



AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP

Consultoria Jurídica

Protocolo - ARSESP
Folha: 21
Processo ARSESP: 0104/2014

PROCESSO: ARSESP-104/2014

PARECER: CJ-ARSESP n. 52/2014

INTERESSADO: ARSESP – AGÊNCIA REGULADORA DE
SANEAMENTO E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO
PAULO

ASSUNTO: **TARIFA DE CONTINGÊNCIA.** Proposta de adoção enquanto perdurar a crise hidrológica com a finalidade de refrear o consumo de água na Região Metropolitana de São Paulo. Possibilidade. Análise da minuta de deliberação.

A previsão para a adoção de mecanismos tarifários de contingência encontra-se no art. 46 da Lei federal n. 11.445, de 5.1.2007, que impôs como requisito a existência de situação crítica de escassez declarada pela autoridade gestora de recursos hídricos.

A doutrina e a jurisprudência admitem a utilização da tarifa como instrumento de gestão da demanda em período de escassez e crise. A tarifa tem natureza de preço público político desde a vigência da Constituição Federal de 1988, segundo o Supremo Tribunal Federal.

É possível a instituição de tarifa de contingência como mecanismo ou instrumento de indução do usuário a reduzir o consumo de água, permitindo a adequada e racional gestão da demanda pela concessionária.

A declaração de racionamento pela autoridade gestora dos recursos hídricos não deve ser confundida com a instituição do racionamento na distribuição da água tratada para os usuários desse serviço.

A pretensão da SABESP é justamente a de adotar tarifa de contingência para evitar a redução da distribuição de água aos usuários da Região Metropolitana de São Paulo mediante a instituição de racionamento.



AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP
Consultoria Jurídica

Protocolo - ARSESP
Folha: 22
Processo ARSESP: 0104/2014

Assinatura manuscrita em tinta preta.

As gestoras dos recursos hídricos dos quais provêm a água bruta captada pela SABESP para o Sistema Cantareira editaram vários atos determinando a redução da vazão de retirada prevista na outorga, sob fundamento da escassez dos recursos hídricos.

Reduzir a quota de retirada de água nada mais é do que racionar ou declarar o racionamento, na dicção do art. 46 da Lei federal n. 11.445, de 5.1.2007.

Considerações sobre a minuta de deliberação.

1. O ilustre Diretor Presidente em exercício da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - ARSESP solicitou a esta Consultoria Jurídica a análise da minuta de deliberação encartada às fls. 16/18, que dispõe “*sobre a implantação da tarifa de contingência pela SABESP, visando à redução do consumo de água*”.

Assinatura manuscrita em tinta preta.



AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP
Consultoria Jurídica

Protocolo - ARSESP
Folha: 23
Processo ARSESP: 0104/2014

2. Segundo a Companhia de Saneamento

Básico do Estado de São Paulo (fls. 4/5), *“o Sistema Cantareira vem sofrendo a mais grave crise hidrológica desde a sua concepção, devido ao decréscimo de água armazenada nos seus reservatórios, às condições hidrológicas dos mananciais e meteorológicas desfavoráveis desde outubro passado”*.

3. Diante desse quadro, informou a

concessionária que *“implantou o Programa de Incentivo à Redução do Consumo de Água, com fulcro na Deliberação ARSESP n. 469/14”*, cujos resultados foram os seguintes: (i) 38% dos clientes tiveram direito ao bônus, isto é, reduziram o consumo em 20% ou mais em relação à média do período de fevereiro de 2013 a janeiro de 2014; (ii) 39% dos usuários reduziram o consumo, mas não tiveram direito ao bônus, pois a redução não atingiu 20% da média do período de fevereiro de 2013 a janeiro de 2014; e (iii) *“24% dos clientes apresentaram aumento de consumo”*.

4. Em face de o nível do reservatório do

Sistema Cantareira continuar em queda durante o mês de março, aduziu a concessionária que, com fundamento na Deliberação ARSESP n. 480/14, estendeu



AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP
Consultoria Jurídica

Protocolo - ARSESP
Folha: 24
Processo ARSESP: 0104/2014

o Programa de Redução de Consumo de Água aos demais municípios da Região Metropolitana de São Paulo.

