

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 38.226 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
IMPTE.(S) : ASSOCIACAO BRASILEIRA DAS EMPRESAS ESTADUAIS DE SANEAMENTO - AESBE
ADV.(A/S) : LUIZ FERNANDO CASAGRANDE PEREIRA
ADV.(A/S) : FERNANDO CEZAR VERNALHA GUIMARAES
IMPDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DECISÃO:

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA CAUTELAR. DECRETO QUE REGULAMENTA O NOVO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO. PRAZO PARA COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DAS EMPRESAS PRESTADORAS.

1. Mandado de segurança impetrado por associação de empresas estaduais de saneamento básico contra dispositivos do Decreto nº 10.710/2021, que regulamenta o art. 10-B da Lei nº 11.445/2007, para estabelecer a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de saneamento básico e estipular o prazo de 31.12.2021 para apresentação dos documentos necessários.

2. Não obstante haja certa coerência na argumentação da impetrante, ela se baseia na premissa de que o legislador nacional pretendeu que as empresas prestadoras de serviços de saneamento dispusessem de um

MS 38226 MC / DF

período 14 (catorze) meses e meio para elaborar a documentação necessária à comprovação de sua capacidade econômico-financeira. No entanto, ao menos numa primeira análise, entendo que essa interpretação não pode ser extraída da lei.

3. Embora tenha havido atraso na edição do decreto regulamentar, não decorre do texto legal que o prazo final para apresentação dos documentos comprobatórios pelas prestadoras de serviços de saneamento deveria ser o dia 31.12.2021. Dessa forma, ao contrário do afirmado pela impetrante, entendo que as empresas não possuíam nenhuma expectativa de prazo.

4. O acolhimento do pedido liminar dependeria da constatação de que o prazo de 7 (sete) meses concedido às empresas prestadoras no Decreto nº 10.710/2021 é manifestamente insuficiente para a realização das obrigações nele previstas. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal carece de *expertise* para alcançar essa conclusão. Não cabe ao Judiciário, por falta de capacidade institucional, contrariar a decisão de órgãos técnicos e interferir no cronograma definido pelo Poder Executivo, salvo ilegalidade manifesta ou ausência de razoabilidade, o que não parece ocorrer.

5. Além disso, verifico a existência inquestionável de *periculum in mora* inverso,

MS 38226 MC / DF

tendo em vista que a extensão do prazo definido no decreto regulamentar, na forma requerida liminarmente pela impetrante, determinaria necessariamente o descumprimento do prazo estipulado no art. 11-B, § 1º, da Lei nº 11.445/2007 para a alteração dos contratos em vigor, com vistas à inclusão das novas metas de universalização.

6. Pedido liminar indeferido.

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado pela Associação Brasileira das Empresas Estatais de Saneamento (AESBE) contra os arts. 10; 7º, § 3º, I; 2º, III; e 9º, III, § 2º, do Decreto nº 10.710/2021, que regulamenta o art. 10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para estabelecer a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de saneamento básico, considerados os contratos regulares em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização previstas no novo marco legal do setor.

2. O dispositivo legal mencionado, na redação dada pela Lei nº 14.026/2020, condiciona a validade dos contratos de prestação de serviços de saneamento básico em vigor à comprovação da capacidade econômico-financeira das prestadoras, nos seguintes termos:

Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos

MS 38226 MC / DF

termos do § 2º do art. 11-B desta Lei.

Parágrafo único. A metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada será regulamentada por decreto do Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias.

3. A impetrante aponta que o Poder Executivo federal incorreu em atraso de 7 (sete) meses e meio, em relação ao prazo previsto no parágrafo único acima transcrito, na edição do decreto regulamentar. Isso porque o prazo de 90 (noventa) dias estipulado na lei se encerraria em 16.10.2020, mas o Decreto nº 10.710 só foi editado em 31.05.2021. O decreto em questão define a metodologia a ser empregada para comprovação da capacidade econômico-financeira e define, no seu art. 10[1], o dia 31.12.2021 como data-limite para que as prestadoras apresentem os documentos necessários às entidades reguladoras responsáveis pela análise.

