSAN, dos contratos por ela firmados, trazendo significativo risco ao Município no atendimento das metas de universalização previstas em lei, conforme se tratará a seguir.

IV – Do descumprimento do contrato de programa pela CORSAN

Sugere-se aqui ao Senhor Prefeito que busque a apuração, com base em laudo técnico de engenharia, da situação relacionada à execução do contrato e seu cumprimento, levando em consideração o Plano Municipal de Saneamento e as regras contratuais presentes no contrato de programa mantido com a CORSAN. Num cenário como esse, aceitar a celebração de um termo aditivo ao contrato com a CORSAN é passar por cima do histórico descumprimento contratual pela CORSAN. Nesse passo, há um poder-dever do gestor municipal de fazer valer as regras contratuais que levam à aferição da responsabilidade da Companhia, dentre as quais as que se reportam

às Leis Federais nºs 11.107, de 2005, e 8.987, de 1995, e trazem a possibilidade de aplicação da pena de caducidade.

A apuração de responsabilidade deve atentar aos parâmetros estabelecidos em lei e nos termos do contrato administrativo entabulado entre as partes. Neste ponto, o parecerista já teve oportunidade de tratar do procedimento para a apuração de responsabilidades de concessionários de serviços públicos. Embora se trate de contrato de programa, as regras de apuração de responsabilidade são as mesmas da concessão, por força do afirmado no próprio contrato, daí que o procedimento de apuração é o indicado naquele estudo, a que se reporta como orientação para o Município.

No âmbito da concessão do serviço público, a caducidade é uma das formas de extinção do contrato de concessão, "ex vi" do art. 35, III, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Trata-se de meio de extinção que diz respeito ao descumprimento do contrato e tem sua disciplina no art. 38 da mesma Lei, que é a Lei Geral de Concessões, que assim estabelece:

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais

Pedro Figueiredo
Advogado - OAB-RS 19.093

ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012)

§ 2º A declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§ 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do

Pedro Figueiredo
Advogado - OAB-RS 19.093

art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

§ 6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

Trata-se aqui de regra especial relacionada ao contrato de concessão, de forma que fica afastada, em relação à extinção do contrato por culpa do concessionário, o procedimento de extinção dos arts. 78 e 79, bem como do art. 87 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, relativamente aos contratos administrativos em geral.

Ao lado das causas próprias para a declaração de caducidade, previstas no § 1º do art. 38, o processo de caducidade possui particularidades que o distinguem do processo de rescisão contratual ordinário.

Se a verificação da inadimplência em processo administrativo que assegure o direito de defesa, previsto no § 2º do art. 38, não é diferente do processo administrativo em geral, há uma regra própria, diferente dos demais procedimentos, que podemos apelidar de "second chance rule", no § 3º do mesmo artigo, em que, após o detalhamento das falhas que levaram ao descumprimento, se dará um prazo para a correção das falhas e transgressões apontadas, como condição precípua para a instauração do processo administrativo e inadimplência.

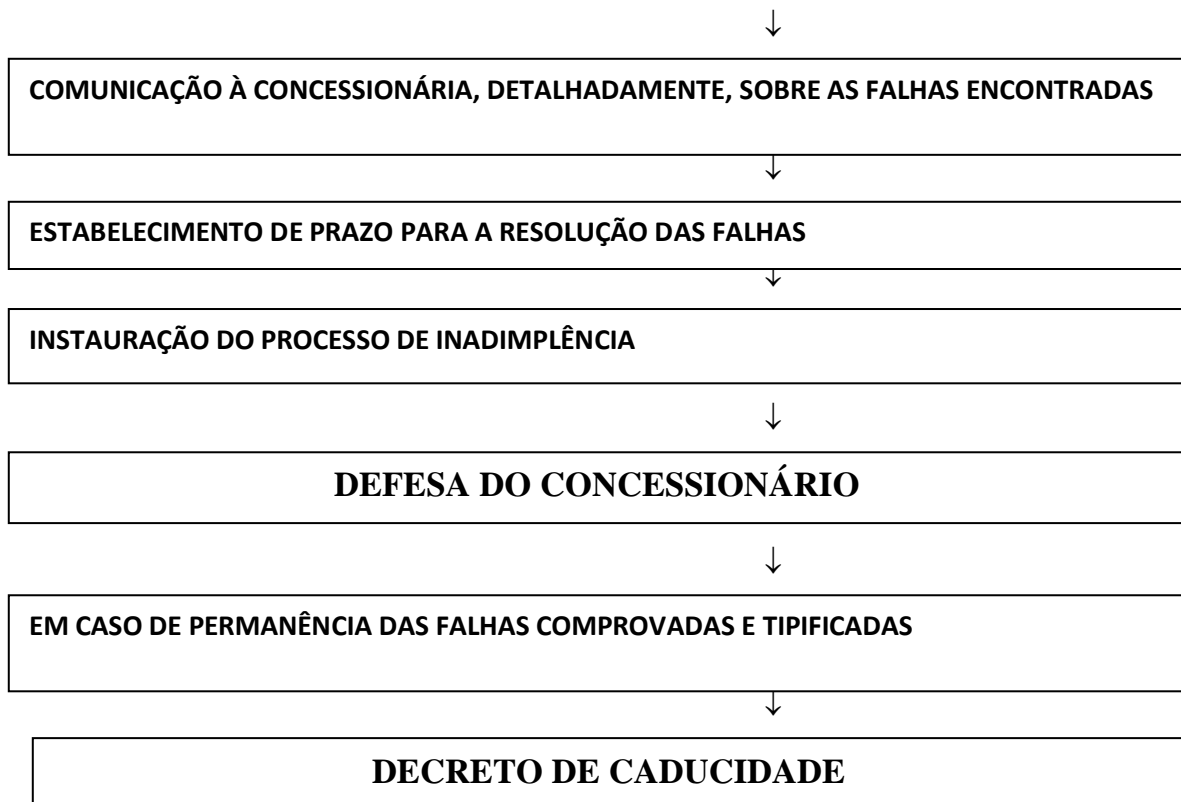
Esta exigência leva em consideração o princípio da continuidade do serviço público aliado ao fato de que os serviços concedidos o são por prazo determinado, em que se transfere a sua execução a quem demonstrou condições no procedimento licitatório pertinente que precedeu a concessão.

Só após essa segunda chance é que será instaurado o processo de inadimplência em que, após assegurada a ampla defesa, poderá ser declarada a caducidade, cujo instrumento é o Decreto do Poder Concedente, a teor do § 4º do art. 38 da Lei de Concessões.

Eventual indenização devida à concessionária por conta de investimentos exigidos e não amortizados, ou por bens reversíveis, não impede a aplicação da penalidade, já que diz respeito a grave descumprimento contratual por parte do concessionário.

Temos, resumidamente, o seguinte fluxograma para a aplicação da pena de caducidade:

DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL OU OUTRA CAUSA GERADORA DE PENA



As situações do dia-a-dia e a necessária preservação da continuidade da prestação de serviços essenciais pode levar a que o Poder Concedente, antes de realizar qualquer processo de caducidade, intervenha na concessão para assegurar a adequada prestação do serviço público. Se, por exemplo, o serviço concedido de coleta de lixo estiver paralisado, trazendo riscos à saúde e higiene da população, ou o serviço de transporte coletivo não estiver sendo realizado nos horários e com a qualidade exigida no contrato de concessão, deixando a população sem a sua prestação, é possível que a pessoa jurídica de direito público a quem a lei tenha atribuído competência e poderes relativamente ao serviço lance mão da intervenção para tentar adequar a sua prestação às normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Esta faculdade está prevista nos arts. 32 a 34 da Lei 8.987/95, nos seguintes termos:

Art. 32. O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

Parágrafo único. A intervenção far-se-á por decreto do poder concedente, que

Pedro Figueiredo
Advogado - OAB-RS 19.093

conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

Art. 33. Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 1º Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização.

