

CONTRIBUIÇÕES DA ABCON SINDCON

RESOLUÇÃO ARES-PCJ Nº XXX, DE XX DE XXXXX DE 2022

Estabelece critérios regulatórios de avaliação da antecipação de investimentos em redes de água e esgoto por empreendedores imobiliários, a serem observados nos municípios vinculados à regulação e fiscalização da ARES-PCJ que possuem prestação privada dos serviços de saneamento e dá outras providências.

A DIRETORIA EXECUTIVA DA ARES-PCJ – AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO DAS BACIAS DOS RIOS PIRACICABA, CAPIVARI E JUNDIAÍ (AGÊNCIA REGULADORA PCJ), no uso das atribuições que lhe conferem a Cláusula 32ª, inciso IV, do Protocolo de Intenções da ARES-PCJ convertido em Contrato de Consórcio Público e o art. 29, inciso IV, do Estatuto Social da ARES-PCJ e;

CONSIDERANDO: Que a Lei federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e o Decreto federal nº 7.217/2010, que a regulamenta.

Que a Lei federal nº 11.445/2007, nos termos do artigo 23, incisos I, IV e X, confere à entidade reguladora competência para editar normas regulatórias de natureza técnica, econômica e social, incluindo padrões de qualidade na prestação dos serviços e no atendimento ao público.

Que o Protocolo de Intenções da Agência Reguladora PCJ (ARES-PCJ), convertido em Contrato de Consórcio Público, nos termos da Cláusula 13ª, Parágrafo Único, incisos I, III e IV, dispõe sobre a gestão associada e transferência de exercício das competências municipais de regulação e fiscalização, fixação, reajuste e revisão das tarifas, taxas ou preços públicos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico à Agência Reguladora PCJ.

Que o Parágrafo Único do Art. 18-A da Lei federal nº 14.026/2020, que atualiza a Lei federal nº 11.445/2007, estabelece que as agências reguladoras instituirão regras para que empreendedores imobiliários façam investimentos em redes de água e esgoto, identificando as situações nas quais os investimentos representam antecipação de atendimento obrigatório do operador local, fazendo jus ao ressarcimento futuro por parte da concessionária.

Que a Agência Reguladora PCJ concluiu ser necessário estabelecer metodologia padronizada para definição objetiva do investimento executado por empreendedor imobiliário em redes de água e esgoto e assumido pelo prestador de serviços em seu Plano de Negócios.

Que, em face da realização de Consulta e Audiência Pública entre os meses de XXXXX e XXXXX de 2022, sobre o tema, a Diretoria Executiva da ARES-PCJ, reunida em XX de XXXXX de 2022,

RESOLVE:

Editar normativa sobre critérios regulatórios de avaliação da antecipação de investimentos em redes de água e esgoto por empreendedores imobiliários, a serem observados pelas entidades privadas prestadoras de serviços públicos de água e de esgotamento sanitário nos municípios vinculados à regulação e fiscalização da ARES-PCJ, nos seguintes termos:

CAPÍTULO I DO OBJETO

Art. 1º. Esta Resolução estabelece critérios regulatórios de avaliação da antecipação de investimentos em redes de água e esgoto por empreendedores imobiliários, a serem observados pelas entidades privadas prestadoras de serviços públicos de água e de esgotamento sanitário nos municípios vinculados à regulação e fiscalização.

Parágrafo único. As condições, critérios e metodologias previstas nesta Resolução não se aplicam aos prestadores dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, sob administração direta, indireta (autárquica) ou de economia mista.

Sugestão: sugere-se excluir, do “caput”, o termo “privadas” e excluir o parágrafo único deste art. 1º, por dois motivos principais: deve-se garantir o princípio da isonomia entre todos os prestadores de serviços e deve ser regulado, pelas agências reguladoras, o ressarcimento ao empreendedor por qualquer prestador, sob pena de haver um “vácuo” regulatório quanto a esse aspecto previsto no art. 18-A, parágrafo único, da Lei nº 11.445/2007.

Muito embora o parágrafo único do art. 18-A, da Lei nº 11.445/2007 utilize a palavra “concessionária”, antes se refere a “operador local”, ficando claro que a referência a “concessionária” é genérica e não somente ao prestador sujeito ao regime de concessão dos serviços públicos. A interpretação restrita da Lei seria contrária ao princípio da isonomia.

