



V-001 - INFRAÇÕES E PENALIDADES NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO

Raquel Taira Habe⁽²⁾

Engenheira Civil pela Universidade Estadual de Campinas. Mestre em Tecnologia Ambiental e Recursos Hídricos pela Universidade de Brasília

Flávia Ataíde França Teles⁽¹⁾

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Gestão Pública Ambiental pela Universidade de Brasília; Especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz; Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pela PUC Minas.

Endereço: Setor Policial, Área 5, Quadra 3, Bloco O, Sala 107, Brasília-DF, CEP: 70.610-200

e-mail⁽¹⁾: raquel.habe@ana.gov.br

e-mail⁽²⁾: flavia.teles@ana.gov.br

RESUMO

A lei de concessões estabelece como necessária cláusula relativa às “penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação”. O decreto que regulamenta a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, estabelece como necessária a cláusula sobre “penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita o prestador dos serviços, inclusive quando consórcio público, e sua forma de aplicação”. No entanto, essa legislação é pouco exigente quanto ao detalhamento do tema.

A Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020 passou a exigir que as entidades reguladoras infranacionais editem normativos sobre o tema, acrescentando o inciso XIII ao art. 23 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

O fato de a titularidade do setor ser conferida ao município, Distrito Federal ou Estado, conforme previsão legal, traz naturalmente uma diversidade de contratos e de regulamentos, dada a competência da regulação e fiscalização ser atribuída às entidades reguladoras infranacionais.

O presente estudo analisou os contratos do setor de saneamento básico e respectivas regulamentações. Dos contratos analisados, em alguma medida há convergência com a resolução da entidade reguladora. Os contratos de programa, em geral, fazem menção à regulamentação da respectiva agência reguladora, como esperado.

Os contratos cuja entidade reguladora não emitiu resolução sobre o tema observam a legislação competente. Dentre os contratos analisados, todos posteriores à lei de concessões, observou-se que a maioria a atende plenamente.

A atribuição da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) de instituir normas de referência com o propósito de uniformizar a regulação sobre os instrumentos contratuais trará segurança jurídica ao setor, mas deverá observar e respeitar as peculiaridades locais e regionais, um princípio fundamental da prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

PALAVRAS-CHAVE: Infrações, Penalidades, Contratos, Sanções Administrativas, Saneamento Básico.

INTRODUÇÃO

Em 15 de julho de 2020 foi promulgada a Lei Federal n.º 14.026, que atualizou o Marco Legal do Saneamento Básico e alterou a Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000, atribuindo à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento básico, entre outras alterações legais. Dentre os temas a serem tratados nas normas de referência está prevista a “padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos de saneamento básico firmados entre o titular do serviço público e o delegatário, (...)”.



A Lei n.º 11.445/2007, com as alterações trazidas pela Lei n.º 14.026/2020, define ainda, em seu art. 23, que “a entidade reguladora, observadas as diretrizes determinadas pela ANA, editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços públicos de saneamento básico, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos: (...) XIII – procedimentos de fiscalização e de aplicação de sanções previstas nos instrumentos contratuais e na legislação do titular; (...)”.

Diante dessas novas atribuições assumidas pela ANA com as alterações promovidas pela Lei n.º 14.026/2020, pretende-se fazer uma análise dos contratos e da regulamentação do setor, especialmente dos componentes de abastecimento de água e esgotamento sanitário, no que se refere às cláusulas essenciais legalmente exigidas, relativas às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita o prestador dos serviços, e sua forma de aplicação, nos termos do art. 23 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 e do art. 23, inciso XIII da Lei n.º 11.445, de 2007.

Segundo o Manual de Sanções Administrativas do TCU, infração administrativa é “o comportamento ou a omissão que viola alguma norma de natureza administrativa, podendo ou não causar prejuízos ao órgão”; já a sanção administrativa é a “penalidade prevista em lei, instrumento editalício ou contrato, aplicada pelo Estado no exercício da função administrativa, como consequência de um fato típico administrativo com a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, garantidos por meio do devido processo legal”.

Afirma ainda o mesmo manual que a aplicação das sanções administrativas tem dupla finalidade: a primeira, de caráter educativo, busca mostrar à licitante e contratada que cometeu o ato ilícito, e também às demais licitantes/contratadas, que condutas dessa natureza não são toleradas pela Administração, de forma a reprimir a violação da legislação. A outra, de caráter repressivo, busca impedir que a Administração e a sociedade sofram prejuízos por licitantes/contratados que descumprem suas obrigações.

Outra finalidade ainda é buscar a reparação de danos pelos responsáveis que causem prejuízos ao órgão ou entidade, e afastar um contexto de abuso de direito em desfavor da Administração, objetivando, em última análise, a proteção do erário e do interesse público.

