



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

PROCESSO: ARSESP Nº 005/2012

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

PARECER Nº: 68/2012

ASSUNTO: CONTRATO DE CONCESSÃO. TARIFA. RECEITA
BRUTA. CONVÊNIO. CONSULTA. Estado de São Paulo X
Município de São Paulo, com interveniência da ARSESP –
Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de
São Paulo e da SABESP - Companhia de Saneamento Básico
do Estado de São Paulo. Objeto: Estado e Município acordam
implementar ações de forma associada com vista ao
oferecimento universal e adequado dos serviços de
abastecimento de água e esgotamento sanitário na Capital. Lei
Municipal nº 14.934/2009 que estabeleceu percentual sobre a
receita bruta da prestadora de serviço obtido pela exploração
dos serviços na Capital para o Fundo Municipal de
Saneamento Ambiental e Infraestrutura. Competência da
ARSESP pela revisão tarifária da SABESP para a prestação
dos serviços na Capital. Dúvidas quanto à obrigatoriedade de
consideração desse encargo para fins de revisão tarifária.
Cláusulas VII, “a”, VIII, IX, XV, “c”, do Convênio entre
Estado de São Paulo, Município de São Paulo, com a
interveniência e anuência da SABESP e da ARSESP.
Cláusulas 35, “a”, 48, § 1º, “d”, do Contrato entre o Estado de
São Paulo, Município de São Paulo e SABESP. Interpretação
que não permite desconsiderar o aporte ao Fundo Municipal
de Saneamento Ambiental e Infraestrutura como custo da
prestação dos serviços.



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

Senhor Secretário Executivo:

1. A Superintendente de Relações Institucionais da ARSESP – Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo, em manifestação nas fls. 04/6, propõe consulta à Procuradoria Geral do Estado sobre a obrigatoriedade de inclusão do encargo de 7,5% (sete e meio por cento) destinado ao Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura nas revisões tarifárias periódicas, em favor da SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, a cargo desta autarquia.

2. Aponta a Sra. Superintendente, na manifestação referida, que o art. 11, “caput”, da Lei estadual nº 1.025/2007, dispõe que a ARSESP poderá exercer as funções de regulação, controle e fiscalização, inclusive tarifária, dos serviços de saneamento básico que lhe forem delegados. Por meio de Convênios de Cooperação celebrados entre o Governo do Estado de São Paulo e Municípios, a ARSESP tem recebido delegação para regular e fiscalizar os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário prestados pela SABESP nos Municípios titulares dos serviços públicos objetivados. A atuação da ARSESP baseia-se nas definições e nas metas contidas nos Contratos de Programa firmados entre os Municípios e a prestadora estadual.

2.1. Em prosseguimento, afirma que a Lei nº 14.934/2009, do Município de São Paulo, autorizou a celebração de Convênio e de Contrato de Programa entre o Município e o Estado de São Paulo, ARSESP e SABESP, estabelecendo, contudo, que a prestadora do serviço deverá destinar,



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

trimestralmente, no mínimo, 7,5% (sete e meio por cento) sobre a receita bruta obtida a partir da exploração dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município, ao Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura.

2.2. O Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura, a teor do que preceitua o art. 6º da Lei Municipal referida, tem por função a destinação dos recursos para diversas atividades relacionadas ao saneamento ambiental, embora não caracterizáveis como abastecimento de água e esgotamento sanitário, tais como intervenções em áreas ocupadas por população de baixa renda, visando sua regularização urbanística e fundiária, limpeza, despoluição e canalização de córregos, melhoria do viário principal e secundário de áreas ocupadas por população de baixa renda, implantação de parques e unidades de conservação necessárias à produção de água no Município, drenagem e contenção de encostas, e desapropriações para implantação de ações do Fundo.

2.3. Ressalta a Sra. Superintendente de Relações Institucionais que o encargo legal foi reproduzido no Convênio celebrado pelo Estado e pelo Município, na Cláusula XV, alínea “c”, assim como no Contrato de Programa celebrado entre a Prefeitura e a SABESP, na Cláusula 35, alínea “a”.

2.4. A dúvida jurídica apresentada pela área se refere à obrigatoriedade de consideração desse encargo na revisão tarifária, tendo em vista o que dispõe o § 1º da Cláusula 48 do Contrato de Programa, segundo o qual cabe à ARSESP assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, devendo assegurar que a SABESP, no período subsequente a cada revisão tarifária, obtenha receita suficiente, no mínimo, para cobrir os encargos previstos no Contrato ou no Convênio, inclusive o estabelecido na Cláusula 35, alínea “a”.

2.5. Se, por um lado, o encargo previsto em lei é anterior à celebração do contrato, por outro lado, a Lei 11.445/07 determina que as



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

tarifas observem, dentre outras diretrizes, a recuperação de custos eficientes incorridos na prestação dos serviços. Segundo a Sra. Superintendente, seria incerta a possibilidade de equiparação do encargo de 7,5% a um custo do serviço, especialmente se considerarmos as atividades para as quais serão destinados seus recursos.