Ademais, ainda nas situações em que se aplica a regulação discricionária a entidades da Administração Pública que prestam diretamente os serviços e a empresas estatais que prestam serviços via contrato de programa, eventual ressarcimento do prestador ao empreendedor deve ser regulado por meio de resolução. As consequências de eventual ressarcimento para o prestador e para as tarifas cobradas dos usuários nessas situações podem sim ser reguladas via regulação discricionária.

CAPÍTULO II

DAS DEFINIÇÕES

Art. 2º Para os fins desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

I. ATENDIMENTO: critério objetivo de atendimento ou cobertura das infraestruturas de redes de água e/ou esgoto, estabelecido em Contrato de Concessão Plena ou Concessão Administrativa (PPP) enquanto meta de desempenho.

II. CONTRATO ESPECIAL: instrumento estabelecido pela Resolução ARES-PCJ nº 50/2014, pelo qual o prestador de serviços e o usuário ajustam as características técnicas e as condições comerciais dos serviços de abastecimento de água e ou esgotamento sanitário.

Sugestão: sugere-se incluir, no fim do inciso II, a expressão “observado o conteúdo mínimo previsto em Anexo II da presente Resolução.”

Apesar de a ARES-PCJ, na qualidade de entidade reguladora, eventualmente, se posicionar a respeito dos contratos especiais que serão celebrados, é importante que regras mínimas sejam definidas de antemão, para se diminuir o risco de impasses entre empreendedor e prestador e atrasos na concessão de viabilidade e no início das obras de empreendimentos, bem como demandas futuras quanto a ressarcimentos eventualmente devidos, que levarão a um custo regulatório maior, pois a ARES-PCJ será futuramente acionada na hipótese de haver tais demandas.

III. INVESTIMENTO PASSÍVEL DE RESSARCIMENTO: execução de obra de redes de água e/ou esgoto de forma onerosa e de interesse não restrito ao empreendedor imobiliário, em termos de despesa de capital em ativos reversíveis no contrato de Concessão ou Parceria Público-Privada e que represente antecipação de metas de atendimento contratadas.

Sugestão:

Sugere-se incluir definição de “redes de interesse não restrito”, nos seguintes termos:

“REDES DE INTERESSE NÃO RESTRITO: redes projetadas para atender outras economias além daquelas economias localizadas em determinado empreendimento imobiliário.”

IV. PLANO DE NEGÓCIOS: composição de investimentos e intervenções previstas em um Contrato de Concessão ou Parceria Público-privada.

Sugestão:

O termo “PLANO DE NEGÓCIOS” não é utilizado ao longo de Resolução e, ainda, esse termo tem uma definição específica e nem sempre é anexa ao contrato de concessão ou de parceria público-privada, razão pela qual se sugere a sua exclusão.

V. RESSARCIMENTO: ato de devolução, acordado em Contrato Especial entre empreendedor imobiliário e prestador privado, de montante investido em redes de água e esgoto que representem antecipação de metas de atendimento constantes em Contrato de Concessão Plena ou Concessão Administrativa (PPP).

Sugestão:

1. Sugere-se incluir, após os termos “rede de água e esgoto” a expressão que “sejam REDES DE INTERESSE NÃO RESTRITO e...”, se for acatada a sugestão de inclusão dessa definição ou, alternativamente, a expressão “que sejam de interesse não restrito e...”. Isso porque, pela legislação e pela lógica da Resolução, as redes devem ser de interesse não restrito.
2. Sugere-se incluir a Concessão Patrocinada nesse inciso e ao longo da redação da Resolução, que também é uma modalidade de parceria público-privada.

CAPÍTULO III

DAS CONDIÇÕES GERAIS

Seção I

Da Aplicabilidade da Resolução

Art. 3º. A presente Resolução tem aplicação obrigatória para todos os prestadores dos serviços públicos delegados mediante Contratos de Concessão Plena ou de Concessão Administrativa (PPP), nos municípios vinculados à regulação e fiscalização da ARES-PCJ, tendo os seguintes objetivos:

Sugestão: De acordo com o art. 6º, a premissa adotada é a de que o processo de ressarcimento não deve alterar o equilíbrio econômico-financeiro. Entretanto, considerando as regras atualmente vigentes, a aplicação dos termos da Resolução aos contratos de concessão e contratos de parceria público-privada podem resultar em desequilíbrio econômico-financeiro dos mesmos, e nestes casos, a aplicação da norma deve estar condicionada à prévia celebração de termos aditivos aos contratos, uma vez que estamos diante de nova obrigação a ser assumida pelo prestador, com reflexos diretos na concessão ou parceria público-privada, notadamente, no equilíbrio econômico-financeiro.