O §1º do art. 152 da Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, lei de licitações e contratos administrativos, define que as sanções a serem aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas ali previstas são: advertência; multa; impedimento de licitar e contratar; e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. Na aplicação das sanções, deverão ser considerados: a natureza e a gravidade da infração cometida; as peculiaridades do caso concreto; as circunstâncias agravantes ou atenuantes; os danos que dela provierem para a Administração Pública; e a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle. Importante comentar que a referida lei já prevê, em seu art. 156, qual sanção será aplicada para cada infração administrativa.

Oportuno observar, conforme define seu art. 186, que a lei supracitada se aplica subsidiariamente à lei de concessões de serviços públicos (Lei n.º 8.987/1995) e à lei de parceria público-privada (Lei 11.079/2004).

Quanto aos contratos de programa, estes deverão atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados, nos termos do art. 13, § 1º, inciso I da Lei n.º 11.107, de 6 de abril de 2005. Também o Decreto n.º 6.017, de 17 de janeiro de 2007, que a regulamenta, estabelece como cláusulas necessárias aos contratos de programa, entre outras, “as penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita o prestador dos serviços, inclusive quando consórcio público, e sua forma de aplicação” (art. 33, inciso IX).

Para fins didáticos, pode-se dizer que há dois tipos de regulação para serviços públicos cujas características dos ativos envolvidos determinam a configuração de monopólios naturais, como é o caso do saneamento básico. O papel do regulador está em identificar os riscos de negócio do setor regulado e escolher o modelo regulatório que possa resultar em incentivos corretos, dados os riscos existentes, maximizando o bem-estar da sociedade. A chamada regulação discricionária constitui a modalidade sob a qual, os preços cobrados pelo prestador podem ser realinhados, periodicamente, aos custos de prestação do serviço, calculados com base na

receita requerida, e é consequência da modalidade do instrumento de delegação da prestação adotada pelo titular. A regulação discricionária é, por consequência, flexível para lidar com incertezas e incorporar inovações e investimentos, por meio das revisões tarifárias periódicas (RTP - prevista somente nesta modalidade) e de reequilíbrios, o que, no entanto, exige um aparato regulatório mais robusto para monitoramento de resultados e garantia da modicidade tarifária, por parte do regulador. É o modelo de regulação adotado no contexto dos Contratos de Programa.

A regulação por contrato ocorre quando os preços são estabelecidos pelo contrato, que também prevê reajustes e reequilíbrios em datas pré-estabelecidas, não estando sujeitos às oscilações do custo de prestação do serviço regulado. Essa modalidade é mais simples quanto monitoramento dos resultados da prestação do serviço, uma vez que as principais regras de remuneração e investimento estão no próprio contrato, permitindo alterações de comum acordo entre as partes, reduzindo sua flexibilidade. Tem a vantagem de incentivar investimentos em inovação que reduzam custos sem prejudicar a qualidade do serviço prestado, se o contrato for bem elaborado com atenção a esses aspectos.

MATERIAIS E MÉTODOS

Foram analisadas as cláusulas contratuais sobre sanções administrativas de nove contratos de prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, sendo quatro de programa e cinco de concessão. Foram analisadas também as resoluções emitidas pelas entidades reguladoras infranacionais correspondentes, quando havia. As perguntas avaliativas foram: Os contratos cuja entidade reguladora emitiu resolução sobre o tema são aderentes a ela? Os contratos cuja entidade reguladora não emitiu resolução sobre o tema observam a legislação competente, suprimindo a ausência da regulação da entidade reguladora infranacional?

Foi considerado também o estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV, 2021), no âmbito de consultoria contratada pelo Ministério da Economia, que avaliou as cláusulas essenciais, dentre elas as cláusulas sobre penalidades, em contratos do setor, sendo 13 contratos de concessão e 19 de programa.

A Tabela 1 apresenta os contratos analisados pelo estudo da FGV e pelo presente levantamento, conforme o tipo de contrato (de programa ou de concessão), separados por região e entidade reguladora infranacional. Ainda indica, quando há, a resolução da entidade reguladora sobre o tema penalidades.

Além disso, foi realizado um levantamento bibliográfico na legislação vigente sobre o tema.

Tabela 1: Lista dos contratos analisados pelo estudo da FGV (2021) e pelo presente levantamento, com a respectiva entidade reguladora infranacional. Tipo: P=programa; C=concessão. Fonte: elaboração própria.

Região	Entidade reguladora infranacional	Contratos analisados FGV		Contratos analisados neste levantamento		Regulamentação da entidade reguladora sobre penalidades
		Tipo	Contrato	Tipo	Contrato	
Centro-Oeste	Agência Goiana de Regulação (AGR)	P	Contrato Goiânia 8013/2019	P	Contrato Trindade 1288/2011	Resolução 025/2015
		P	Contrato Caldazinha 0760			
		P	Contrato Aparecida de Goiânia			
	Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal (ADASA)	P	Contrato 01/2006 - ADASA e CAESB			Não possui
Agência Reguladora De Sinop (AGER)	C	Contrato 96/2014 - Águas de Sinop			Não possui	
Agência Municipal de Regulação dos Serviços Públicos de Corumbá (AGERSP)			P	Contrato nº 07/2019 - Corumbá/MS	Não possui	
Nordest	Agência Reguladora do Estado do Ceará (ARCE)	P	Contrato 2019 - CAGECE Fortaleza	P	Contrato 2015 CAGECE Milagres	Resolução 147/2010
		P	Contrato 2011 - CAGECE Aurora			