5. Explicou ainda a SABESP que, no mês de abril, houve redução da produção do sistema Cantareira em 6,27m³/s, em decorrência de várias medidas que adotou: (i) redução do volume de água entregue aos municípios de Guarulhos e São Caetano do Sul; (ii) “transferência de água do Sistema Guarapiranga e Alto Tietê”; (iii) intensificação do programa de redução de perdas; e (iv) programa de incentivo à redução do consumo (bônus).

6. Não obstante essas medidas, a concessionária afirmou que elas não se mostraram “*suficientes para o atendimento da demanda no período de estiagem*”. Por essa razão requereu, com fundamento nos arts. 23, XI, da Lei federal n. 11.455/2007, e 21 do Decreto federal n. 7.217/2010, autorização para “*aplicação da tarifa de contingência*” “*visando o desestímulo ao consumo superior*” à média.

7. A SABESP destacou, em seu requerimento, que essa situação crítica levou as autoridades gestores dos recursos



AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP
Consultoria Jurídica

hídricos federal e estadual, respectivamente, a Agência Nacional de Águas – ANA e o Departamento de Águas e Energia Elétrica – DAEE, a estabelecer conjuntamente a **redução dos limites de captação de água** para atender o Sistema Cantareira.

Este é o **relatório** do essencial. Passo a analisar a matéria.

8. A Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP é o ente responsável pela regulação, controle e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico da Região Metropolitana de São Paulo¹, cuja prestação de serviço de abastecimento de água é executada pela empresa concessionária Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP.

¹ O art. 6º da Lei Complementar estadual n. 1025, de 7.12.2007, dispõe que “*Cabe à ARSESP, nos termos e limites desta lei complementar, regular, controlar e fiscalizar, no âmbito do Estado, os serviços de gás canalizado e de saneamento básico de titularidade estadual, preservadas as competências e prerrogativas municipais.*”. Por sua vez, a Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB), Lei federal n. 11.445, de 5.1.2007, em seu artigo 8º, estabelece que “Os titulares dos serviços públicos de saneamento básico poderão delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desses serviços, nos termos do art. 241 da Constituição Federal e da Lei no 11.107, de 6 de abril de 2005”.



AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP
Consultoria Jurídica

Protocolo - ARSESP
Folha: 26
Processo ARSESP: 0104/2014

9. Para atender à referida Região, dispõe a SABESP dos sistemas integrados seguintes: Alto Cotia, Alto Tietê, Cantareira, Guarapiranga, Rio Claro e Rio Grande.

10. O Sistema Cantareira é o maior da Região Metropolitana de São Paulo. É responsável pela distribuição de água tratada para 9,3 milhões de pessoas das Zonas Norte, Central, de partes das Zonas Leste e Oeste da Capital e dos municípios de Franco da Rocha, Francisco Morato, Caieiras, Osasco, Carapicuíba e São Caetano do Sul, além de parte dos municípios de Guarulhos, Barueri, Taboão da Serra e Santo André. Tal sistema é formado pelos rios Jaguari, Jacareí, Cachoeira, Atibainha e Juqueri (Paiva Castro)².

11. Expôs a SABESP, em seu requerimento de fls. 4 e 5, que o Sistema Cantareira vem sofrendo “*a mais grave crise hidrológica desde a sua concepção*” em decorrência do decréscimo da água armazenada nos seus reservatórios, das condições hidrológicas dos mananciais, bem como das condições meteorológicas desfavoráveis desde outubro de 2013.

² Informações extraídas do “site” da SABESP: www.sabesp.com.br.



AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP
Consultoria Jurídica

Protocolo - ARSESP
Folha: 27
Processo ARSESP: 0104/2014

12. Por essa razão, com a finalidade de refrear o consumo de água na Região Metropolitana de São Paulo, deseja a Concessionária a implantação de tarifa de contingência, que viria a se somar a outras medidas que já adotou: (i) redução do volume de água entregue aos municípios de Guarulhos e São Caetano do Sul; (ii) “transferência de água do Sistema Guarapiranga e Alto Tietê”; (iii) intensificação do programa de redução de perdas; e (iv) instituição do programa de incentivo à redução do consumo (bônus).

13. A Lei federal n. 11.445, de 5.1.2007, no artigo 46³, dispõe que o ente regulador poderá adotar mecanismos tarifários de contingência, quando houver escassez ou contaminação de recursos hídricos que obrigue à adoção de racionamento, declarada pela autoridade gestora, com a finalidade de cobrir os custos adicionais decorrentes, bem como garantir o equilíbrio financeiro da prestação de serviço e a **gestão da demanda**.