§ 2º O procedimento administrativo a que se refere o **caput** deste artigo deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.

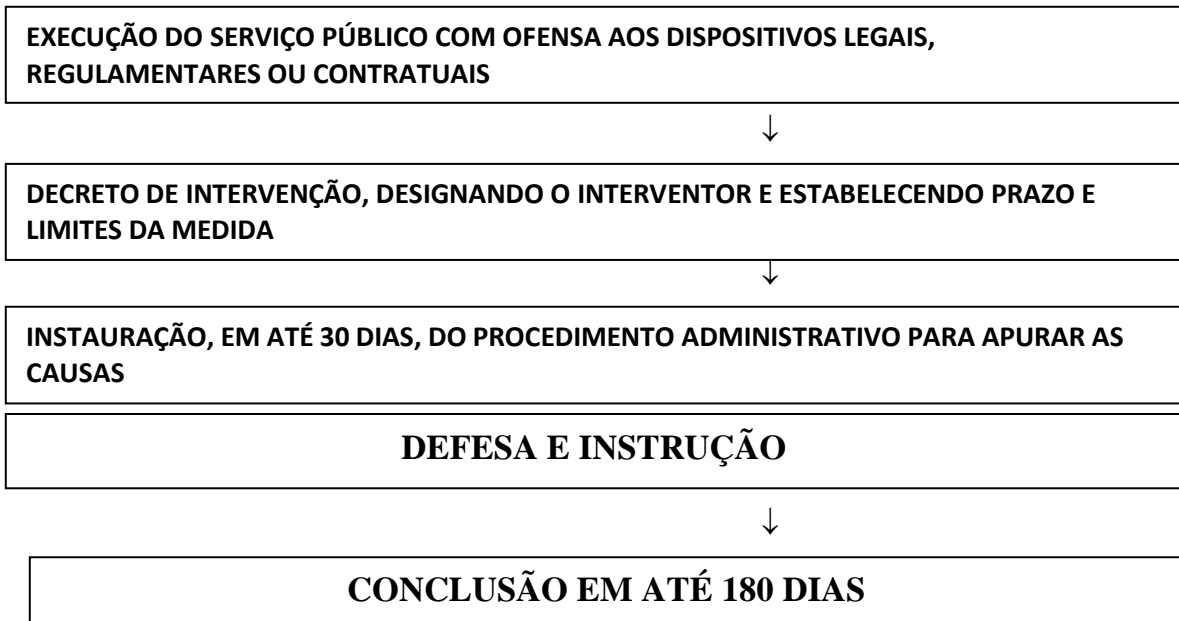
Art. 34. Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.

Neste caso, ao contrário do que ocorre no processo de caducidade, em que o Decreto é o último ato do processo, na intervenção o Decreto é o marco inicial.

Destinado à adequação da prestação do serviço público, o Decreto é que irá designar o interventor e estabelecer os limites da medida, prazo e objetivos, já que o serviço poderá estar tendo problemas determinados e não generalizados, que justifiquem apenas a intervenção nessas áreas. É possível, no entanto, que o problema se dê em toda a execução do serviço delegado, o que poderia levar a uma intervenção de caráter geral, com a substituição da prestação do serviço público pelo próprio Poder Concedente, ou por alguém contratado comercialmente para manter a continuidade o serviço.

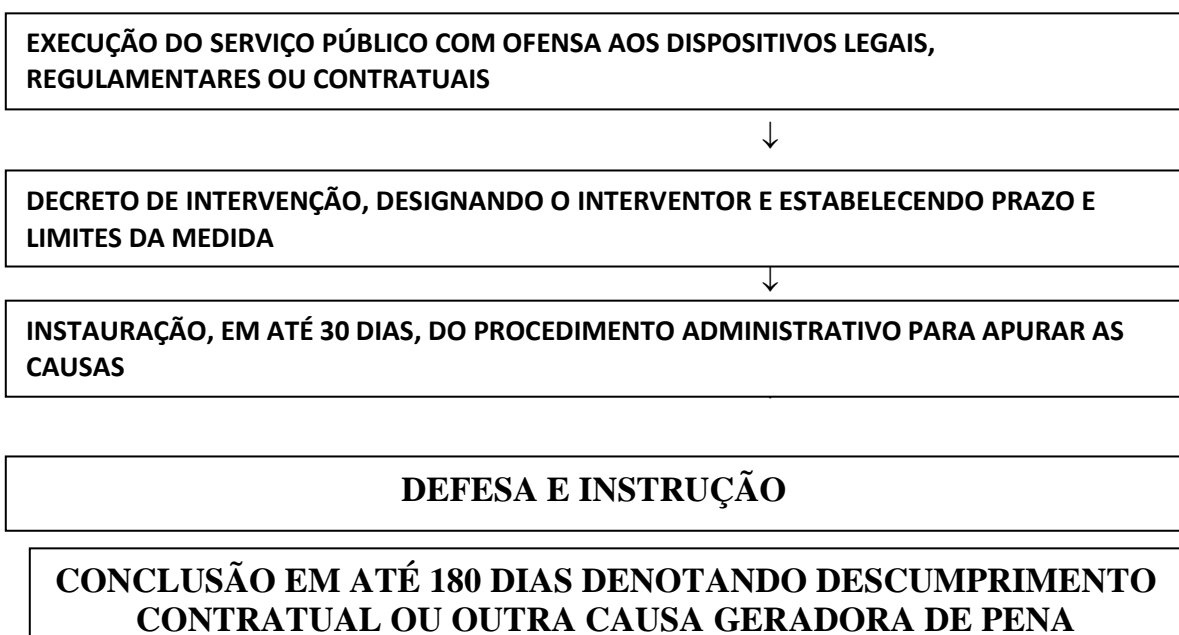
Após a intervenção, a apuração das causas se impõe, em procedimento administrativo em que se garanta a ampla defesa, a ser concluído em 180 dias.

No caso da intervenção, o fluxograma é o seguinte:



Na conclusão do procedimento administrativo para apurar as causas da intervenção poderá se verificar alguma das causas do § 1º do art. 38, capaz de ser fato típico gerador da aplicação da pena de caducidade. Em uma circunstância como essa, poderá ocorrer que, mesmo tendo havido o procedimento prévio de apuração no âmbito da intervenção, será necessário que se acrescentem os requisitos para a aplicação da pena de caducidade.

Na hipótese aqui levantada, o fluxograma passa a ser o que segue:





COMUNICAÇÃO À CONCESSIONÁRIA, DETALHADAMENTE, SOBRE AS FALHAS ENCONTRADAS



ESTABELECIMENTO DE PRAZO PARA A RESOLUÇÃO DAS FALHAS



INSTAURAÇÃO DO PROCESSO DE INADIMPLÊNCIA



DEFESA DO CONCESSIONÁRIO



EM CASO DE PERMANÊNCIA DAS FALHAS COMPROVADAS E TIPIFICADAS



DECRETO DE CADUCIDADE

Todos esses requisitos são necessários para que se possa, sem ofensa ao ordenamento jurídico, extinguir o contrato de concessão cuja prestação seja realizado com ofensa às regras de direito ou às exigências contratuais ou regulamentares.

É de se destacar o fato de que o serviço público, dever das entidades estatais, exige do Poder Público atividade regulatória intensa, com fiscalização permanente e adequado exercício do poder de polícia, a evitar que o desrespeito às exigências para a sua adequada prestação não leve a graves prejuízos aos usuários, que são os destinatários da atuação estatal e razão de ser do estabelecimento do regime de direito público especialmente voltado ao contrato.