Região	Entidade reguladora infranacional	Contratos analisados FGV		Contratos analisados neste levantamento		Regulamentação da entidade reguladora sobre penalidades
		Tipo	Contrato	Tipo	Contrato	
		P	Contrato 2016 - CAGECE Itapipoca			
	Agência Municipal de Regulação de Serviços Públicos de Teresina (ARSETE-PI)	P	Contrato 03/2012 - AGESPISA			Resolução Arsete nº 04, de 27/12/2012
		C	Contrato 01/2017 - AEGEA			
	Secretaria Municipal			C	Contrato nº 037/2019 - Antônio Almeida	Não possui
	Agência de Regulação de Serviços Públicos do Estado de Alagoas (ARSAL)	P	Contrato 2013 - CASAL Santa Luzia do Norte			Resolução ARSAL nº 18, de 07 de dezembro de 2016
		P	Contrato 2014 - CASAL Barra de São Miguel			
C		Concorrência 09/2020 - CASAL/AL BRK Ambiental				
Agência Reguladora de Saneamento Básico do Estado da Bahia (AGERSA)			P	Contrato Vitória da Conquista - EMBASA 2020	Não possui	
Norte	Agência Tocantinense de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos (ATR)	C	Contrato 012/2008 - SANEATINS São Sebastião			Não possui
		C	Contrato 026/2009 - SANEATINS Lavandeira			
		C	Contrato SN/2008 - SANEATINS Aguiarnópolis			
	Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Amapá (ARSAP)			C	Edital n.º 01/2021 - Amapá	Não possui
Sudeste	Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento Básico de Minas Gerais (Arisb-MG)			C	Contrato 2019 - Saneouro Ouro Preto	Resolução Arisb 138/2020
	Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais (ARSAE-MG)	P	Contrato 948567/2008 - COPASA Brumadinho			Resolução 133/2019
		P	Contrato 222722/2015 - COPASA Guarará			
		P	Contrato 1166358/2014 - COPASA Teófilo Otoni			
	Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (ARSESP)	P	Contrato nº 311/2018 - SABESP Guarulhos			Deliberação Arsesp nº 31, de 1º/12/2008
		P	Contrato nº 70/2008 - SABESP Águas de Prata			
		C	Contrato 2016 - Calábria Paulista – Vida Ambiental			
	Agência Reguladora dos Serviços de Saneamento das Bacias dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá (ARES-PCJ)	C	Contrato 2014 - BRK Sumaré			Resolução 71/2014
		C	Contrato 21/2016 - Companhia Águas de Santa Rita	C	Contrato 2014 BRK Ambiental - Sumaré	
		C	Contrato 2014 - Paraibuna			
C		Contrato 29/1998 - BRK Ambiental				
Sul	Agência de Regulação de Serviços Públicos de Santa Catarina (ARESC)	P	Contrato SN/2007 - CASAN Florianópolis	C		Contrato nº 06/2016- Bombinhas FMSB
		P	Contrato 29/2018 - CISAM-Sul - Santa Rosa do Sul			
		C	Contrato 06/2016 - Águas de Bombinhas SPE			
	Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento (ARIS-SC)	P	Contrato 01/2016 - CASAN Balneário Piçarras			Resolução Normativa nº 36, de 28 de abril de 2022
P		Contrato 01/2013 - CASAN Forquilha				

Região	Entidade reguladora infranacional	Contratos analisados FGV		Contratos analisados neste levantamento		Regulamentação da entidade reguladora sobre penalidades
		Tipo	Contrato	Tipo	Contrato	
		C	Contrato 06/2018 - Gravatal			

RESULTADOS

Estudo da FGV sobre os contratos

O estudo da FGV avaliou os contratos de acordo com a completude das suas cláusulas, atribuindo notas conforme o critério:

- nota 0, quando não havia previsão de cláusula contratual sobre penalidades ou quando, havendo previsão, não foi disponibilizado o anexo sobre o tema;
- nota 0,5, quando listava condutas específicas, ou um rol de condutas ou de penas aplicáveis, ou remetia expressamente o tratamento da cláusula a norma da Agência Reguladora;
- nota 1, quando havia, no mínimo, um rol de condutas e penas aplicáveis.

Os 13 contratos de concessão avaliados tiveram o somatório de notas igual a 11,5, o que corresponde a 88,5%, sendo que 10 contratos de concessão tiveram nota 1 e três, nota 0,5. Os 19 contratos de programa estudados somaram 15,5 ou 81,6%, sendo que 15 contratos de programa tiveram nota 1, um contrato teve nota 0,5 e três tiveram nota zero.