14. Portanto, no citado dispositivo legal, a Lei de Saneamento Básico consagrou a possibilidade de o ente regulador se valer

³ “Art. 46. Em situação crítica de escassez ou contaminação de recursos hídricos que obrigue à adoção de racionamento, declarada pela autoridade gestora de recursos hídricos, o ente regulador poderá adotar mecanismos tarifários de contingência, com objetivo de cobrir custos adicionais decorrentes, garantindo o equilíbrio financeiro da prestação do serviço e a gestão da demanda”.



AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ARSEP
Consultoria Jurídica

Protocolo - ARSEP
Folha: 28
Processo ARSEP: 0104/2014

da tarifa como instrumento de gestão ou de administração da demanda dos serviços de água encanada. Em artigo doutrinário⁴, Jacintho Arruda Câmara acentua que as *“campanhas de conscientização de usuários, incentivo à criação de tecnologias mais econômicas, racionamento, todos esses são exemplos de medidas que podem vir a ser implementadas com o objetivo de reduzir a demanda por determinado serviço público”*, arrematando que o *“regime tarifário também pode se prestar a este fim”*. Prossegue o emérito jurista:

“Por intermédio de um aumento generalizado de tarifas, **da criação de níveis tarifários em função da variação de consumo** ou de metas que visem à sua redução, **é possível instituir uma política tarifária que tenha por escopo a redução do consumo de um dado serviço** e que, com isso, busque preservar sua continuidade. O fundamento desta política é bastante claro: ao invés de impor uma redução do consumo de forma absolutamente cogente (com o corte ou racionamento do fornecimento, por exemplo), faz-se a opção por criar um estímulo econômico para que ocorra uma redução na demanda pelo serviço. **Cobrando-se mais, a tendência é diminuir a demanda.** Este é o cerne do modelo que busca a redução do consumo por meio de política tarifária.” (destaquei)

⁴ O Regime Tarifário como Instrumento de Políticas Públicas, Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 69-94, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCnd=33301>>. Acesso em: 29 de abril 2014.



AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP
Consultoria Jurídica

Protocolo - ARSESP
Folha: 29
Processo ARSESP: 0104/2014

15. Acrescente-se que o debate a respeito da instituição de tarifa de contingência durante período de escassez de água não é desconhecido do Supremo Tribunal Federal, que avalizou essa medida por ocasião de julgamento de recurso que questionava sua adoção pelo Distrito Federal. Em seu relatório⁵, a ministra Ellen Gracie explicou:

“Esta decisão fundou-se em precedentes desta Corte que afirmaram ser o serviço de fornecimento de água sujeito ao pagamento de preço público ou tarifa e não de taxa, inexistindo irregularidade em sua majoração por decreto em lugar de lei ordinária. E que o mesmo raciocínio deve valer para a **sobretarifa** desse serviço, porque **consiste em instrumento da peculiar política de preços adotada no Distrito Federal, pela qual os usuários que ultrapassam limites determinados de consumo pagam tarifas mais altas, com a finalidade de garantir a continuidade da prestação do serviço público a toda população, em tempos de escassez.**” (destaquei)

16. A utilização da tarifa como mecanismo ou instrumento de gestão ou administração do serviço concedido em período de escassez foi amplamente debatida por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 9, relativa à adoção de regime tarifário especial ou sobretarifa de energia elétrica. Dos votos proferidos por ocasião do

⁵ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 201.630-6, Rel. Ministra Ellen Gracie, j. 11.6.2002.



AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP
Consultoria Jurídica

Protocolo - ARSESP
Folha: 30
Processo ARSESP: 0104/2014

julgamento da liminar, merecem especial destaque os dos eminentes Ministros Sepúlveda Pertence e Moreira Alves, que definem a tarifa como **preço público político**.

17. Nesse julgamento, o Ministro Moreira Alves afirmou que, na vigência da anterior Constituição, a “*tarifa era exclusivamente preço público, mas não era preço político*”, mas a partir da Constituição Federal de 1988 esse panorama mudou completamente, pois a tarifa pode ter “*efeitos que extravasam aquilo que é normal do preço público, que é justamente a contraprestação do dinheiro em relação ao serviço ou à mercadoria que é prestada*”, arrematando:

“Considero que o preço público antes não era preço político, mas só preço público no sentido da contraprestação do serviço ou da mercadoria. (...) Agora, pela Constituição, esse **preço público pode** ser, além de preço público *stricto sensu*, preço público político, ou seja, **servir para a política tarifária, a fim de que seja possível às concessionárias cumprir a “obrigação de manter serviço adequado”**. (destaquei)



AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP
Consultoria Jurídica

Protocolo - ARSESP
Folha: 31
Processo ARSESP: 0104/2014

18. É possível, portanto, a instituição de tarifa de contingência como mecanismo ou instrumento de indução do usuário a reduzir o consumo de água, de maneira a permitir a adequada e racional gestão da demanda pela concessionária.