Note que, pelo art. 58 da Lei nº 8.666/1993, as cláusulas de natureza econômico-financeira e monetária somente podem ser alteradas mediante prévia concordância com o contratado:

“Art. 58. [...]

[...]

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.”

No caso em tela, não se está negando que a origem da nova obrigação (de natureza financeira) consta da Lei nº 14.026/2020, no entanto, a sua efetiva aplicação (ou seja, aplicação prática quanto a cada contrato) deve ser precedida da análise dos impactos econômico-financeiros aos contratos e da concomitante manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, direito garantido constitucionalmente (art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal).

Destaca-se que, com relação aos contratos de concessão e de parcerias público-privada, aplica-se regulação contratual, ou seja, eventuais impactos econômico-financeiros dessa obrigação não são analisados pela agência reguladora a cada ano, quando da revisão tarifária de modo discricionário. Então, essa revisão deverá se dar na esfera contratual, quando do estabelecimento efetivo da nova obrigação.

Por tudo isso, é imprescindível que, **antes** da expressão “tendo os seguintes objetivos:” seja incluído o trecho “por meio do respectivo termo de aditamento contratual”, sob risco de a agência incorrer em ilegalidade e inconstitucionalidade.

I – Identificar objetivamente quando o investimento representa antecipação de investimento assumido pelo prestador de serviços, fazendo jus ao ressarcimento, ou não;

II – Estabelecer os mecanismos de comunicação de direitos aos interessados e de formalização do processo de ressarcimento.

Sugestão:

1. Sugere-se esclarecer quem seriam os interessados previstos nesse inciso, supondo-se que sejam eles os empreendedores imobiliários.
2. Ademais, sugere-se que, nos mecanismos de comunicação de direitos, a ARES-PCJ seja envolvida, uma vez que foi atribuída a ela, pela Lei nº 11.445/2007, a competência para definir regras relativas ao termo de ressarcimento, sendo importante que ela participe, portanto, do processo de comunicação dessas regras aos empreendedores.

Seção II

Dos Critérios Regulatórios de Avaliação

Art. 4º. A execução de redes de água e esgoto de interesse restrito ao empreendimento imobiliário, como redes internas de distribuição ou coleta ou externas de caráter exclusivo, não são classificadas como passíveis de ressarcimento.

Sugestão:

1. Sugere-se deixar mais claro na redação da norma o que são as redes externas de caráter exclusivo e que apenas as redes que são objeto de ressarcimento.
2. Ademais, é imprescindível que fique delineado na Resolução em qual momento e quem define a hipótese de ressarcimento, sendo importante que tal definição se dê pelo prestador, que conhece o sistema público, e quando da análise da viabilidade do empreendimento.

Diante dos dois pontos levantados acima, sugere-se a seguinte redação para este dispositivo:

“Art. 4º. A execução de redes de água e esgoto de interesse restrito ao empreendimento imobiliário, como redes de distribuição ou coleta internas ou redes externas de caráter exclusivo, ou seja, projetadas exclusivamente para viabilizar o empreendimento, não são classificadas como passíveis de ressarcimento, não sendo passíveis de ressarcimento, ainda, por força do disposto no art. 18-A, parágrafo único, da Lei nº 11.445/2007, outros ativos e estruturas relativos aos serviços de abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário implantados pelo empreendedor imobiliário.”

Parágrafo único. Quando da viabilidade técnica do empreendimento imobiliário, o prestador de serviços classificará a rede como passível de ressarcimento ao empreendedor imobiliário, de acordo com os critérios desta Resolução.

Art. 5º. O processo de execução de redes de água e esgoto de interesse compartilhado entre o empreendedor imobiliário e a municipalidade deverá ter seu impacto avaliado em termos do indicador de atendimento contratado, nos termos do disposto no Anexo I da presente Resolução.

§ 1º. Quando a diferença algébrica entre o indicador de atendimento projetado com e sem a execução do investimento for nula ou negativa, o empreendedor imobiliário não faz jus ao ressarcimento.

§ 2º. Quando a diferença algébrica entre o indicador de atendimento projetado com e sem a execução do investimento for positiva, o empreendedor imobiliário fará jus ao ressarcimento.

Sugestão: sugere-se que fique claro o que é interesse compartilhado, porque, em muitas situações, para a viabilização de empreendimento imobiliário, o empreendedor acaba realizando determinadas obras que não seriam executadas pelo prestador para fins de atendimento dos seus usuários.