As penalidades presentes na maioria dos contratos são: advertência, multa e caducidade. As penalidades “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração” e “declaração de inidoneidade” apareceram com menor incidência nos contratos. Poucos contratos listavam condutas e respectivos valores de multa, sobretudo os contratos de programa. Alguns contratos determinavam os valores mínimo e máximo das multas, em geral, 5% do faturamento do exercício anterior.

Outra observação feita pelo estudo da FGV foi a gradação presente em um contrato de concessão regulado pela ARES-PCJ. Esse contrato listava quais penalidades eram consideradas leves, médias ou graves. Já o contrato de concessão regulado pela ARSAL trazia critérios de dosimetria para a classificação da infração.

Por fim, o estudo da FGV concluiu que a maior parte dos contratos avaliados possuía alguma forma de penalidade e não foram identificadas controvérsias no conteúdo dessas cláusulas.

Destinação dos recursos das multas definidas pelas resoluções das entidades reguladoras infranacionais

Uma medida, observada nos estudos em um dos contratos de programa regulado pela ARESC, contrato de programa de Corumbá-MS e na Resolução Arisb-MG nº 138/2020 determinava a reversão ao fundo de saneamento básico do município dos valores de multas aplicadas. Essa resolução estabelece ainda que, quando inexistente ou não constituído o fundo municipal de saneamento, a multa será revertida em favor da Arisb-MG, que a utilizará para a execução de atividades ligadas à universalização dos serviços de saneamento. Já os contratos de concessão de Bombinhas-SC e de Ouro Preto-MG estabeleciam que “as importâncias pecuniárias resultantes da aplicação das multas previstas no contrato reverterão ao Concedente.”. São exemplos simples, que podem ser inseridos nas cláusulas contratuais e impactar positivamente nos recursos destinados ao saneamento.

A destinação dos valores arrecadados com as multas nem sempre é definida nas resoluções das entidades reguladoras, a exemplo da ARSAL e ARSESP. Porém, outras determinações também foram observadas neste quesito.

A ARIS-SC destina os recursos a fundos municipais de saneamento do titular ou, caso não tenham sido constituídos, são revertidos ao titular; a ARSETE-PI reverte em favor do município, sem qualquer definição do uso; e a AGR estabelece que os valores poderão ser revertidos em investimentos para a elaboração ou



revisão dos Planos Municipais de Saneamento Básico ou em melhorias do sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário do município titular.

Segundo o normativo da ARESC, os valores das multas terão destinação definida pelo poder concedente, preferencialmente em fundo próprio, no intuito de reverter os valores em prol do serviço fiscalizado. Mediante autorização do poder concedente ou do termo de delegação, a ARESC poderá executar o valor pecuniário na forma de redução da margem de retorno de investimento, com consequente redução da tarifa do serviço público prestado, até que se totalize o valor referente à multa aplicada.

Pela resolução da ARISB, os recursos serão revertidos em favor do Fundo Municipal de Saneamento do titular; quando inexistente ou não constituído, serão revertidos em favor da reguladora e serão utilizados em atividades ligadas à universalização dos serviços de saneamento. Solução similar deu a ARES-PCJ: os recursos serão revertidos em favor do Fundo Municipal de Saneamento do titular; quando inexistente ou não constituído, ficarão sob a guarda da agência até a criação do fundo.

Já a ARCE e a ARSAE-MG dão outros destinos a estes recursos. No caso da primeira, serão revertidos em favor do Fundo Estadual de Defesa dos Direitos Difusos do Estado do Ceará; já a ARSAE-MG define que, enquanto não for criado o Fundo Estadual de Saneamento Básico, os valores arrecadados com as multas serão destinados, em partes iguais, ao Fundo Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor, e ao Fundo de Recuperação, Proteção e Desenvolvimento Sustentável das Bacias Hidrográficas do Estado de Minas Gerais.

Análise dos contratos e respectivas resoluções

O presente estudo avaliou os contratos que possuem cláusulas sobre penalidades e os comparou com a respectiva resolução da entidade reguladora infranacional, quando existente, ou com a legislação competente. A seguir é apresentado um breve resumo sobre essas cláusulas e resoluções.

Contrato de programa 1288/2011 entre Saneago e Trindade-GO | Resolução Normativa nº 025/2015 do Conselho Regulador da Agência Goiana de Regulação (CR-AGR)

O contrato de programa de Trindade-GO não apresenta cláusulas sobre penalidades e sanções; apenas menciona que as obrigações previstas no contrato ou na regulamentação estão sujeitas às sanções previstas no contrato, nas normas editadas pelo Regulador e nas Leis Federais 8.987/1995 e 11.445/2007. Alerta ainda que alterações nas normas do regulador que afetem o equilíbrio econômico-financeiro ensejarão a sua recomposição.