Nesta atividade, quando flagrados graves descumprimentos contratuais, tem a entidade de direito público responsável pela execução do serviço concedido o dever de apurar com seriedade e, respeitado o devido processo legal, aplicar as sanções devidas e, se for o caso, extinguir o contrato de concessão com a pena de caducidade¹².

¹² O Supremo Tribunal Federal já decidiu pela regularidade da aplicação da pena de caducidade em processo quando observadas as garantias relacionadas ao devido processo legal, como se vê no precedente que tem a seguinte ementa:

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Decisão do Presidente da República que, em processo administrativo, indeferiu recurso hierárquico e, por consequência, manteve decisão que declarou a caducidade da concessão outorgada à Transbrasil S.A Linhas Aéreas para a prestação de serviço de transporte aéreo. 3. Alegada violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, assim como a dispositivos da Lei n° 9.784/99, pois a impetrante não teria sido comunicada da instauração do processo administrativo ou de qualquer ato nele praticado, não lhe tendo sido concedida oportunidade de proferir defesa de forma adequada. 4. Os documentos juntados aos autos pela

Lamentavelmente, a ausência de políticas efetivas de adequada regulação, com o fortalecimento de agências reguladoras e de sua atuação punitiva em relação a graves descumprimentos contratuais, tem impedido que prestações inadequadas por concessionários leve a penas que inibam a desídia na prestação do serviço público, que pode trazer consequências trágicas e irreversíveis, como a do inaceitável acidente do Vôo TAM 3054, que tirou dos que se dedicam à ciência do Direito Administrativo brasileiro a possibilidade de se valer do ensinamentos de um dos seus mais importantes representantes: Paulo de Tarso Dresch da Silveira, a cuja memória se dedica este artigo.¹³

Assim, cabe desde logo sugerir ao eminente Prefeito Municipal que decida sobre o uso do instrumento da intervenção na concessão ou pela abertura de processo de caducidade. As duas medidas são possíveis dentro do contrato de programa de que aqui se trata, sobretudo pela expressa afirmação neles da regência, dentre outras, pela Lei nº 8.987, de 1995.

Caso a intenção seja a de intervir na concessão, pode-se optar por uma intervenção branda ou por uma intervenção total. Como se trata de medida em que os limites são estabelecidos em decreto do Chefe do Poder Executivo, admite-se que se faça uma intervenção para que o Poder Público entre na Companhia, dê determinações relacionadas ao serviço e busque todas as informações possíveis dentro dela, ou que venha, até mesmo, a substituir o prestador do serviço por outro, valendo-se, inclusive, dos bens e do pessoal da Companhia. Neste caso, em até 30 (trinta) dias deverá ser aberto procedimento administrativo para apurar as causas da medida.

própria impetrante, porém, demonstram cabalmente que lhe foram asseguradas todas as garantias da ampla defesa e do contraditório, como os direitos de informação sobre os atos produzidos no processo, de manifestação sobre seu conteúdo e de ter seus argumentos devidamente considerados pela autoridade administrativa. 5. Mandado de Segurança indeferido. (MS 25787, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado pelo Tribunal Pleno em 08/11/2006)

FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de. O devido processo legal na aplicação da pena de caducidade da concessão. In: SILVA, Maria Teresa Dresch da Silveira e; SILVEIRA, Alice Martins Costa Kessler da. (Org.). Temas Atuais do Direito Administrativo - Estudos em Homenagem ao Professor Paulo de Tarso Dresch da Silveira. 1ed.Porto Alegre - RS: Evengraf Editora, 2016, v. , p. 137-146.

De qualquer forma, os descumprimentos devem estar narrados em Laudo Técnico de Engenharia, que analise como está o cumprimento contratual. Caso constatado o inadimplemento, poderá ser aberto processo com vistas à apuração para a caducidade, dando-se ciência à CORSAN sobre o descumprimento contratual. Neste caso, o encaminhamento do Laudo Técnico de Engenharia antes referido servirá de base para o encaminhamento, dando prazo para a resolução das falhas. Sugere-se, neste particular, que seja dado o prazo de até 30 (trinta) dias para apresentar um plano de ação e de até 6 (seis) meses para a tomada das medidas que encerrem a inadimplência. Descumprido qualquer desses prazos, o processo de inadimplência deverá ser aberto.

Nunca é demais lembrar que o caminho a ser tomado está na esfera de discricionariedade do gestor público municipal, respeitados os ditames legais. Certamente qualquer medida que venha a ser tomada encontrará forte resistência por parte da CORSAN, que buscará defender o direito de continuar prestando o serviço, até mesmo pela iminência do processo de desestatização que pretende implementar, mas que, por si só já é causa de extinção do contrato, como se verá a seguir.

V – A causa de extinção dos contratos por conta da desestatização da Companhia

No contrato de programa mantido entre o Município e a CORSAN consta cláusula resolutiva expressa, em que se afirma que a desestatização da empresa, tal qual desejada pelo Estado do Rio Grande do Sul, é causa para a extinção do contrato. Trata-se da Cláusula Trigésima, com o seguinte teor:

CLÁUSULA TRIGÉSIMA – A delegação da prestação de serviços extingue-se nos termos da Lei Federal nº 11.107/05 e da Lei Federal 8.987/95, art. 35 e parágrafos por:

- I – advento do termo contratual ou de sua prorrogação;
- II – encampação;
- III – acordo formal entre o MUNICÍPIO e a CORSAN;
- IV – caducidade;
- V – rescisão;
- VI – anulação;
- VII – extinção da CORSAN;

VIII – a CORSAN deixar de integrar a Administração indireta do Estado. (grifamos)

Apesar da expressa previsão contratual, a CORSAN vem sustentando, em diversas oportunidades públicas com os seus representantes, que tal forma de extinção contratual não estaria mais válida a partir da entrada em vigor do Novo Marco Legal do Saneamento Básico, tendo em vista que nele se previu a revogação do parágrafo 6º do art. 13 da Lei nº 11.107, de 2005, que estabelecia a extinção automática do contrato caso a entidade contratada não mais integrasse a administração indireta do Poder Público.

Aparentemente, para a CORSAN os princípios interpretativos de normas, como o da segurança jurídica, o da proteção da confiança, o da boa fé contratual, o da proteção do ato jurídico perfeito, o da razoabilidade, o do "*tempus regit actum*", dentre outros que integram o sistema jurídico normativo, sumiram com a revogação da norma.

Discorda-se desse entendimento, em especial porque ele traz perigoso risco de passar por cima de garantias constitucionais que a humanidade levou séculos para construir. Quando a Constituição da República Federativa do Brasil afirma que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada", no art. 5º, XXXVI, o faz para trazer uma garantia fundamental de que as

mudanças das regras do jogo não venham a atingir os direitos conquistados, as sentenças transitadas em julgado, os atos praticados e os contratos feitos regularmente com base nas regras então vigentes. Sem isso, não há segurança jurídica, não se sabe qual o valor do pacto feito, da palavra dada.

"*Tempus regit actum*", ou seja a lei do tempo é que regulará as relações jurídicas a ela concernentes. Isto é fundamento de todo o plexo de regras interpretativas construídas no nosso direito. Não é por outra razão que a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, no art. 6º, irá afirmar:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por êle, possa exercer, como aqueles cujo comêço do exercício tenha têrmo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

A clara determinação legal não dá espaço para a interpretação pretendida pela CORSAN, já que o ordenamento jurídico, enquanto ordenamento lógico, não admite que direitos e deveres, pretensões e obrigações, ações e exceções, quando validamente estabelecidos, sejam retirados do mundo jurídico, depois de perfectibilizados, por conta da mudança das regras que passarão a disciplinar os **novos** atos, contratos, processos e procedimentos.