Nessa medida, sugere-se a seguinte redação para o caput do art. 5º:

“Art. 5º. No caso de execução de redes de água e esgoto de interesse compartilhado entre o empreendedor imobiliário e demais usuários não localizados no empreendimento, o fluxo de ressarcimento dos investimentos ocorrerá conforme Anexo I da presente Resolução, ficando certo que não serão objeto de ressarcimento pelo prestador ao empreendedor imobiliário:

I – as redes de distribuição de água e/ou de coleta de esgoto que beneficiem outros usuários não localizados no empreendimento imobiliário, mas que sejam implantados exclusivamente para viabilizar o referido empreendimento imobiliário;

II – as redes de distribuição de água e/ou de coleta de esgoto que não estejam previstas no plano de investimentos do prestador dos serviços;

III – outros ativos e estruturas de abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário implantados pelo empreendedor imobiliário que não sejam redes.”

Seção II

Da Formalização dos Investimentos e seu Ressarcimento

Art. 6º. Todo investimento em redes de água e esgoto classificado como passível de ressarcimento deverá figurar em Contrato Especial a ser firmado entre as partes, nos termos do art. 58 da Resolução ARES-PCJ nº 50/2014, contendo descritivo do investimento, valor orçado pelo empreendedor imobiliário, impacto projetado nas condições de atendimento constantes em Contrato de Concessão Plena ou Concessão Administrativa (PPP) e condições de ressarcimento.

Sugestão:

1. Conforme já mencionado na sugestão proposta no art. 2º, inciso II, apesar de a ARES-PCJ, na qualidade de entidade reguladora, eventualmente, se posicionar a respeito dos contratos especiais que serão celebrados, é importante que regras mínimas sejam definidas de antemão, para se diminuir o risco de impasses entre empreendedor e prestador e atrasos na concessão de viabilidade e no início das obras de empreendimentos, bem como demandas futuras quanto a ressarcimentos eventualmente devidos, que levarão a um custo regulatório maior, pois a ARES-PCJ será futuramente acionada na hipótese de haver tais demandas.

Vale dizer que outros setores de infraestrutura, como de energia elétrica (REN 1000/21 ANEEL), possuem normas semelhantes com o fim de conferir maior segurança jurídica às partes, inclusive à atividade reguladora.

Dessa forma, sugere-se que, para além do disposto no art. 58 da Resolução ARES-PCJ nº 50/2014, outras condições mínimas do Contrato Especial constem em Anexo II desta Resolução. As condições mínimas seriam as seguintes:

- a) a obra deve ser executada por profissional legalmente habilitado, com registro no conselho de classe competente;
- b) os materiais e equipamentos utilizados na execução da obra devem ser novos e atender às especificações fornecidas pelo operador, sendo proibida a utilização de materiais ou equipamentos reformados ou reaproveitados;
- c) o empreendedor, quando solicitado, deve apresentar ao operador as notas fiscais dos materiais e equipamentos e os termos de garantia dos fabricantes;
- d) as obras devem ser previamente acordadas com o operador;
- e) nos casos de reforços ou de modificações em redes existentes, a distribuidora deve fornecer autorização por escrito ao consumidor e demais usuários, informando data, hora e prazo compatíveis com a execução dos serviços;
- f) a execução da obra pelo empreendedor não pode ser condicionada ao fornecimento de equipamentos ou serviços pelo operador;
- g) o operador pode realizar ou exigir credenciamento ou homologação de empresas para realização das obras dispostas nesta resolução;
- h) a descrição das obras, o prazo para a sua realização e o orçamento detalhado;
- i) fornecimento, pelo empreendedor, de no mínimo, 3 (três) orçamentos detalhados para análise e aprovação do operador; e
- j) os investimentos em redes que representem antecipação de investimentos do prestador devem ser realizados pelo prestador ao empreendedor no mesmo momento em que esses investimentos seriam realizados, de acordo com o plano de investimentos do prestador.

2. É essencial que uma das condições mínimas do Contrato Especial seja a de que o ressarcimento de investimentos em redes que representem antecipação de investimentos do prestador seja realizado pelo prestador ao empreendedor no mesmo momento em que esses investimentos seriam realizados, de acordo com Plano de Investimentos do prestador.

3. Ainda, sugere-se que o poder concedente figure como parte do Contrato Especial a ser celebrado, uma vez que (i) os termos do Contrato Especial trazem reflexos diretos aos contratos de concessão e de parcerias público-privadas e à prestação dos serviços, que são de titularidade e de interesse do poder concedente, e (ii) as redes a serem implantadas pelo empreendedor serão equipamentos públicos, nos termos da legislação vigente.