A Resolução nº 025/2015 CR-AGR estabelece apenas duas sanções (advertência e multa); lista as possíveis infrações conforme a sua gravidade (leve, média, alta e altíssima) e estabelece faixas para os valores de multa conforme a gravidade da infração, com acréscimo de 50% no caso de reincidência. Além disso, considera como agravante a existência de sanção anterior. A resolução traz um anexo, dividido em dois tópicos: o primeiro apresenta a metodologia de dosimetria da aplicação da penalidade de multa, com a fórmula e as grandezas a serem consideradas na definição dos valores, como gravidade da infração, vantagem auferida pelo prestador, fatores agravantes, quantidade de pessoas prejudicadas, reincidência; já o segundo tópico apresenta a metodologia de redução da penalidade de multa.

Importante destacar que o contrato de programa de Trindade-GO é anterior à Resolução nº 025/2015 CR-AGR, que veio substituir a Resolução Normativa nº 231/2005 AGR. De todo modo, esse contrato remete o tratamento das penalidades à resolução da respectiva reguladora e ao procedimento de aplicação de penalidades estipulado em anexo do contrato, porém este não foi disponibilizado para consulta.

Contrato de programa entre CAGECE e Milagres-CE (29/06/2015) | Resolução nº 147/2010 Arce (30/12/2010)

O contrato de programa de Milagres-CE traz um rol de infrações que ensejam as penalidades de advertência e multa, conforme previsão do contrato, das normas legais e regulamentares. Estabelece o valor máximo, por infração ocorrida, de 1% sobre o valor do faturamento do semestre anterior. Estabelece também que as penalidades serão aplicadas mediante procedimento administrativo.



A Resolução nº 147/2010 Arce estabelece apenas as sanções de multa e caducidade; porém, em seu art. 22, estabelece como outras sanções as seguintes medidas: suspensão de fornecimento de produto ou serviço; suspensão temporária de atividade, inclusive de faturamento; interdição, total ou parcial, de instalação, de obra ou de atividade; imposição de contrapropaganda. Lista as possíveis infrações sujeitas às penalidades de multa conforme a sua gravidade (leve, média, grave e gravíssima) e estabelece as circunstâncias agravantes e atenuantes que implicam em aumento ou redução, respectivamente, de 1/6 sobre a pena-base aferida. Apresenta ainda algumas condutas do prestador que podem levar à recomendação pela Arce de caducidade da delegação. A resolução traz também os procedimentos de fiscalização, acompanhamento de ações corretivas, termo de ajustamento de conduta, processo administrativo punitivo e pedido de reconsideração.

O contrato de programa de Milagres-CE traz poucas disposições sobre o tema, só está em desacordo no que se refere a previsão de advertência, penalidade não prevista na Resolução.

Contrato de concessão Saneouro – Ouro Preto-MG (16/10/2019) | Resolução Arisb nº 138/2020 (13/11/2020)

O contrato de concessão de Ouro Preto-MG estabelece as sanções de advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, declaração de inidoneidade e caducidade do contrato; e lista as infrações conforme a sua gravidade (leve, média e grave). O contrato traz também os procedimentos para apuração de infrações e aplicação de sanções. Estabelece o valor da multa (0,001%, 0,005% ou 0,01% da receita líquida anual relativa ao exercício anterior no caso de infração leve, média ou grave, respectivamente), e o valor total das multas aplicadas a cada mês não poderá exceder a 5% do faturamento da Concessionária no mês anterior. Caso, a cada período de um ano, as infrações cometidas pela Concessionária importem na aplicação de penalidades que somem valores superiores a 5% mais de duas vezes consecutivas, o poder concedente, ouvido a agência reguladora, poderá intervir na concessão, na forma da lei.

A Resolução 138/2020 Arisb diz que: “no caso de divergência quanto à definição de valoração das infrações ou quanto à correlação das penalidades, prevalecerá o que constar na legislação específica ou nos contratos celebrados.” Essa resolução classifica as infrações em leve, média, grave e gravíssima, sem, no entanto, trazer uma lista de condutas que ensejam a aplicação de penalidade. Lista as circunstâncias agravantes e atenuantes que implicam em aumento ou redução, respectivamente, de 1/3 sobre a pena-base aferida. Há ainda uma cláusula com situações que podem levar à recomendação de caducidade ou rescisão contratual pela Arisb-MG.

O contrato de concessão de Ouro Preto-MG é anterior à resolução de sua respectiva entidade reguladora e traz diversas cláusulas sobre sanções administrativas, até mais completas que a resolução da reguladora.

Contrato de concessão BRK Ambiental-Sumaré-SP (19/12/2014) | Resolução ARES-PCJ nº 71/2014 (11/12/2014)

O contrato de concessão de Sumaré-SP estabelece as penalidades de advertência e multa. As penalidades de multa do tipo I serão aplicadas pela entidade reguladora quando persistir a infração que originou a penalidade de advertência. No caso de reincidência, serão aplicadas, sequencialmente, as multas dos tipos II, III, IV e V, podendo também ser aplicada multa diária. Com isso, não há classificação da gravidade das sanções, a gradação diz respeito à reincidência. O contrato traz ainda uma breve descrição do processo de autuação e declara que a concessão está sujeita à intervenção administrativa e à declaração de caducidade nos termos da lei e das normas aplicáveis.