Neste ponto, cabe referir que qualquer interpretação que se dê à norma geral e abstrata trazida na lei deve obedecer aos princípios (ou postulados) da razoabilidade e da proporcionalidade, já que estes são integrativos da adequada interpretação, funcionando como verdadeiros filtros interpretativos.

O princípio da razoabilidade tem por fim evitar decisões que levem ao absurdo. Para o Ministro Luiz Roberto Barroso, trata-se de um relevante instrumento para proteger direitos fundamentais e o interesse público, “por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.”¹⁴

No caso concreto, admitir que se negue validade a uma regra contratual, por conta de norma superveniente, que não teve a sua retroatividade expressamente afirmada, é algo que ofende o bom senso. O potencial de lesividade de tal interpretação só se presta a atitudes autoritárias que colocam em risco o sistema de direitos construído ao longo de regimes democráticos em que a força da lei e dos direitos é limite para a atuação administrativa.

Cabe chamar a atenção para o fato de que a visão consequencialista trazida na LINDB impõe que os efeitos práticos de decisão administrativa devam ser levados em consideração pela autoridade que decide, bem como que a motivação deverá demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta, além de considerar as possíveis alternativas para a decisão, em especial

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 373

com caráter negativo de direito subjetivo público, conforme se depreende do art. 20 daquela Lei¹⁵.

Ao regulamentar a lei, o Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, nos artigos 2º e 3º¹⁶ reforça as exigências legais e disciplina a motivação e a apuração por valores jurídicos abstratos. A descon sideração da regra contratual passa por cima de todos os elementos determinados na norma interpretativa.

Também a Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.784, de 20 de setembro de 2019) dá um sentido que privilegia o respeito aos pactos realizados e que a modificação do quanto se estabeleceu em contrato seja visto com interpretação restritiva. No âmbito daquela Lei, a teor do parágrafo 2º do art. 1º, “interpretam-se em favor da liberdade econômica, **da boa-fé e do respeito aos contratos**, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas.”

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.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 1º A motivação da decisão con terá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.

§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

Daí que a interpretação da CORSAN ao que foi contratado ofende o sentido das regras e princípios afirmados na Lei de Liberdade Econômica. Aliás, é assente na jurisprudência nacional que, em face da Lei da Liberdade Econômica, os contratos celebrados devem ser respeitados, tendo a mínima intervenção possível.

O entendimento trazido neste parecer reflete a jurisprudência dominante no âmbito nacional. Há muito o Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento de que a lei nova tem eficácia imediata, alcançando os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima), mas não alcança os efeitos passados de fatos passados (retroatividade máxima), já que isso corresponderia a atingir o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

No âmbito do saneamento, recentemente o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina foi chamado a decidir sobre o tema e afirmou a irretroatividade na lei nova, nos acórdãos cujas ementas são as que seguem:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO POPULAR. PEDIDO DE INVALIDAÇÃO DE CONTRATO DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTO ENTABULADO ENTRE O MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ E A COMPANHIA CATARINENSE DE ÁGUAS E SANEAMENTO - CASAN. ALEGAÇÃO DE NULIDADE À MÍNGUA DE PREVISÃO CONTRATUAL DE METAS DE UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO AO SANEAMENTO BÁSICO. AUTOR QUE NÃO LOGROU PROVAR QUE AO TEMPO DA CONTRATAÇÃO, EM 16 DE OUTUBRO DE 1997, EXIGIA-SE COMO REQUISITO DE VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO A PREVISÃO CONTRATUAL DE METAS PROGRESSIVAS DE EXPANSÃO DOS SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO. INAPLICABILIDADE DA LEI N. 11.445, DE 5 DE JANEIRO DE 2007, À ESPÉCIE INDEPENDENTEMENTE DE CUIDAR-SE DE PACTO DE EXECUÇÃO CONTINUADA OU DE TRATO SUCESSIVO. PRETENDIDA RETROPERÂNCIA QUE ENCONTRA ÓBICE INTRANSPONÍVEL NO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS E NO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO AO ATO JURÍDICO PERFEITO. TEMPUS REGIT ACTUM. CF, ART. 5º, INC. XXXVI C.C. LINDB, ART. 6º. RÉUS QUE SE DESINCUMBIRAM DE PROVAR A EXPANSÃO

PAULATINA DO SISTEMA DE SANEAMENTO PÚBLICO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. " - Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As conseqüências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação que se achava em vigor no momento da celebração do contrato ('tempus regitactum'): exigência imposta pelo princípio da segurança jurídica - Os contratos - que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT 547/215) - acham-se protegidos, inclusive quanto aos efeitos futuros deles decorrentes, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, cuja autoridade sempre prevalece, considerada a supremacia que lhe é inerente, mesmo que se trate de leis de ordem pública. Doutrina e precedentes - A incidência imediata da lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (retroatividade injusta de grau mínimo), achando-se desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas. Precedentes" (STF, AgRg no RE 393.021/SP, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 25/11/2003).

(TJ-SC - AC: 03028470220168240064 São José 0302847-02.2016.8.24.0064, Relator: Rodrigo Collaço, Data de Julgamento: 21/07/2020, Terceira Câmara de Direito Público)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA. INVALIDAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO DO SAMAE DO MUNICÍPIO DE BLUMENAU, IMPOSITOR DE SANÇÃO DE PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA INDEFERIDA. REFORMA QUE SE IMPÕE. APARENTE INCOMPETÊNCIA DO DIRETOR-PRESIDENTE DO SAMAE PARA JULGAR O RECURSO ADMINISTRATIVO. NORMAS VIGENTES AO TEMPO DA INTERPOSIÇÃO QUE ATRIBUÍAM TAL COMPETÊNCIA AO PREFEITO MUNICIPAL. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO. "A interposição do recurso administrativo deve observar a lei vigente no momento da decisão que deu origem ao recurso, segundo o princípio 'tempus regitactum', preservando-se, assim, o princípio da segurança jurídica. Nesse panorama, a partir daquela decisão tem-se fixado o ambiente jurídico que deve balizar as eventuais alterações da situação jurídica constituída, sendo que o recurso deverá ser processado de acordo com os ditames da lei vigente àquela época, afastada, nessa hipótese, a norma superveniente".

(STJ, REsp. n. 638.887/MG, rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, j. 14.12.04).

(TJ-SC - AI: 50462226320218240000 Tribunal de Justiça de Santa Catarina 5046222-63.2021.8.24.0000, Relator: Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, Data de Julgamento: 16/11/2021, Segunda Câmara de Direito Público)

Cabe ainda referir que ainda que, *ad argumentandum tantum* se entendesse que a causa de extinção do contrato por força da não mais integração à administração pública estaria derogada, **ainda assim a mudança de controle da Companhia SEM A ANUÊNCIA DO PODER CONCEDENTE, in casu o Município, implica em causa extintiva, por força de regra expressa do art. 27, caput, da Lei 8.987, de 1995.**

Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

...

Assim, não há como se aceitar que a **CORSAN** possa fazer uma oferta pública de ações que afete o controle da Companhia sem o consentimento expresso do Município e sem alertar o mercado para a possível extinção do contrato existente, nos casos em que não se preocupou, como é o caso deste Município, em pactuar com o Poder Concedente a anuência. Mais uma vez, a pressa no processo de privatização, antes da regionalização dos serviços, antes de repactuação dos contratos e antes de obtenção de anuência para a troca do controle, são elementos que levam à extinção do contrato.