4. Diante disso, a impetrante alega que a edição tardia do decreto teria comprometido o calendário racionalmente organizado pelo novo marco legal do saneamento básico e subtraído parte do prazo que havia sido reservado pelo legislador às prestadoras do serviço para a comprovação de sua capacidade econômico-financeira. Sustenta que o prazo de 31.12.2021 é inexecutável; que o cumprimento das exigências é demasiadamente complexo para ser realizado em 7 (sete) meses; que antes da edição do decreto não era possível às estatais sequer iniciar a elaboração das providências necessárias à comprovação exigida por lei; e que a manutenção desse termo final trará prejuízos concretos ao processo de adaptação dos contratos, bem como à implementação das novas metas de universalização fixadas em lei.

5. Afirma ainda que, nos arts. 7º, § 3º, I; 2º, III; e 9º, III, § 2º, do decreto impugnado, o Executivo teria exorbitado do seu poder regulamentar e violado direito líquido e certo das empresas estatais, ao

MS 38226 MC / DF

suprimir a via da ampliação do prazo contratual para o reequilíbrio econômico-financeiro, ao restringir a celebração de parcerias público-privadas e ao impor a instituição de Sociedade de Propósito Específico – SPE para a prestação regionalizada do serviço de saneamento. Defende o cabimento do mandado de segurança ao fundamento de que o ato impugnado produz efeitos individuais e concretos que recaem sobre as empresas estatais.

6. Formula pedido liminar para que o prazo de 31.12.2021, definido no art. 10 do Decreto nº 10.710/2021, seja suspenso relativamente às estatais prestadoras do serviço de saneamento básico, de modo a repor o período de atraso de 7 (sete) meses e meio na edição do regulamento, com a fixação de novo prazo em 16.08.2022.

7. No mérito, pede a confirmação da liminar e a concessão da segurança para afastar (i) a proibição de extensão do prazo contratual como medida de reequilíbrio econômico financeiro (art. 7º, § 3º, I, do Decreto); (ii) a proibição da celebração de parceria público-privada para além do limite de 25% (art. 2º, III, do Decreto); e (iii) a obrigatoriedade de instituição de SPEs para a prestação regionalizada do serviço (art. 9º, III, § 2º, do Decreto).

8. A União comparece aos autos espontaneamente, requer o seu ingresso no feito e apresenta manifestação preliminar, na qual sustenta a inadequação da via eleita, tendo em vista o conteúdo normativo e abstrato do ato impugnado e a necessidade de dilação probatória. Alega que a fixação do prazo para apresentação dos requerimentos de comprovação da capacidade econômico-financeira em 31.12.2021 tem respaldo na Lei nº 14.026/2020, que estabelece que os contratos vigentes devem ser aditados até 31.03.2022 para inclusão das novas metas de universalização. Defende que o atraso na edição do decreto se deveu à necessidade de aguardar a apreciação, pelo Congresso Nacional, dos vetos presidenciais a dispositivos da lei e que o prazo de 7

MS 38226 MC / DF

(sete) meses estipulado para o cumprimento das diligências é razoável e suficiente. Aponta a existência de *periculum in mora* inverso, tendo em vista que o acolhimento do pedido liminar inviabilizaria o cumprimento do prazo fixado no art. 11-B, § 1º, da Lei nº 11.445/2007, com redação dada pela Lei nº 14.026/2020[2].

9. Junta aos autos Nota Técnica da Secretaria Nacional de Saneamento do Ministério do Desenvolvimento Regional, em que se esclarece cada uma das etapas da metodologia de comprovação definida no decreto, com o apontamento de que as diligências previstas ou são de baixa complexidade ou já eram exigidas das prestadoras de serviços de saneamento por leis anteriores. Também é apresentada Nota Técnica desenvolvida pela Secretaria de Desenvolvimento de Infraestrutura do Ministério da Economia, em que se afirma que são marginais as medidas detalhadas no decreto que não poderiam ser previstas ou antecipadas pelas prestadoras de serviços, e que as demonstrações exigidas não fogem à realidade operacional dos departamentos contábeis dos prestadores, além de constituírem obrigação legal.