19. A adoção da tarifa de contingência está condicionada, contudo, à declaração de racionamento pela autoridade gestora dos recursos hídricos, nas hipóteses (i) de situação crítica de escassez ou (ii) de contaminação dos mananciais.

20. Note-se que o art. 46 da Lei federal n. 11.445, de 5.1.2007, se refere ao racionamento em relação aos recursos hídricos, cujas autoridades gestoras deverão declará-lo⁶. Essa declaração de racionamento pela autoridade gestora dos recursos hídricos não deve ser confundida com a instituição do racionamento na distribuição da água tratada para os usuários desse serviço.

⁶ “Os recursos hídricos não integram os serviços públicos de saneamento”, é o que diz o art. 4º da Lei federal n. 11.445, de 5.1.2007.



AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP
Consultoria Jurídica

Protocolo - ARSESP
Folha: 32
Processo ARSESP: 0104/2014

21. Com efeito, o racionamento na captação de água bruta que vier a ser decretada pelo gestor de recursos hídricos não conduz necessariamente à adoção de racionamento na distribuição de água tratada aos usuários desse serviço. Aliás, extrai-se do requerimento da SABESP que a pretensão da Concessionária é justamente a de adotar tarifa de contingência para evitar que, no futuro, seja obrigada a reduzir a distribuição de água encanada aos usuários da Região Metropolitana de São Paulo, mediante a instituição de racionamento.

22. No caso específico, os mananciais que alimentam o Sistema Cantareira são de titularidade da União e do Estado de São Paulo. Portanto, a declaração do racionamento a que se refere o art. 46 da Lei federal n. 11.445, de 5.1.2007, é de competência da Agência Nacional de Águas⁷ ou do Departamento de Águas e Energia Elétrica⁸, que são respectivamente as autoridades gestoras dos recursos hídricos da União e do Estado de São Paulo.

23. Nos últimos meses, as gestoras dos recursos hídricos dos quais provêm a água bruta captada pela SABESP para o Sistema Cantareira editaram conjuntamente vários atos **determinando a redução**

⁷ Lei federal n. 9.984, de 17.7.2000.

⁸ Lei estadual n. 7.663, de 30.12.1991



AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP
Consultoria Jurídica

Protocolo - ARSESP
Folha: 33
Processo ARSESP: 0104/2014

da vazão de retirada prevista na outorga (fls. 1213, de 6.8.2004), sob fundamento da escassez dos recursos hídricos. Reduzir a quota de retirada de água nada mais é do que racionar ou declarar o racionamento, na dicção do art. 46 da Lei federal n. 11.445, de 5.1.2007. De acordo com De Plácido e Silva⁹, “racionamento designa qualquer espécie de regularização ou redução no fornecimento de utilidades”.

24. Por meio da Resolução Conjunta ANA/DAEE n. 120, de 10.2.2014, houve “a criação do grupo técnico de assessoramento para gestão do Sistema Cantareira no atual período de crise de escassez de chuvas e afluências” (fls. 6 e 7).

25. Em atendimento às recomendações desse Grupo, as autoridades gestoras dos recursos hídricos determinaram a redução dos limites de captação de água pela SABESP de 31 m³/s (outorga) para 27,9 m³/s, 24,8 m³/s e, por fim, 22,4 m³/s, conforme Comunicados Conjuntos ANA/DAEE ns. 230, de 6.3.2014; 231, de 31.3.2014 (fls. 8 e 9) e 232, de 30.4.2014 (anexo), respectivamente.

⁹ Vocabulário jurídico, Forense, Vol. IV, p. 1288.



AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP
Consultoria Jurídica

Protocolo - ARSESP
Folha: 34
Processo ARSESP: 0104/2014

26. Portanto, as gestoras dos recursos hídricos dos quais dependem o Sistema Cantareira se viram obrigadas a adotar o racionamento na captação da água bruta, cuja declaração consta dos citados Comunicados Conjuntos.