Importa referir que **a extinção do contrato pelo fato de a CORSAN deixar de integrar a Administração Pública ou transferir o controle sem a anuência do Poder Concedente repercute na forma de indenização** dos bens reversíveis ainda não

amortizados e dos investimentos feitos. Se ordinariamente extinto o contrato por advento do prazo contratual ou em decorrência de uma decisão legal e administrativa de encampação o entendimento é o de que a indenização é condição do rompimento do vínculo, no caso de deixar de integrar a administração o rompimento contratual é direto e a indenização é posterior, em parcelas que sejam possíveis dentro da limitação orçamentária dos municípios. No contrato de que aqui se trata, está prevista cláusula trinta e dois, com o seguinte teor:

CLÁUSULA TRINTA E DOIS – Em qualquer das hipóteses de extinção da delegação da prestação dos serviços será apurado se o **MUNICÍPIO** deverá indenizar a **CORSAN**, ou vice-versa, observadas as condições estabelecidas nesta cláusula e na Lei 11.445/2007.

Subcláusula primeira - Serão procedidos os investimentos e avaliações necessários visando apurar os valores eventualmente devidos, até 30 de junho de 2009, conforme prevê a Lei Federal 11.445/2007.

Subcláusula segunda – Os critérios a serem utilizados como parâmetro para o cálculo da indenização, a ser elaborados por peritos, serão:

I – os registros contábeis apropriados, nos quais constarão os registros dos bens e dos investimentos realizados nos sistemas de água e esgoto;

II - o valor de mercado dos bens, apurado através de avaliação de valor patrimonial, consideradas a depreciação ou amortização contábil e as reais condições de uso e/ou operacionalidade dos bens existentes;

III - os bens públicos móveis e imóveis destinados à execução dos serviços, existentes quando da delegação destes e transferidos à **CORSAN**, terão os seus valores depreciados e descontados do montante apurado a título de indenização;

IV - incidência da indenização sobre a parcela dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e a atualidade dos serviços concedidos;

V – não serão computáveis como indenizáveis os valores referentes aos investimentos realizados pelo **MUNICÍPIO**, inclusive os investimentos oriundos de recursos não onerosos, por proprietários ou incorporadoras de loteamentos, conforme estabelecido no presente Contrato, a partir de sua vigência;

Subcláusula terceira – O pagamento da indenização será parcelado, dentro dos limites estabelecidos pela Lei Federal nº 11.445/2007, nos seguintes casos de extinção do contrato:

- I** – rescisão pela **CORSAN** ou pelo **MUNICÍPIO**;
 - II** – por caducidade;
 - III** – por transferência da delegação dos serviços ou do controle societário da **CORSAN**;
 - IV** – por extinção da **CORSAN**;
 - V** – por deixar a **CORSAN** de integrar a administração indireta do Estado;
 - VI** – por anulação do contrato.
- Subcláusula quarta** - Do valor apurado, a título de eventual indenização, poderão ser descontados os créditos decorrentes de multas contratuais e danos provocados pela **CORSAN**, até o limite dos danos causados ao **MUNICÍPIO** e vice-versa.

Como se vê, o contrato prevê instrumento de proteção do Município contra a insegurança da relação jurídica e da condição enquanto pessoa jurídica do prestador. Quando o ente estadual toma uma decisão de proceder à privatização sem buscar o consentimento do Poder Concedente e deixar de integrar a administração pública sem ter tido o cuidado de tomar medidas preparatórias, fará com que possa ser condenada a pagar pelos danos decorrentes dessa escolha, sem prejuízo do diferimento previsto para o pagamento de eventual indenização, se devida.

Desta forma, caso venha a ocorrer a oferta pública das ações da Companhia, deverá o administrador público municipal tomar as medidas para a apuração e abertura de procedimento de caducidade, com base nesta causa extintiva, ainda que outro possa estar em andamento com relação ao descumprimento contratual, conforme explorado no item anterior.

Cabe referir que a capacidade econômico-financeira da CORSAN foi declarada pela AGERGS exclusivamente levando em conta a iminente privatização, não a situação da Companhia hoje em dia. Naquela decisão, foram externadas as fragilidades da Companhia, de forma que dificilmente alcançaria esta declaração de capacidade sem que procedimento de desestatização fosse levado a efeito.

Por sua vez, o Município está diante de obrigações legais decorrentes de metas que devem ser atingidas no saneamento, daí que desde logo deve ir preparando para que venha a alcançá-las. Por essa razão, desde já, frente à irregularidade da atuação da CORSAN e a precariedade que está envolvendo o contrato em andamento com aquela Companhia, desde logo pode ser aberto procedimento para que a iniciativa privada venha a suprir a omissão da Companhia Estadual, como se verá no próximo item.

VI – Das metas de universalização e da possibilidade de abertura de Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI

O Novo Marco Legal do Saneamento Básico trouxe metas de universalização dos serviços que devem ser compulsoriamente atingidas, enquanto e se norma superveniente não venha a alterar esse panorama. Conforme art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007, com as alterações procedidas pela Lei nº 14.026, de 2021,

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 possuem as metas de que trata o **caput** deste artigo terão até 31 de março de 2022 para viabilizar essa inclusão.

§ 2º Contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas no **caput** deste artigo, inclusive contratos que tratem, individualmente, de água ou de esgoto, permanecerão inalterados nos moldes licitados, e o titular do serviço deverá buscar alternativas para atingir as metas definidas no **caput** deste artigo, incluídas as seguintes:

- I - prestação direta da parcela remanescente;
- II - licitação complementar para atingimento da totalidade da meta; e
- III - aditamento de contratos já licitados, incluindo eventual reequilíbrio econômico-financeiro, desde que em comum acordo com a contratada.

§ 3º As metas de universalização deverão ser calculadas de maneira proporcional no período compreendido entre a assinatura do contrato ou do termo aditivo e o prazo previsto no **caput** deste artigo, de forma progressiva, devendo ser antecipadas caso as receitas advindas da prestação eficiente do serviço assim o permitirem, nos termos da regulamentação.

§ 4º É facultado à entidade reguladora prever hipóteses em que o prestador poderá utilizar métodos alternativos e descentralizados para os serviços de abastecimento de água e de coleta e tratamento de esgoto em áreas rurais, remotas ou em núcleos urbanos informais consolidados, sem prejuízo da sua cobrança, com vistas a garantir a economicidade da prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

§ 5º O cumprimento das metas de universalização e não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento deverá ser verificado anualmente pela agência reguladora, observando-se um intervalo dos últimos 5 (cinco) anos, nos quais as metas deverão ter sido cumpridas em, pelo menos, 3 (três), e a primeira fiscalização deverá ser realizada apenas ao término do quinto ano de vigência do contrato.

§ 6º As metas previstas neste artigo deverão ser observadas no âmbito municipal, quando exercida a titularidade de maneira independente, ou no âmbito da prestação regionalizada, quando aplicável.

§ 7º No caso do não atingimento das metas, nos termos deste artigo, deverá ser iniciado procedimento administrativo pela agência reguladora com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas, incluídas medidas sancionatórias, com eventual declaração de caducidade da concessão, assegurado o direito à ampla defesa.

§ 8º Os contratos provisórios não formalizados e os vigentes prorrogados em desconformidade com os regramentos estabelecidos nesta Lei serão considerados irregulares e precários.

§ 9º Quando os estudos para a licitação da prestação regionalizada apontarem para a inviabilidade econômico-financeira da universalização na data referida no **caput** deste artigo, mesmo após o agrupamento de Municípios de diferentes portes, fica permitida a dilação do prazo, desde que não ultrapasse 1º de janeiro de 2040 e haja anuência prévia da agência reguladora, que, em sua análise, deverá observar o princípio da modicidade tarifária.”

