

## 25º. Encontro Técnico AESABESP Norma para elaboração dos Trabalhos Técnicos

### A REGULAÇÃO DOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: A EXPERIÊNCIA DA AGÊNCIA REGULADORA PCJ

#### Nome do autor principal

**CARLOS ROBERTO DE OLIVEIRA**, advogado, Especialista e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP, Diretor Administrativo e Financeiro da ARES-PCJ.

#### Nome do Co-autor

DALTO FAVERO BROCHI, economista, Diretor Geral da ARES-PCJ.

Rua José Ferreira Aranha, nº 138, Bairro Girassol – Americana – São Paulo – CEP: 13.465-340 – Brasil - Tel: +55 (19) 3601-8962 – e-mail: [daf@arespcj.com.br](mailto:daf@arespcj.com.br).

#### RESUMO.

Com a edição da Lei Federal nº 11.445, em 05 de janeiro de 2007, novas diretrizes para o saneamento básico foram criadas, destacando-se, dentre elas, a regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico.

Para atender a essa nova demanda legal e com o apoio do Consórcio Intermunicipal das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá – Consórcio PCJ, foi realizado aprofundado estudo de viabilidade regulatória, que culminou na criação do consórcio público de direito público Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá – ARESPCJ.

Após 03 (três) anos de plena atividade fiscalizando e regulando a prestação de serviços de saneamento de 37 (trinta e sete) municípios, e abrangendo mais de 4 (quatro) milhões de habitantes regulados, apresentamos, no presente trabalho, a metodologia e a experiência prática da ARESPCJ.

Destacamos no presente trabalho a regulação de contratos de Parceria Público-Privada, modalidade de concessão de serviço público, criado pela Lei federal nº 11.079/2004, que vem ganhando grande relevância no cenário nacional e com ampla aplicação na área de atuação da ARESPCJ.

**Palavras-chave:** Parceria Público-Privada. Regulação. Saneamento básico. Lei federal nº 11.445/2007. Agência Reguladora PCJ.

Com a edição da Lei Federal nº 11.445, em 05 de janeiro de 2007, novas diretrizes para o saneamento básico foram criadas, destacando-se, dentre elas, a regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico.<sup>1</sup>

Para atender a essa nova demanda legal e com o apoio do Consórcio Intermunicipal das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá – Consórcio PCJ, foi realizado aprofundado estudo de viabilidade regulatória, que culminou na criação do consórcio público de direito público Agência

---

<sup>1</sup> A fiscalização e a regulação são componentes de gerenciamento das ações na área de saneamento básico, definidos no art. 2º, inciso XI, do Decreto Federal nº 6.017/2007, como: “*todo e qualquer ato, normativo ou não, que discipline ou organize um determinado serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impacto socioambiental, direitos e obrigações dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou prestação e fixação e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos*”.

Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá – ARESPCJ.

Após 03 (três) anos de plena atividade fiscalizando e regulando a prestação de serviços de saneamento de 37 (trinta e sete) municípios, e abrangendo mais de 4 (quatro) milhões de habitantes regulados, apresentamos, no presente trabalho, a metodologia e a experiência prática da ARESPCJ.

Destacamos no presente trabalho a regulação de contratos de Parceria Público-Privada, modalidade de concessão de serviço público, criado pela Lei federal nº 11.079/2004, que vem ganhando grande relevância no cenário nacional e com ampla aplicação na área de atuação da ARESPCJ.

## METODOLOGIA

No ano de 2007, com o intento de criar um marco regulatório na área de saneamento e fomentar as ações e as políticas públicas do setor, a União, dentro de suas competências legislativas<sup>2</sup>, criou as diretrizes nacionais para o saneamento básico, através da edição da Lei Federal nº 11.445, de 2007.

E com base nesta delimitação conceitual da lei temos dois componentes aptos para imprimir qualidade de gestão aos serviços prestados: o planejamento e a fiscalização e regulação dos serviços públicos de saneamento básico.

O planejamento consiste nos estudos e na fixação das diretrizes e metas que deverão orientar a prestação de serviços<sup>3</sup>, pois como base na elaboração deste instrumento pode-se buscar a eficiência e sustentabilidade econômica, preconizados como fundamentos no art. 2º, VII, da Lei nº 11.445/2007. O documento que exterioriza esse planejamento é o Plano de Saneamento Básico.

E a ação de fiscalização e regulação se dá com a indicação pelo titular do saneamento (Município) de uma entidade reguladora de suas atividades (que poderá ter o seu âmbito de atuação no limite municipal, regional ou estadual) e dotação do órgão de independência decisória e autonomias administrativa, orçamentária e financeira<sup>45</sup>.