A Resolução ARES-PCJ nº 71/2014 estabelece as penalidades de advertência, multa, embargo de serviço e interdição de instalações; lista as possíveis infrações conforme a sua gravidade (leve, média e grave) e traz os procedimentos de sanção. Lista as circunstâncias agravantes e atenuantes que implicam em aumento ou redução, respectivamente, de 1/3 sobre a pena-base aferida. Há ainda uma cláusula com situações que podem levar à recomendação pela ARES-PCJ de caducidade ou rescisão contratual.



O contrato de concessão foi assinado na mesma época que a publicação da resolução, não se sabe se houve acompanhamento pela reguladora na elaboração do contrato buscando harmonizar as cláusulas. Não foi observada divergência grave, mas a gradação das infrações segue sistemas diversos.

Contrato de concessão nº 6/2016 – Águas de Bombinhas SPE e Bombinhas-SC (31/08/2016) | Resolução ARES n° 195/2022 (25/01/2022, vigência após 90 dias da publicação)

O contrato de concessão de Bombinhas-SC estabelece as sanções de advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e declaração de inidoneidade; classifica as infrações em leve, média e grave, fazendo uma breve definição sem, no entanto, trazer uma lista de condutas que ensejam a aplicação de penalidade, apenas para o caso de advertência. Define o procedimento da sanção e estabelece que os valores resultantes da aplicação das multas reverterão ao poder concedente. Não traz circunstâncias atenuantes ou agravantes e não menciona caducidade.

A Resolução ARES 195/2022 estabelece as sanções de advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, intervenção administrativa, rescisão da concessão, caducidade e outras penalidades definidas em legislação e instrumentos de delegação. Classifica as infrações em leve, média, grave e gravíssima e estipula faixas para o valor da multa conforme legislação estadual, em que o valor máximo é de R\$ 500.000,00¹. A resolução apresenta as fases do processo para a aplicação de sanção e lista critérios e parâmetros agravantes e atenuantes para a fixação do valor da penalidade de multa.

O contrato é anterior à resolução, mas estão bem convergentes, sendo a resolução mais completa em termos de sanções e gradação.

Análise dos contratos sem regulação correspondente

A seguir é apresentado um breve resumo das cláusulas dos contratos cujas entidades reguladoras não emitiram regulamentação sobre o tema.

Contrato de programa nº 07/2019 - Corumbá/MS (23/05/2019)

O contrato de programa de Corumbá-MS estabelece as penalidades de advertência e multa. Remete a aplicação das penalidades ao regulador, porém não foi encontrada no sítio eletrônico da reguladora a resolução sobre o tema. Determina a aplicação dos recursos originários de multas ao fundo municipal de saneamento básico, instituído por lei em 2017.

Contrato de programa -Vitória da Conquista -EMBASA 2020 (15/07/2020)

O contrato de programa de Vitória da Conquista-BA estabelece as penalidades de advertência e multa. O detalhamento encontra-se em um anexo do contrato, porém não foi disponibilizado. O contrato estabelece em quais situações o Município poderá decretar a caducidade.

Contrato de concessão nº 037/2019 - Antônio Almeida-PI (29/03/2019)

O contrato de concessão de Antônio Almeida-PI apenas estabelece que o descumprimento de qualquer cláusula ou condição do contrato e normas técnicas pertinentes, poderá ensejar a aplicação das seguintes sanções: advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e declaração de inidoneidade.

Edital n.º 01/2021 – Concessão Amapá (12/12/2021)

O edital apresenta as penalidades de advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, declaração de inidoneidade (prazo não superior a 5 anos) e caducidade do contrato. Há uma cláusula específica para caducidade incluindo os termos sobre indenização. Classifica as infrações conforme a sua gravidade (leve, média e grave) e indica que a infração será considerada grave quando decorrer de atuação dolosa do prestador e, ainda, tiver o potencial de gerar vantagens econômico-financeiras a ele. Para alguns descumprimentos contratuais são determinadas multas pecuniárias, cujo valor é calculado em relação às tarifas

¹ Valor estipulado no § 4º do art. 26 da Lei Estadual nº 16.673, de 11 de agosto de 2015.



arrecadadas no mês de ocorrência da infração; estabelece o procedimento para a aplicação de sanção, o índice de correção monetária no caso de atraso de pagamento de multa, e o desconto se não houver discussão administrativa da autuação ou recurso administrativo. Estabelece que as importâncias pecuniárias serão revertidas ao Estado. Traz também o que estabelece o art. 11-B da Lei nº 11.445/2007 no que se refere ao processo de verificação do cumprimento de metas de universalização e não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e melhoria dos processos de tratamento². O contrato traz sobre previsão sobre caducidade se o valor total das multas aplicadas a cada ano exceder a 10% do faturamento do exercício anterior. Estabelece as seguintes condutas como agravante das penalidades e a porcentagem que deve incidir em cada um dos casos: fraude ou má-fé do prestador (30% a mais), não adoção de medidas mitigadoras (20% a mais), e reincidência (5% a mais).