10. A impetrante apresenta petição para noticiar a ocorrência de fato novo. Afirma que a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) deu início a processo de constituição da norma de referência que orientará a padronização dos termos aditivos a serem celebrados pelas estatais para incorporação das metas de universalização a seus contratos. Alega que a regulamentação a ser expedida pela agência federal é prejudicial à elaboração dos estudos de viabilidade para comprovação da regularidade econômico-financeira das prestadoras, motivo por que reitera o pedido liminar de extensão do prazo definido no decreto.

11. Em 28.10.2021, intimei a autoridade impetrada para que se manifestasse especificamente sobre o pedido liminar e sobre a intenção manifestada pela impetrante de participar de ato para conciliação.

MS 38226 MC / DF

12. Em resposta, a Presidência da República apresenta peça de informações elaborada pela Advocacia-Geral da União, na qual afirma a impossibilidade de conciliação, tendo em vista que o objeto da ação envolve pedido de alteração de prazos definidos em lei. Sobre o pedido liminar, defende a adequação do prazo previsto no art. 10 do Decreto nº 10.710/2021 com base nas manifestações técnicas trazidas anteriormente aos autos, apontando que “de todos os documentos exigidos pelo decreto, uma parte é de simples providência e outra parte considera-se que já está providenciada”.

13. A autoridade impetrada traz aos autos mais uma Nota Técnica, elaborada pela ANA, em que também se atesta a viabilidade do prazo definido no decreto e a inexistência de obrigações de caráter superveniente, imprevistas ou indevidamente onerosas aos prestadores de serviço com contratos administrativos vigentes. Nesse sentido, afirma-se que, antes mesmo da edição do decreto, a exigência pela lei de estudo de comprovação da viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços e a indicação clara do dever de definição de metas de universalização específicas já forneciam referências normativas para o endereçamento de estudos de universalização e de captação de recursos pelas prestadoras.

14. Quanto ao fato novo apontado pela impetrante em petição, a Nota Técnica da ANA esclarece que a proposta de norma de referência elaborada pela agência federal não terá efeito sobre a comprovação da capacidade econômico-financeira, porque não traz, em si, nenhuma providência que redunde em investimentos ou obrigações exorbitantes àqueles regulamentados no decreto impugnado. Em lugar disso, apenas padroniza conteúdos mínimos para os contratos, a fim de estabelecer uniformidade e segurança jurídica relativamente às cláusulas a serem previstas.

MS 38226 MC / DF

15. A União junta Notas Técnicas da Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos e da Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura, órgãos do Ministério da Economia, ambas no sentido da exequibilidade do prazo assinado pelo decreto.

16. **É o relatório. Aprecio o pedido liminar.**

17. Nos mandados de segurança de competência originária dos tribunais, cabe ao relator apreciar os pleitos de medida liminar (Lei nº 12.016/2009, art. 16). O deferimento de uma tutela de urgência pressupõe a existência de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009 e art. 300 do CPC/2015). Tendo em vista a proximidade do prazo cuja suspensão se pretende, considero que há urgência no pedido. No entanto, num juízo de cognição sumária, entendo que o primeiro requisito não está demonstrado.

18. A impetração recai sobre dispositivos do Decreto nº 10.710/2021, editado pelo Poder Executivo federal para regulamentar o art. 10-B da Lei nº 11.445/2007, na redação conferida pela Lei nº 14.026/2020, que institui o novo marco legal do saneamento básico. Como afirmei no julgamento das ADIs 6.492, 6.536, 6.583 e 6.882 (Rel. Min. Luiz Fux, j. em 2.12.2021), a reduzida capacidade de investimento público e a necessidade de melhorias na prestação dos serviços de saneamento básico motivaram o legislador nacional a rever o marco regulatório do setor, instituído pela Lei nº 11.445/2007. A revisão do marco legal se deu por meio da edição da Lei nº 14.026/2020, que, além de atualizar a Lei nº 11.445/2007, altera outros 6 (seis) diplomas legais, para estruturar o modelo de prestação de serviços de saneamento com vistas à universalização do acesso ao serviço público.