Vê-se, do dispositivo legal, que a universalização dos serviços de saneamento deve ser atingida mediante o alcance de 99% de atendimento do fornecimento de água potável, 90% de esgotamento sanitário, além da redução das perdas e melhoria dos processos. A situação de grave descumprimento contratual histórico da CORSAN não dá nenhuma segurança de que vá atingir as metas aqui indicadas, já que não fez o que se comprometeu contratualmente. Assim, presente a apuração de descumprimento contratual que deve levar à caducidade do contrato, desde logo deve ser buscada alternativa para a prestação dos serviços pela iniciativa privada.

Neste ponto, o Decreto Federal nº 11.030, de 2022, trouxe novos paradigmas para a questão do cumprimento contratual e de eventual financiamento com recursos federais, dando uma maior abertura aos Municípios que desejem romper vínculos com Companhias Estaduais e buscar na iniciativa privada a solução para atingir as metas de universalização legalmente estabelecidas. Sobre o tema, estudo denominado "Considerações e Recomendações – Decreto nº 11.030, de 1º de abril de 2022", realizado pelo eminente Advogado Maicon Girardi Pasqualon, indica aos Municípios caminhos seguros na busca do atendimento da legislação federal. Nele, dentre outras recomendações, sustenta brilhantemente o autor:

INCLUSÕES RELEVANTES - ART. 4º-A DO DECRETO Nº 10.588/20

Falemos agora da inclusão do art. 4º-A, de grande relevância para os Municípios após o transcurso do prazo de 31/03/2022, descrito no art. 11-B, §1º, da Lei n. 11.445/07:

*Art. 4º-A **A irregularidade do contrato implica a irregularidade da operação** [leia-se operação de saneamento que é objeto do contrato] para fins do disposto no inciso VI do caput do art. 4º, vedada a alocação de recursos de que trata o art. 50 da Lei nº 11.445, de 2007, para ações de saneamento em operações irregulares.*

Pedro Figueiredo

Advogado - OAB-RS 19.093

§ 1º Cabe ao titular do serviço público de saneamento básico e à entidade reguladora competente a avaliação quanto à existência de eventuais irregularidades e as providências cabíveis.

§ 2º **Compete ao titular do serviço público de saneamento básico garantir o conhecimento e as condições de exame do processo de regularização dos contratos aos órgãos de controle, tais como os Tribunais de Contas e os Ministérios Públicos competentes, com vistas a assegurar a adequação e a continuidade do serviço público.**

§ 3º **Caberá ao titular do serviço público de saneamento básico a imediata adoção de providências para transição para uma forma de operação regular, nos casos em que o contrato não puder ser regularizado, o que ocorrerá inclusive nas seguintes hipóteses:**

I - contratos de programa que não tenham sido objeto de requerimento de comprovação de capacidade econômico-financeira, nos termos do disposto no Decreto nº 10.710, de 31 de maio de 2021;

II - contratos de programa cujo prestador de serviço responsável não tenha obtido decisão favorável no processo de comprovação de capacidade econômico-financeira, nos termos do disposto no Decreto nº 10.710, de 2021;

III - **contratos de programa cujo prestador de serviço responsável tenha obtido decisão favorável no processo de comprovação de capacidade econômico-financeira, mas cuja decisão tenha perdido seus efeitos**, nos termos do disposto no art. 18 do Decreto nº 10.710, de 2021;

IV - **contratos de programa que não tenham internalizado, até o dia 31 de março de 2022, as metas de expansão e atendimento de que trata o art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007;**

V - **contratos de programa prorrogados em desconformidade com o disposto na Lei nº 11.445, de 2007, na Lei nº 14.026, de 2020, e em seus regulamentos;** e

VI - outras hipóteses não passíveis de regularização, conforme entendimento do titular do serviço público de saneamento básico ou da entidade reguladora e fiscalizadora.

§ 4º **As providências mencionadas no § 3º incluem aquelas preparatórias à extinção antecipada dos contratos irregulares, inclusive o cálculo de indenizações, quando cabíveis, e, no caso da estruturação de novos contratos de concessão, a elaboração dos estudos e avaliações indispensáveis aos procedimentos licitatórios.**

Pedro Figueiredo

Advogado - OAB-RS 19.093

§ 5º Quando as providências de que trata o § 3º incluam indenizações por investimentos em bens reversíveis não amortizados ou depreciados, as indenizações serão apuradas pelas agências reguladoras competentes e, quando a lei exigir, serão pagas até a data da transferência definitiva da prestação dos serviços, podendo esta responsabilidade ser alocada no escopo de novos contratos de concessão.

§ 6º Para fins do disposto neste Decreto, as providências para extinção antecipada de contratos irregulares devem considerar os conceitos e os procedimentos aplicáveis aos contratos de concessão, no que for cabível.

§ 7º A irregularidade do contrato não implica a interrupção automática do serviço, podendo o titular do serviço público de saneamento básico manter a prestação por meio do atual prestador pelo período necessário para o efetivo encerramento do contrato e para a transferência do serviço para novo prestador.

§ 8º A ANA disponibilizará em seu sítio eletrônico a relação dos contratos regulares que aderiram às metas relativas à expansão de cobertura e atendimento de que trata o art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007, mediante comprovação de capacidade econômico-financeira do prestador, para aferição do disposto no inciso VI do caput do art. 4º.

Em resumo – e talvez esse seja o dispositivo mais importante oriundo do Decreto nº 11.030/2022: a irregularidade do contrato também é um fator que resulta na impossibilidade de obtenção de financiamentos e alocações de recursos federais para o saneamento.

Constatada a irregularidade, **devem ser comunicados com a maior brevidade o Tribunal de Contas do Estado e o Ministério Público, bem como as Agências Reguladoras**, informando tais órgãos de controle, regulação e fiscalização quanto à situação de irregularidade e acerca das providências adotadas para transição a forma regular de prestação.

Como **irregulares** são compreendidos, principalmente, além de outros **não passíveis de regularização**, os **contratos de programa que não incluíram as metas de expansão determinadas pelo art. 11-B, caput, da Lei nº 11.445/07, até dia 31/03/2022**, os **prorrogados irregularmente**, bem como os **que não tenham comprovado sua capacidade econômico-financeira**, ou, se comprovada, ela tenha **perdido seus efeitos** (quando condicionada e as condições não forem cumpridas).

• Apenas a título de conhecimento, especificamente quanto ao Estado do Rio Grande do Sul, através da Informação nº 19/2022-DT (04/03/2022), a AGERGS concluiu pela comprovação da capacidade econômico-financeira da CORSAN para atendimento às metas de universalização, condicionada (condição resolutiva) à captação de recursos indicada no estudo apresentado (R\$ 1 bilhão através do IPO em meados de 2022; R\$ 1 bilhão em financiamento junto ao BNDES até 2027; R\$ 1 bilhão através de debêntures incentivadas de infraestrutura até 2027). Segundo tal informação, aliada ao que consta do art. 18, III do Decreto n. 10.710/21, uma vez não cumpridas tais condições nos prazos fixados, a comprovação perderá seus efeitos, tornando os contratos de programa irregulares também por este fator.

O Decreto ainda determina que ao titular do serviço (Município, de regra) cabe adotar com a maior brevidade, diante de um contrato irregular, medidas **"para transição para uma forma de operação regular"**. Essas medidas são as **"preparatórias à extinção antecipada dos contratos"** e incluem **o cálculo de indenizações devidas** (a ser efetuado junto com as **Agências Reguladoras**, sendo que as indenizações devem ser pagas **até a data da transferência definitiva** do serviço se assim exigir a Lei) e a **realização de estudos para licitação futura**.