Esses contratos foram assinados nos anos de 2019, 2020 e 2021 e estão de acordo com a legislação vigente no momento da assinatura, Lei nº 8.987/1995, no caso dos contratos de concessão e Decreto 6.017/2007, no caso dos contratos de programa e, subsidiariamente, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Análise das regulamentações normativas das entidades reguladoras infranacionais sobre penalidades

Importante lembrar que a cláusula contratual sobre penalidades a que se sujeita o prestador dos serviços, é uma cláusula necessária ao contrato de concessão, nos termos do art. 23, inciso VII da Lei n.º 8.987, de 1995, e que a resolução da entidade reguladora, quando existente, visa complementá-la. Em 2020, a Lei nº 14.026 alterou o art. 23 e acrescentou o inciso XIII à Lei nº 11.445/2007 para estabelecer que a entidade reguladora, observadas as diretrizes da ANA, editará normas relativas aos procedimentos de fiscalização e de aplicação de sanções previstas nos instrumentos contratuais e na legislação do titular.

O levantamento realizado sobre a regulamentação normativa que as entidades reguladoras infranacionais publicaram sobre penalidades ao prestador observou que, de 82 entidades pesquisadas, 34 possuíam atos normativos sobre o tema, o que corresponde a 41%; 48 entidades (59%) não possuíam atos normativos ou não foram encontrados em seus endereços eletrônicos (Figura 1).

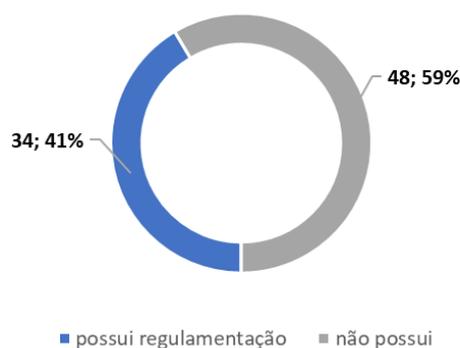


Figura 1: Quantidade de entidades reguladoras infranacionais pesquisadas que possuem ou não regulamentação sobre infrações e penalidades. Fonte: elaboração própria

A Figura 2 apresenta a distribuição das entidades reguladoras avaliadas nas cinco regiões do Brasil e traz também a informação sobre a existência de regulamentação sobre infrações e penalidades. Observou-se que a menor quantidade de entidades reguladoras com regulamentação sobre o tema está na região Norte, com apenas três, seguida da região Centro-Oeste, com 4 (quatro). Enquanto as regiões Sudeste (11), Nordeste e Sul

² §§ 5º e 7º do art. 11-B da Lei nº 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº 14.026/2020



(8 cada) apresentam maior número de entidades com normativo publicado, a região Sul é a que possui maior porcentagem, 57% das reguladoras pesquisadas possuem regulamentação sobre o tema, ou 8 em 14 entidades.

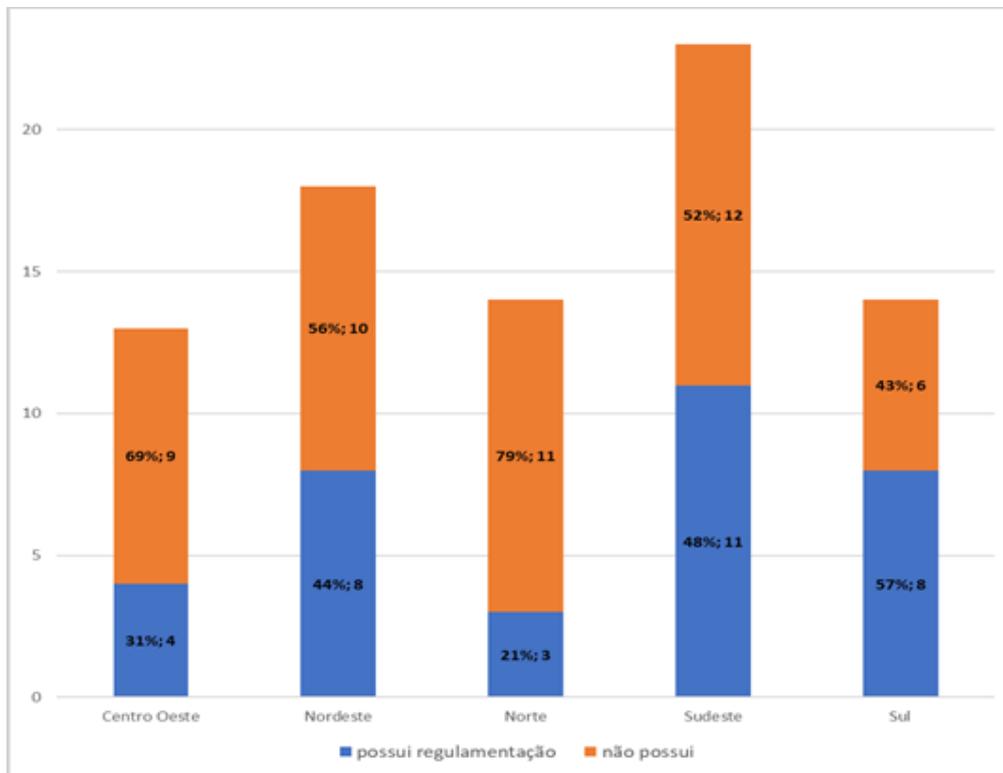


Figura 2: Distribuição das entidades reguladoras infranacionais que possuem ou não regulamentação normativa sobre infrações e penalidades, por região. Fonte: elaboração própria