Diante da citada obrigatoriedade 37 (trinta e sete) municípios optaram por aderir à Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá que, seguindo os ditames da Lei Federal nº 11.107/05 (Lei de consórcios públicos)<sup>6</sup>, foi criado com vistas à diminuição de custos por escala regional e pelos conhecimentos acumulados.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> A competência legislativa para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, incluindo habitação, saneamento básico e transporte urbano pertence à União, conforme dispõe o art. 21, XX, da Constituição Federal de 1988.

<sup>3</sup> Lembra Maria Luiza Machado Granziera que: “É preciso planejar como será feita a prestação dos serviços, de acordo com as características e necessidades locais, com vistas a garantir resultados positivos, no que se refere à qualidade ambiental e da saúde pública. O planejamento também corresponde ao princípio da eficiência, pois direciona o uso dos recursos públicos de forma racional”. cf. (Direito ambiental. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 653-654).

<sup>4</sup> cf. art. 21 da Lei Federal nº 11.445/2007.

<sup>5</sup> Confere-se às agências reguladoras, dentre outras, a função de coibir a tendência natural de se estabelecer monopólio no mercado e, ainda, a de procurar a conciliação entre os interesses público e privado. As agências reguladoras de serviços públicos são órgãos destinados à preservação do equilíbrio nas relações jurídicas existentes entre prestadores de serviços públicos e seus usuários, exercendo, portanto, atividade de regulação de mercado.

<sup>6</sup> Conforme autoriza o art. 31 do Decreto nº 7.217/10: “As atividades administrativas de regulação, inclusive organização, e de fiscalização dos serviços de saneamento básico poderão ser executadas pelo titular: I - diretamente, mediante órgão ou entidade de sua administração direta ou indireta, inclusive consórcio público do qual participe; ou, II - mediante delegação, por meio de convênio de cooperação, a órgão ou entidade de outro ente da Federação ou a consórcio público do qual não participe, instituído para gestão associada de serviços públicos”. (grifei).

<sup>7</sup> E a esfera de atuação autorizada pelo Chefe do Executivo está delimitada nas Cláusulas 7ª e 8ª do citado Contrato de Consórcio Público (Protocolo de Intenções): CLÁUSULA 7ª (Das finalidades) - **A Agência Reguladora PCJ tem como finalidade a regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico em sua área de atuação, na forma da Lei federal nº**

E deste número de adesões existe uma pluralidade de modelos jurídicos de prestação dos serviços de saneamento, podendo assim ser divididos:

**Autarquia municipal:** 16 municípios;  
**Secretaria/Departamento Municipal:** 08 municípios;  
**Companhia estadual (SABESP):** 08 municípios;  
**Sociedade de Economia Mista:** 02 municípios;  
**Empresa pública:** 01 município; e  
**Concessão Plena:** 01 município.

E destas opções municipais pela forma diferenciada no modelo jurídico de prestação dos serviços, temos, ainda, as concessões (plenas ou administrativas) realizadas pelos titulares, sendo detectados os seguintes contratos:

**Concessão Plena:**  
Limeira (Foz do Brasil).

**Concessão administrativa (Parceria Público-Privada):**

Piracicaba – esgoto (Águas do Mirante - Equipav);  
Piracicaba – resíduos (ENOB);  
Rio Claro – esgoto (Foz do Brasil);  
Atibaia – esgoto (CAB);  
Mogi Mirim – esgoto (SESAMM)

## RESULTADOS E DISCUSSÃO

Para que se possa atender integralmente às disposições da Lei nº 11.445/2007, é necessário que faça a fiscalização integral dos serviços prestados, independente do modelo jurídico de sua prestação, se diretamente pelo titular, se integralmente repassado a empresa estatal (contrato de programa), se integralmente repassado a empresa privada (concessão plena) ou se parcialmente repassado (concessões administrativas – PPP).