Ou seja: por expressa previsão normativa, é **exigido** aos Municípios cujos Contratos de Programa não tenham sido aditados até 31/03/2022 para incluir as metas de expansão dos serviços de que trata o art. 11-B da Lei n. 11.445/07 **que iniciem desde logo as medidas preparatórias para extinção antecipada dos contratos**, como forma de dar impulso à transição para um regime regular de prestação dos serviços de saneamento.

E que medidas são essas? Vejamos:

a) Instauração de processo administrativo de apuração de irregularidade contratual, com notificação do prestador de serviços para efeito de garantir a ampla defesa;

b) Provocação da Agência Reguladora para o cálculo das indenizações devidas à Companhia Estatal pelo encerramento antecipado;

c) Realização de Estudos de Viabilidade para concessão posterior dos serviços ou para ingresso em estrutura de prestação regionalizada.

A partir da conclusão do processo administrativo de apuração de irregularidade e dos estudos de viabilidade, será possível ao Gestor tomar a decisão da maneira mais justificada possível em relação ao encerramento do contrato (se tal for a compreensão do Gestor) e sua transição para um regime de operação regular (seja por concessão própria; seja através de estrutura de prestação regionalizada).

Vale dar destaque ao §6º acima transcrito, quando diz que as providências para **extinção antecipada dos**

contratos irregulares devem considerar os conceitos e procedimentos aplicáveis aos Contratos de Concessão. Ou seja, deve haver a **instauração do processo de apuração de irregularidade** para permitir a extinção antecipada dos contratos e posterior regularização das operações.

- Observação 01: Ainda que o próprio Decreto tenha estipulado como uma das hipóteses de irregularidade aparentemente "insanáveis" a ausência de inclusão das metas de expansão nos contratos até 31/03/2022, é **recomendável** aos Municípios que não tenham apresentado contranotificação ao prestador antes de 31/03/2022 que confirmam a ele um prazo razoável (seguindo as disposições do art. 38, §3º, da Lei nº 8.987/95) a fim de que apresente um Termo Aditivo com as metas de expansão. Caso o Município tenha seguido nossas orientações e contranotificado o Prestador antes de 31/03/2022, essa medida é dispensável, e pode ser instaurado de plano o Processo Administrativo de Apuração da Irregularidade (nomeando-se a Comissão processante), notificando o Prestador para apresentar suas razões de defesa e, posteriormente, decidindo fundamentadamente (com prévio Parecer Jurídico) acerca do encerramento, ou não, do contrato.

- Observação 02: O processo administrativo aqui pode ter um objeto amplo (abarcando os demais descumprimentos contratuais, se houver), ou se limitar apenas à irregularidade oriunda da não inclusão das metas de expansão até 31/03/22. A nosso ver (considerando a possibilidade de judicialização da matéria), ainda que haja outras razões de terminação contratual (como descumprimentos contínuos das obrigações pelos prestadores), é recomendável que haja a autuação de **mais de um processo administrativo** para cada razão de terminação eventualmente existente. Assim, cada matéria será versada em procedimento próprio (um para o descumprimento contratual; outro para a ausência de inclusão das metas até 31/03/22, por exemplo), de modo que a eventual paralisação ou reforma judicial do decidido em um dos processos não impactará no outro, e a morosidade de um não acarretará morosidade dos demais (já que alguns versam sobre matéria exclusivamente jurídica; enquanto outros demandam uma análise técnica mais aprofundada, muitas vezes dependente de laudos periciais e outros instrumentos de alta complexidade).

Também é oportuno destacar o disposto no §7º acima transcrito, quando alude à continuidade da prestação dos serviços, ainda que de forma precária, pelo prestador cujo contrato for considerado irregular, até que haja a definitiva transferência da prestação ao futuro concessionário. Essa norma formaliza a orientação que sempre fora repassada aos Municípios a respeito do princípio da continuidade dos serviços públicos, que podem continuar sendo desenvolvidos pelos prestadores irregulares enquanto não encerrada a transição a um regime de operação regular – o que **não impede que, em sendo conveniente e adequado ao interesse público, haja**

a substituição do prestador por outro antes da transição definitiva dos serviços, desde que garantida a não interrupção dos serviços.

...

RECOMENDAÇÕES

Considerando as disposições do Decreto recentemente expedido, recomendamos aos Municípios que desde logo adotem os seguintes procedimentos:

a) Caso não tenham notificado previamente o prestador de serviços quanto à não aceitação do aditivo contratual pela ausência de definição das metas de expansão e outros critérios essenciais determinados pela Lei n. 11.445/07 (como sugerido em minuta que fora encaminhada por esta consultoria), recomenda-se seja **notificado o prestador** a fim de que, em **prazo razoável** (sugere-se que não passe de julho/2022), apresente proposta coerente de aditivo para regularização contratual às disposições do Novo Marco Legal do Saneamento Básico, compreendendo não apenas as disposições dos art. 11 e 11-B, mas também do art. 10-A da Lei nº 11.445/07, atendendo assim ao art. 38, §3º, da Lei n. 8.987/95.

b) Caso tenham notificado previamente o prestador (como sugerido em minuta que fora encaminhada pela consultoria), é oportuno que imediatamente **sejam notificados o Ministério Público, o Tribunal de Contas do Estado e as Agências Reguladoras Estaduais e Federais**, informando a irregularidade do Contrato oriunda do disposto no art. 4º-A, §3º, IV, do Decreto nº 10.588/20, bem como que o Município passará a adotar as providências para extinção antecipada como determinado no Decreto. Sugere-se que em anexo a tais notificações sejam enviadas cópias das trocas de documentos entre o Município e o prestador, para demonstrar a diligência e as tentativas do Município de adequar seus contratos, com a resistência do prestador;

c) Superados os pontos acima, **seja instaurado Processo Administrativo de Apuração de Irregularidade Contratual**, com a Notificação do prestador acerca da irregularidade do contrato, conferindo prazo para apresentação de manifestação a respeito da extinção antecipada.

• **Observação:** Caso haja interesse do Município em desenvolver não apenas o processo de apuração de irregularidade, mas também eventual processo de caducidade ou de nulidade do contrato, sugere-se que haja a instauração de expedientes separados para essas finalidades, já que tendem a envolver maiores exigências técnicas e profissionais de outras áreas (contabilidade, engenharia, entre outras), com maior complexidade, risco e possível morosidade em sua conclusão.

d) **Seja notificada a Agência Reguladora Estadual** para que promova, juntamente com o Município, **o cálculo do**

valor dos ativos ainda não amortizados que serão objeto de indenização posterior (importante a contratação de um profissional para auxiliar o Município nesse cálculo), nos termos do art. 4º-A, §5º, acima;

e) **Obtenção de Estudos de Viabilidade** para estruturar um possível processo de concessão dos serviços de saneamento, ou, se for o caso, averiguar a inviabilidade respectiva, de modo a orientar o Gestor quanto ao ingresso (ou não) em estrutura de prestação regionalizada, nos termos do art. 4º-A, §4º, in fine, acima.

Adere-se às recomendações feitas pelo eminente advogado, com as quais se concorda. Registra-se a adequação dos seus termos às regras legais e regulamentares e às sugestões anteriormente feitas neste parecer.

De outra banda, cabe referir que, caso o Município não consiga, por força de decisão judicial, ultimar o processo de caducidade, nada impede que retome o serviço por meio de encampação, nos termos do art. 37 da Lei 8.987, de 1995.

Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.