19. A Lei nº 14.026/2020 promove alterações profundas na estrutura de execução e regulação do setor de saneamento e cria metas

MS 38226 MC / DF

ambiciosas para a universalização dos serviços até 31 de dezembro de 2033. Nesse sentido, exige que os contratos de prestação de serviços de saneamento – inclusive os já celebrados – definam 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 essa data (art. 11-B, incluído na Lei nº 11.445/2007).

20. Para que o atingimento das metas se torne possível, o legislador exige, na nova redação dada ao art. 10-B da Lei nº 11.445/2007, que as empresas prestadoras com contratos em vigor – sejam estatais ou privadas – comprovem ter capacidade econômico-financeira, por recursos próprios ou por contratação de dívida, para viabilizar o atendimento dos objetivos de expansão da rede de prestação. A referida obrigação é imposta pela lei como uma condição à manutenção dos contratos, sejam eles de programa ou de concessão. A norma foi declarada constitucional pelo Plenário do STF no julgamento das quatro ADIs mencionadas acima.

21. O pedido liminar que ora analiso se volta contra o prazo definido em decreto como limite para que as prestadoras do serviço de saneamento formulem requerimento de comprovação da capacidade econômico-financeira e apresentem os documentos detalhados no regulamento. A impetrante sustenta que o atraso na edição do Decreto nº 10.710/2021, em relação ao prazo de 90 (noventa) dias estipulado no parágrafo único do art. 10-B da Lei nº 11.445/2007, teria suprimido parcela do lapso temporal de que as companhias estaduais de saneamento básico esperavam dispor para realizar a comprovação exigida por lei. Por esse motivo, alega que as empresas têm direito líquido e certo à extensão, por 7 (sete) meses e meio, do prazo de 31.12.2021, assinado pelo art. 10 do decreto impugnado.

22. A argumentação se baseia na premissa de que o legislador nacional pretendeu que as empresas prestadoras de serviços de

MS 38226 MC / DF

saneamento tivessem o período 14 (catorze) meses e meio – compreendido entre 16.10.2020 (data em que se encerrou o prazo de noventa dias estipulado pela lei para a edição do decreto) e 31.12.2021 (prazo efetivamente assinado pelo decreto) –, para elaborar a documentação necessária à comprovação de sua capacidade econômico-financeira. No entanto, ao menos numa primeira análise, entendo que essa interpretação não pode ser extraída da lei.

23. Embora tenha efetivamente havido atraso na edição do decreto regulamentar, relativamente ao prazo estipulado pelo legislador, não se extrai da lei que o prazo final para apresentação dos documentos comprobatórios pelas prestadoras de serviços de saneamento deveria ser o dia 31.12.2021, que foi a data prevista pelo decreto. A Lei nº 14.026/2020, ao definir a redação do art. 11-B, § 1º, da Lei nº 11.445/2007, apenas estabelece que os contratos em vigor que não possuem as metas de universalização definidas no *caput* do dispositivo deverão ser alterados até 31.03.2022 para viabilizar essa inclusão. No entanto, não estipula qual deve ser a data-limite para que as empresas contratadas se desobriguem da exigência definida no art. 10-B.

24. É certo que, por lógica, a comprovação da existência de capacidade econômico-financeira para o cumprimento das novas metas de universalização é um pressuposto para a celebração do aditivo contratual que determinará a inclusão dessas metas no ajuste. No entanto, não há nada no texto legal que indique que o cronograma previsto pelo legislador garantiria às empresas prestadoras um prazo de 14 (catorze) meses e meio para a elaboração dos documentos comprobatórios. Ainda que o decreto regulamentar tivesse sido editado dentro do prazo de 90 (noventa) dias a contar da publicação da lei – ou seja, até 16.10.2020 –, caberia ao Poder Executivo definir o período dentro do qual o procedimento de comprovação teria vez. Nesse caso, ele poderia ter determinado que o prazo para apresentação dos requerimentos se encerraria em maio de 2021, de modo que as empresas tivessem o mesmo

MS 38226 MC / DF

prazo de 7 (sete) meses para realização das diligências e as entidades reguladoras tivessem um prazo maior para analisar a documentação recebida.