---

**11.445/2007. CLÁUSULA 8ª (Dos objetivos específicos) - Os objetivos específicos da Agência Reguladora PCJ são: I. realizar a gestão associada de serviços públicos, plena ou parcialmente, através do exercício das atividades de regulação e fiscalização de serviços públicos de saneamento básico, aos Municípios consorciados; II. verificar e acompanhar, por parte dos prestadores dos serviços públicos de saneamento, o cumprimento dos Planos de Saneamento Básico dos Municípios consorciados; III. fixar, reajustar e revisar os valores das taxas, tarifas e outras formas de contraprestação dos serviços públicos de saneamento básico nos Municípios consorciados, a fim de assegurar tanto o equilíbrio econômico-financeiro da prestação desses serviços, bem como a modicidade das tarifas, mediante mecanismos que induzam a eficiência dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade; IV. homologar, regular e fiscalizar, inclusive as questões tarifárias, os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico nos Municípios consorciados;**

---

E vários problemas precisam ser enfrentados para essa nova fase da regulação, já que as concessões são fundadas em contratos e, em muitos dos casos, os contratos são anteriores à Lei nº 11.445/2007, o que causa conflitos nas atribuições de fiscalização e de concessão da revisão dos valores pagos como remuneração contratual.

E tais conflitos são enfrentados pela Lei Geral de Concessões (Lei federal nº 8.987/1995), ao estabelecer limites do poder regulamentar, que podem assim ser divididos:

**Ao concedente:**

Garantia da supremacia do interesse público em relação ao interesse privado (na dúvida interpretação do contrato será sempre feita em favor do titular).

**Ao concessionário:**

Direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato (toda alteração no contrato que tenha impacto financeiro deverá garantir indenização ao concessionário).

**Limites regulamentares:**

Dentro da definição de regras na concessão alguns poderes são inerentes ao titular, que são definidos como: poder de controle, poder de sanção, poder de intervenção, poder de caducidade e exigência de garantia. (DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Parcerias na Administração pública*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 100-107).

E os questionamentos mais recorrentes envolvem o poder de controle, sendo claro que, com a edição da Lei federal nº 11.445/07 este poder fica dividido entre o titular e a Agência Reguladora, em uma verdadeira partilha de atribuições, cabendo, obrigatoriamente a inclusão da entidade reguladora como anuente-interveniente no contrato de concessão, para que se possa legitimar como entidade detentora da delegação das funções fiscalizadoras.

Deve ficar claro, ainda, que pelo princípio da especialidade, toda atribuição regulatória (definição de tarifas e preços públicos e expedição de normas regulamentares) compete exclusivamente ao regulador, somente cabendo partilhar a fiscalização do contrato.

E além do problema na fiscalização surge, ainda, o questionamento sobre os limites da Agência Reguladora na imposição de penalidades e multas às concessionárias, que vem sendo motivo de acaloradas discussões.

Nessa discussão, que envolve o poder de sanção, algumas considerações são de extrema pertinência, destacando-se que o poder de punir das agências é legítimo, até mesmo como decorrência lógica do poder de controle; se posso fiscalizar posso punir.

Maiores discussões decorrem da fonte de criação de tais regras punitivas, já que a Lei 8.987/95 não indica penalidades. Tal atribuição acaba sendo remetida ao contrato e se o contrato de concessão não trazer regras punitivas deve haver aplicação do art. 124. da Lei de Licitações “Aplicam-se às licitações e aos contratos **para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica** sobre o assunto”.

E as penalidades da Lei nº 8.666/1993 são: Advertência; Multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou **no contrato**; Suspensão e impedimento de contratar.

## CONCLUSÃO

Conclui-se, com o presente trabalho, que a regulação dos serviços de saneamento básico, na forma delimitada pela Lei federal 11.445/07 passa por necessárias adaptações, e tais arranjos levam em conta as particularidades históricas do saneamento, já que é dado ao titular a prerrogativa constitucional de decidir sobre a forma de operação do sistema, se diretamente pelo titular, se integralmente repassado a empresa estatal (contrato de programa), se integralmente repassado a empresa privada (concessão plena) ou se parcialmente repassado (concessões administrativas – PPP).

O consórcio ARES-PCJ, por sua formação plural, engloba várias categorias de prestação de serviços de saneamento, tem buscado adaptar suas normas de regulação e sua forma de atuação nas particularidades de cada um dos municípios, prezando pela edição de normas adaptadas à realidade de cada prestador.

A mesma dificuldade se encontra nos contratos de parceria público-privada, que tem sua matriz de criação no poder discricionário do titular, que utiliza sua liberdade para decidir sobre os termos do

edital da licitação e do contrato firmado, cabendo à Agência Reguladora tão somente a sua gestão. Avanços são necessários e a experiência nos mostra um futuro bastante promissor para a regulação do saneamento.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- CARVALHO, Antônio Ivo de. *Conselhos de saúde no Brasil: participação cidadã e controle social*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Administração Municipal; 1995.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MELO, Glenda Barbosa de; NAHUM, Tânia. *Estudo sobre regulação de serviços municipais de saneamento básico*. Brasília: ASSEMAE, 2009.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.