27. A tarifa de contingência, segundo a minuta de deliberação em exame (fls. 16 a 18), onerará o usuário que consumir além da média mensal apurada no período de fevereiro de 2013 a janeiro de 2014 e será 30% (trinta por cento) maior do que a tarifa normal em vigor. O critério de incidência da tarifa de contingência e seu valor expressam bastante ponderação. A deliberação a ser editada concitará o usuário a não consumir água além de sua necessidade, que se supõe corresponder à média de 12 (doze) meses de consumo. Em 2001, durante a crise energética, por exemplo, o usuário desse serviço ficou sujeito ao pagamento de tarifa superior à normal na ordem de 50% (cinquenta por cento) e 200% (duzentos por cento) se consumisse além de 80% (oitenta por cento) da média de três meses.

28. Dessa comparação se extrai de forma eloquente que a Agência Reguladora de Saneamento e Energia – ARSESP, caso se



AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP
Consultoria Jurídica

Protocolo - ARSESP
Folha: 35
Processo ARSESP: 0104/2014

utilize do critério e do percentual acima referidos, não estará desatendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

29. Sugiro que a deliberação a ser editada preveja: (i) o registro em separado dos valores recebidos a mais em decorrência da aplicação da tarifa de contingência; (ii) o destino desses recursos; (iii) o registro dos custos adicionais decorrentes da situação de excepcionalidade (art. 46 da LF n. 11.445, de 5.1.2007); (iv) a apresentação à ARSESP de relatórios financeiros mensais; (v) o critério para fixação do valor máximo de consumo para não incidir no pagamento da tarifa de contingência, quando se tratar de imóvel novo ou anteriormente desocupado; e (vi) o procedimento para o usuário impugnar a média de consumo adotada.

30. As observações de natureza meramente formal relativas à técnica de redação da deliberação poderão ser tratadas diretamente entre a Diretoria da ARSESP, Secretaria Executiva e esta Consultoria Jurídica, conforme praxe.



AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO
ESTADO DE SÃO PAULO - ARSESP
Consultoria Jurídica

Protocolo - ARSESP
Folha: 36
Processo ARSESP: 0104/2014

31. Atendidas as previsões legais atinentes

à matéria, especialmente as da Lei Complementar estadual n. 1025/2007, e observadas as recomendações deste Parecer, não haverá óbice para ser editada a deliberação cuja minuta acabei de analisar.

Este é o **Parecer**.

CJ-ARSESP, 5 de maio de 2014.

MARCELO DE AQUINO
Procurador do Estado de São Paulo
OAB-SP 88.032



**COMUNICADO CONJUNTO ANA/DAEE - SISTEMA CANTAREIRA Nº232,
DE 30/04/2014**

Exmo. Sr. Gabriel Ferrato dos Santos
DD. Presidente dos Comitês das Bacias Hidrográficas dos Rios Piracicaba, Capivari e Jundiá –
Comitês PCJ.

Ilma. Sra. Dilma Seli Pena
DD. Presidente da Companhia Estadual de Saneamento Básico - SABESP

Prezados Senhores,

Em cumprimento ao disposto na Portaria DAEE nº 1213, de 06 de agosto de 2004, na Resolução Conjunta ANA/DAEE nº 428, de 04 de agosto de 2004, na Resolução Conjunta ANA-DAEE nº 335, de 05 de março de 2014, informamos que os limites superiores da vazão de transferência (Q1) para a bacia do Alto Tietê, através do túnel 5, e da soma (Q2) das vazões defluentes dos reservatórios de Jaguari-Jacaré, Cachoeira e Atibainha, para a bacia do rio Piracicaba, para a primeira quinzena de maio de 2014, são:

- Q1 (túnel 5): até 22,4 m³/s;
- Q2 (bacia do Piracicaba): até 3,0 m³/s.

As vazões acima estabelecidas são médias para o período de de 01 a 15 de maio de 2014, e representam a manutenção da mesma ordem de grandeza das vazões efetivamente praticadas no decorrer do mês de abril, no entanto, ficam sujeitas a avaliação quinzenal ,pelos órgãos gestores, em vista do período de estiagem e da atual situação do Sistema Cantareira.

Atenciosamente,

Vicente Andreu
Agência Nacional de Águas - ANA

Alceu Segamarchi Júnior
Departamento de Águas e Energia Elétrica - DAEE