25. Sendo assim, considerando que o prazo final de 31.12.2021 não é extraível da lei, entendo, ao menos numa primeira análise, que as empresas prestadoras não possuíam a expectativa de dispor de um período de 14 (catorze) meses e meio para o procedimento comprobatório. Dessa forma, o acolhimento do pedido liminar dependeria da constatação de que o prazo de 7 (sete) meses concedido às prestadoras no Decreto nº 10.710/2021 é manifestamente insuficiente para a realização das obrigações nele previstas. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal carece de *expertise* para alcançar essa conclusão.

26. O Decreto nº 10.710/2021 prevê que a avaliação da capacidade econômico-financeira será feita pela entidade reguladora responsável em duas etapas. A primeira etapa, que se presta a analisar o cumprimento de índices referenciais mínimos dos indicadores econômico-financeiros – tais como o seu grau de endividamento e a suficiência de seu caixa –, depende tão somente da apresentação de documentos contábeis, que, conforme informação constante dos autos, já são regularmente emitidos pelas sociedades prestadoras. Já a segunda exige o desenvolvimento de estudos de viabilidade e de planos de captação de recursos, que são diligências mais complexas, mas cuja elaboração, à primeira vista, já poderia ser antecipada pelas prestadoras.

27. Com efeito, o art. 10-B da Lei nº 11.445/2007, na redação da Lei nº 14.026/2020, prevê que as contratadas estão obrigadas a comprovar capacidade econômico-financeira para atender as metas de universalização, seja por recursos próprios ou por captação de dívida. Assim, parece-me que, desde a edição da lei, em 15.07.2020, já era de conhecimento das prestadoras que elas deveriam se dedicar a buscar recursos que as tornassem capazes de atender os novos marcos de

MS 38226 MC / DF

expansão do serviço impostos pela lei, bem como a elaborar demonstrações que evidenciassem tal capacidade. Ainda que as minúcias metodológicas para tal demonstração só viessem a ser conhecidas a partir da edição do Decreto nº 10.710/2021, as empresas já deveriam, desde o primeiro momento, envidar esforços para atender as obrigações extraíveis da lei.

28. É essa a conclusão encontrada nas diversas notas técnicas, editadas por numerosos órgãos da Administração Federal, que são unânimes em atestar a suficiência do prazo estipulado no art. 10 do Decreto nº 10.710/2021 para o cumprimento das ações exigidas das empresas. Não cabe ao Judiciário, por falta de capacidade institucional, contrariar a conclusão dos órgãos técnicos e interferir no cronograma definido pelo Poder Executivo, salvo ilegalidade manifesta ou ausência de razoabilidade, o que não parece ocorrer. Destaco, como apontado pela União, que o art. 11, II, da Lei nº 11.445/2007, desde a sua redação original, já exigia das empresas prestadoras, como condição de validade do contrato, a elaboração de “estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico”. Assim, as diligências previstas no decreto federal não parecem constituir absoluta novidade para as titulares de contratos vigentes.

29. Além disso, verifico a existência inquestionável de *periculum in mora* inverso, tendo em vista que a extensão do prazo definido no decreto regulamentar, na forma requerida liminarmente pela impetrante, determinaria necessariamente o descumprimento do prazo estipulado no art. 11-B, § 1º, da Lei nº 11.445/2007 para a alteração dos contratos em vigor com vistas à inclusão das novas metas de universalização.

30. Diante do exposto, **indefiro** o pedido liminar.

MS 38226 MC / DF

31. Admito o ingresso da União no feito. Anote-se. Na sequência, abra-se vista à Procuradoria-Geral da República.

Publique-se. Intimem-se, inclusive a União.

Brasília, 17 de dezembro de 2021.

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator

Notas:

[1] Decreto nº 10.710/2021, art. 10: “O prestador deverá apresentar requerimento de comprovação de capacidade econômico-financeira junto a cada entidade reguladora responsável pela fiscalização de seus contratos até 31 de dezembro de 2021”.

[2] Lei nº 11.445/2007, art. 11-B: “Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

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