4. A obrigação de ressarcimento pela Concessionária deverá ser limitada ao respectivo valor do investimento antecipado previsto no plano de investimentos, de forma a não gerar desequilíbrio no Contrato de Concessão. Apenas serão admitidas situações em que o valor do investimento a ser ressarcido seja diferente daquele previsto no plano de investimentos, caso a diferença seja devidamente justificada, acordada entre concessionária e empreendedor e aprovada pela ARES-PCJ. Nesses casos deverá ser preservado o equilíbrio econômico-financeiro da Concessão.

Diante das quatro sugestões, sugere-se que a redação do art. 6º passe a ser a seguinte:

Art. 6º. Todo investimento em redes de água e esgoto classificado como passível de ressarcimento deverá figurar em Contrato Especial a ser firmado **entre empreendedor imobiliário e prestador, com a interveniência-anuência do titular dos serviços**, nos termos do art. 58 da Resolução ARES-PCJ nº 50/2014, contendo descritivo do investimento, valor orçado pelo empreendedor imobiliário **e aceito pelo prestador**, impacto projetado nas condições de atendimento constantes em Contrato de Concessão Plena ou Concessão Administrativa (PPP), **prazos** e condições de ressarcimento.

§1º. O Contrato Especial deverá respeitar as condições mínimas previstas no Anexo II desta Resolução.

§2º Como uma das condições mínimas do Contrato Especial, deverá ser incluída a previsão de que o ressarcimento de investimentos em redes que representem antecipação de investimentos do prestador seja realizado pelo prestador ao empreendedor no mesmo momento em que esses investimentos seriam realizados, de acordo com o plano de investimentos da concessão, em valores que não superem o que o prestador, de forma eficiente, desembolsaria para executar o projeto e limitado ao montante previsto no plano de negócios do prestador para respectivos investimentos.

Art. 7º. Cabe ao prestador privado dar ciência do conteúdo da presente Resolução, a partir da sua data de vigência, aos empreendedores imobiliários na ocasião da emissão de diretrizes para novos empreendimentos em sua área de concessão.

Sugestão: a inclusão dessa obrigação ao prestador implica a necessidade de implantação de novo sistema de controle, com novos custos; ademais, a Resolução é pública, sendo de acesso por todos os interessados. Então, os empreendedores imobiliários terão conhecimento do conteúdo da norma.

Ainda, o próprio Contrato Especial decorrerá desta Resolução e ela será citada nesse documento que será assinado entre as partes.

Portanto, sugere-se a exclusão do art. 7º ou que ele seja alterado para que a ARES-PCJ dê ciência do conteúdo da resolução aos empreendedores imobiliários.

Art. 8º. Cabe ao prestador privado informar à ARES-PCJ e ao Poder Concedente, na ocasião da apresentação de seus relatórios semestrais nos termos da Resolução ARES-PCJ nº 303/2019, a realização de novos contratos especiais para realização de investimentos.

CAPÍTULO V

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 9º. A presente Resolução aplica-se aos processos de viabilização de empreendimentos imobiliários iniciados a partir de 15 de julho de 2020, data de início de vigência da Lei federal nº 14.026/2020.

Sugestão: Em primeiro lugar, vale apenas a confirmação do início da vigência da Lei federal nº 14.026, porque ela parece ter sido publicada em 16 de julho de 2020.

No mais, com vistas à preservação do ato jurídico perfeito, esta Resolução não pode ser aplicada a situações passadas, ou seja, a empreendimentos imobiliários que já tiveram o seu processo de viabilização iniciados antes da publicação da Resolução.

A aplicação da retroatividade dos efeitos da Resolução gerará enorme insegurança jurídica aos prestadores, aos titulares, aos usuários e aos próprios empreendedores imobiliários, podendo provocar infundáveis demandas extrajudiciais e judiciais.

Art. 10. Esta Resolução entrará em vigor na data da sua publicação.

Sugestão:

Por fim, sugere-se, que fique claro que a ARES-PCJ será acionada para resolução de conflitos existentes entre empreendedor, prestador e poder concedente a respeito do ressarcimento, indicando a norma que contém o procedimento que seria aplicável.

Para tanto, sugere-se a inclusão de um artigo com esse teor na seguinte forma:

Art. 11. Em caso de controvérsia ou impasse entre o prestador de serviços e o empreendedor quanto aos aspectos que são tratados nesta resolução, a ARES-PCJ poderá ser acionada pelo empreendedor e/ou pelo prestador para a resolução de controvérsias, conforme procedimentos cabíveis nesta agência.