CONCLUSÕES

Com base no trabalho realizado, concluiu-se que:

1. Dos contratos analisados cuja entidade reguladora emitiu regulamentação sobre o tema, em alguma medida há convergência entre eles, mesmo quando o contrato era anterior à publicação da resolução. Alguns contratos trazem mais sanções que a resolução.
2. Os contratos cuja entidade reguladora não emitiu resolução sobre o tema observam a legislação competente. O art. 23 da Lei nº 8.987/1995 determina que são cláusulas essenciais aos contratos de concessão as relativas às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação. Assim, dentre os contratos analisados, todos posteriores à referida lei, observou-se que a maioria atende plenamente. No entanto, o citado artigo é pouco exigente quanto ao detalhamento do tema, só exigindo a presença da cláusula.
3. Há variação na forma como os contratos e a regulamentação das entidades reguladoras infranacionais do setor de saneamento tratam as cláusulas relativas às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita o prestador, e sua forma de aplicação.
4. São fatores observados como evidenciadores para as diferenças entre os contratos analisados o fato de serem de programa ou de concessão, bem como a data de assinatura do contrato. Os contratos de programa, em geral, fazem menção à regulamentação da respectiva agência reguladora, como esperado.



5. Os contratos mais completos trazem previsão sobre tipos de penalidades; gradação; condutas que ensejam a aplicação de cada penalidade; procedimentos; circunstâncias para o estabelecimento de penalidades; agravantes e atenuantes; já os menos completos, em geral, não definem ou detalham esses quesitos, mas estabelecem que deverão ser observadas as normas ou regulamentos da entidade reguladora que tratem do tema.

6. O inciso XIII foi incluído ao art. 23 da Lei nº 11.445/2007 pela Lei nº 14.026/2020, sendo assim, não havia exigência legal antes de julho de 2020 para que as entidades reguladoras regulamentassem os procedimentos de fiscalização e de aplicação de sanções. O levantamento deste estudo verificou que 59% das reguladoras avaliadas ainda não publicaram regulamentação sobre o tema.

7. Mecanismos ou regras sancionatórias podem ser inseridos para que impactem positivamente nas metas dos contratos de prestação de serviços. A destinação dos valores arrecadados nem sempre está presente, e por vezes a regulação os endereça a fundos municipais de saneamento, ao município titular, à própria entidade reguladora ou outros fundos estaduais, não necessariamente relacionados ao saneamento. Direcionar os recursos a fundos destinados a custear a universalização dos serviços de saneamento básico se adequaria melhor ao que define o art. 13 da Lei nº 11.445/2007.³

Como a regulação dos contratos de programa é, por definição, discricionária pela agência reguladora, a publicação pela ANA de normas de referência sobre os temas definidos em lei trará maior uniformização aos normativos do setor, dando mais segurança à prestação dos serviços, sem deixar de respeitar as peculiaridades locais.

Em relação à regulação contratual, importante observar que os mecanismos sancionatórios podem auxiliar a gestão do contrato, reduzindo as condutas passíveis de penalidades e destinando apropriadamente os valores das multas. Uma norma de referência da ANA contribuiria para uniformizar contratos futuros do setor e adequá-los à legislação vigente e às melhores práticas, da mesma forma respeitando as peculiaridades locais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2021. “Avaliação e Proposição de Alternativas para Estrutura Regulatória do Setor de Saneamento Básico no Brasil. Produto III - Avaliação de Mecanismos Contratuais”;
2. BRASIL. Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.
3. BRASIL. Lei n.º 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (Singreh) e responsável pela instituição de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico.
4. BRASIL. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.
5. BRASIL. Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007. Regulamenta a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos.
6. BRASIL. Lei n.º 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978.
7. BRASIL. Lei n.º 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico

³ Art. 13. Os entes da Federação, isoladamente ou reunidos em consórcios públicos, poderão instituir fundos, aos quais poderão ser destinadas, entre outros recursos, parcelas das receitas dos serviços, com a finalidade de custear, na conformidade do disposto nos respectivos planos de saneamento básico, a universalização dos serviços públicos de saneamento básico.



SIMPÓSIO LUSO-BRASILEIRO
DE ENGENHARIA SANITÁRIA
E AMBIENTAL



(ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2020. “Manual de sanções”. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/1D/D4/FA/F1/B5AD4710D614BB47E18818A8/Manual%20de%20sancoes.pdf>, Acesso em: 11/06/2024.