Ainda que trate a regra de eventual indenização, esta se daria, na forma do art. 36 da Lei 8987, de 1995 sobre os "investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido". Como a tarifa vem ao longo dos anos retirando dos usuários dos serviços investimentos que não foram feitos pela Companhia, é possível que a CORSAN tenha que indenizar o Município ao final, não o contrário, o que pode ser objeto de avaliação.

De qualquer forma, muito possivelmente tal matéria vá ter resolução na esfera judicial, mas, como se disse, presente o histórico descumprimento contratual por parte da CORSAN, eventual indenização em seu favor seria parcelada em tantas parcelas quantas necessárias ao Município, em face de regra contratual anteriormente mencionada.

Ainda em relação à possibilidade de decisão pelo Município isso é expressamente afirmado no art. 248, par. 1º, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, segundo o qual **“os municípios poderão manter serviços próprios de saneamento.”**

Cabe ao Município buscar alternativas e estudos que visem a mostrar a melhor modelagem para a execução dos serviços. A iniciativa privada tem dado demonstração de viabilidade econômica e financeira para a execução por meio de concessão plena ou parceria público-privada dos serviços de saneamento, o que leva a buscar estudos que auxiliem o Município na formatação de Edital que melhor se amolde aos interesses do Município e gerem competitividade e a melhor vantagem possível para a Administração Pública.

Sugere-se, por conta disso, que o Município utilize o instrumento do Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI, o que pode ser feito desde logo, independentemente das medidas que antes foram sugeridas. Cabe destacar que o PMI, anteriormente regulado em decreto federal, recebeu agora tratamento na Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Nesta é estabelecido, no art. 81, que:

Art. 81. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de

chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.

§ 1º Os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação, realizados pela Administração ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, e o vencedor da licitação deverá ressarcir os dispêndios correspondentes, conforme especificado no edital.

§ 2º A realização, pela iniciativa privada, de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do procedimento de manifestação de interesse previsto no **caput** deste artigo:

I - não atribuirá ao realizador direito de preferência no processo licitatório;

II - não obrigará o poder público a realizar licitação;

III - não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração;

IV - será remunerada somente pelo vencedor da licitação, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público.

§ 3º Para aceitação dos produtos e serviços de que trata o **caput** deste artigo, a Administração deverá elaborar parecer fundamentado com a demonstração de que o produto ou serviço entregue é adequado e suficiente à compreensão do objeto, de que as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades do órgão e de que a metodologia proposta é a que propicia maior economia e vantagem entre as demais possíveis.

§ 4º O procedimento previsto no **caput** deste artigo poderá ser restrito a startups, assim considerados os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração.

Neste particular, cabe afirmar que o Município já possui Decreto que regulamenta o PMI, que está adequado à legislação federal pertinente, de forma que já há a possibilidade de se tomarem as medidas necessárias para que esse instrumento seja utilizado. Cabe aduzir que a empresa GO Associados Consultoria Empresarial Ltda, reconhecida e prestigiada consultoria na área de saneamento,

representada pelo eminente Gesner José de Oliveira Filho, apresentou, em fevereiro deste ano, ao Município Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP), em que traz minutas relacionadas à abertura de Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) pelo Município.

Tendo em vista que a alta qualidade do material produzido é capaz de gerar uma contratação adequada pelo Município, e considerando que os estudos apresentados em um Procedimento de Manifestação de Interesse não trazem custos ao Município, que poderá se valer deles para uma futura concessão, entende-se que o Município deve com a maior brevidade possível dar o encaminhamento ali sugerido, com a abertura do PMI que poderá dar ao Município os melhores instrumentos aptos a alcançar as metas de universalização estabelecidas em lei.

VII- CONCLUSÕES

Diante do que foi exposto, conclui-se que:

- a) A essencialidade do direito ao abastecimento de água e ao esgotamento sanitário traz como consequência o dever objetivo de busca do seu atendimento pelo gestor público, que deve tomar todas as providências ao seu alcance para que os serviços públicos a ele inerentes sejam efetivados;
- b) O fato de que as leis estaduais de desestatização da CORSAN e de regionalização dos serviços de saneamento foram feitas sem critérios técnicos, e que a segunda foi feita com preocupação exclusiva na primeira, gera insegurança jurídica aos municípios, que, se aderirem à regionalização proposta,

perdem poder quanto ao destino de seus serviços na área de saneamento;

- c) Se houver a constatação, em face de laudo técnico de engenharia, que o contrato vem sendo descumprido, caberá ao Município tomar as medidas necessárias à apuração das causas do descumprimento, bem como à aplicação das penalidades legal e contratualmente previstas. Para tanto, deverá determinar a abertura de processo administrativo com esta finalidade, dando ciência de sua abertura à Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado do Rio Grande do Sul – AGERGS, à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul – TCE-RS e ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul – MP-RS;
- d) Caso constatado o descumprimento, poderá o Senhor Prefeito Municipal decidir, dentro de sua margem de discricionariedade administrativa, por (i) intervir na concessão, para adequar a execução do contrato às determinações legais, regulamentares e contratuais pertinentes ou (ii) por tomar as medidas tendentes à apuração de responsabilidade com a possível aplicação da pena de caducidade;
- e) Caso a escolha do gestor municipal seja pela intervenção na concessão, o que poderá ser feito se elemento probatório idôneo indicar que a ausência de tratamento adequado possa colocar em risco a saúde do cidadão do Município, deverá ele fazer, nos termos do art. 32 e seguintes da Lei nº 8.987, de 1995, expedir decreto de intervenção, no âmbito do qual designará interventor e estabelecerá os limites e extensão da medida;

- f) Escolhendo realizar a abertura de processo com vistas à apuração de descumprimento contratual e possível aplicação de pena de caducidade, deverá notificar a CORSAN sobre as irregularidades havidas, dando prazo para a regularização, sob pena de abrir o processo de inadimplência;
- g) VII - Caso venha a ocorrer a venda de ações da CORSAN, abre-se outra causa extintiva do contrato que deverá ser objeto de apuração. O fato de haver em andamento intervenção na concessão ou processo administrativo com o sentido de apurar a inadimplência e possível aplicação da pena de caducidade não afasta a necessidade de abertura de processo especificamente para tal fim, com possível aplicação de pena de caducidade;
- h) Ainda que se intepretasse, *ad argumentandum tantum*, a cláusula extintiva contratual como não mais integrante do ordenamento jurídico, o art. 27 da Lei nº 8.987, de 1995, traz como hipótese de extinção a alteração societária sem o consentimento do Poder Concedente;
- i) No sentido de cumprir as metas determinadas em lei para a universalização dos serviços de saneamento, o Município deve tomar as medidas necessárias para esse fim. Daí que, presente estudo com total adequação à lei, nos termos de Manifestação de Interesse Público (MIP) para a estruturação de Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), com os instrumentos adequadamente disciplinados, sugere-se que o Município dê início, incontinentemente, a esse procedimento.

É o parecer, s.m.j.

Porto Alegre, 10 de dezembro de 2022.

Pedro Henrique Poli de Figueiredo
Advogado – OAB-RS nº 19.093

PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi proposto para assinatura digital na plataforma Portal OAB. Para verificar as assinaturas clique no link: <https://oab.portaldeassinaturas.com.br/Verificar/5C64-1F26-BE63-580D> ou vá até o site <https://oab.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código para verificação: 5C64-1F26-BE63-580D



Hash do Documento

DBAC979763AE2C7B4A3C7D2E444D53EED891F677BC2F5E4118418D18FB9A0D07

O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 11/12/2022 é(são) :

- Pedro Henrique Poli De Figueiredo - 395.775.460-72 em
11/12/2022 11:59 UTC-03:00

Tipo: Certificado Digital