3. Após o despacho de encaminhamento do expediente a este órgão jurídico, na fl. 08, pelo Sr. Secretário Executivo, manifestaram-se conjuntamente, na fl. 09, a Sra. Diretora de Relações Institucionais e o Sr. Diretor de Regulação Econômico-Financeira e de Mercados, solicitando tratamento confidencial à matéria, por força do disposto no art. 12 da Deliberação ARSESP nº 233/2011, autorizando-se vistas dos autos somente aos Diretores, Superintendentes, Secretário Executivo e PGE.

É o relatório. Opino.

4. Em 23 de junho de 2010, o Estado de São Paulo e o Município de São Paulo, com a interveniência e anuência da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo e da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo, considerando entre outras razões que Estado e Município possuem pretensões divergentes quanto às competências para prestação dos serviços na Capital de São Paulo, e a efetiva necessidade de compartilhamento das responsabilidades para viabilização da universalização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário adequado e em prazo razoável, para as próximas gerações, com a necessária proteção ao meio ambiente, celebraram Convênio, por meio do qual acordaram implementar ações de forma associada com



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

vista ao oferecimento universal e adequado dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na Capital nos próximos trinta anos, prorrogáveis por igual período, por meio das medidas previstas pelas alíneas “a” a “c”, nestes termos:

“Cláusula I

Por meio deste convênio, o ESTADO e o MUNICÍPIO acordam implementar ações de forma associada com vista ao oferecimento universal e adequado dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na Capital, nos próximos 30 (trinta) anos, prorrogáveis por igual período, por meio das seguintes medidas:

- a) Criação de mecanismos de gestão das atividades de planejamento e investimento;*
- b) Atribuição à SABESP da exclusividade na prestação dos serviços;*
- c) Definição da ARSESP como responsável pelas funções de regulação, inclusive tarifária, controle e fiscalização dos serviços.”*

5. Previu igualmente o Convênio que caberá à ARSESP, com exclusividade, o exercício das funções de regulação, inclusive tarifária, controle e fiscalização dos serviços, com poderes para fixar as tarifas, reajustá-las e revisá-las, devendo ser a SABESP remunerada pela cobrança de tarifas e outros preços assim como pela obtenção de outras receitas, conforme o contrato.

“Cláusula VII

O ESTADO e o MUNICÍPIO acordam que caberá à ARSESP com exclusividade as funções de regulação, inclusive tarifária, controle e fiscalização dos serviços, incluindo os poderes necessários para:

- a) Fixar as tarifas e proceder a seu reajuste e revisão;”*



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

"Cláusula VIII

A SABESP será remunerada pela cobrança de tarifas e outros preços, bem como, se for o caso, pela obtenção de outras receitas, conforme o Contrato."

6. O Convênio, por suas Cláusulas IX e X, destacando que as tarifas não serão subsidiadas, garante à SABESP o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato a ser assegurado pela ARSESP na fixação das tarifas, independentemente de eventual alocação de recursos orçamentários do Município ou do Estado.

"Cláusula IX

Não haverá subsídio fiscal à tarifa, cabendo à ARSESP fixar tarifas que assegurem o equilíbrio econômico-financeiro nos termos do Contrato, independentemente de alocação de recursos orçamentários do MUNICÍPIO ou do ESTADO."

7. A ARSESP, conforme o que se convencionou na Cláusula X, ao fixar, reajustar e revisar as tarifas, deve observar as diretrizes da legislação estadual, do próprio Convênio e do Contrato, com o objetivo de assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato e a modicidade tarifária, esta mediante mecanismos que induzam à eficiência e eficácia dos serviços, permitindo a apropriação social dos ganhos de produtividade, nos limites do Contrato. A Cláusula X está vazada nos seguintes termos:

"Cláusula X

Na fixação, reajuste e revisão de tarifas praticadas, serão observadas as diretrizes tarifárias definidas pela legislação estadual, por este Convênio e no Contrato que vier a ser celebrado, tendo por objetivo assegurar tanto o equilíbrio econômico-financeiro nos termos do Contrato, como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



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

induzam à eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade, observados os limites do Contrato.”

8. A previsão da aplicação de 7,5% (sete e meio por cento) da receita bruta da SABESP obtida na Capital no Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura foi estabelecida pelos partícipes na Cláusula XV, alínea “c”, desse valor podendo ser deduzidos valores devidos e não pagos pelos órgãos da administração direta, fundações e autarquias municipais, desconsiderando-se ainda da receita bruta os valores de COFINS e PASESP, conforme o texto abaixo reproduzido:

“Cláusula XV

O Contrato a ser celebrado pelo ESTADO e pelo MUNICÍPIO com a SABESP deverá prever:

- a) Prazo para universalização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na Capital;*
- b) A obrigação da SABESP investir no período do contrato, no mínimo, o equivalente a 13% (treze por cento) da receita bruta obtida na Capital, em ações de saneamento básico e ambiental de interesse do MUNICÍPIO, e sem prejuízo de que esse percentual seja revisado para mais ou para menos com periodicidade não superior a 4 anos, a fim de se manter o equilíbrio econômico-financeiro;*
- c) A obrigação da SABESP destinar, trimestralmente, 7,5% (sete e meio por cento) da receita bruta obtida na Capital para o Fundo Municipal de Saneamento e Infraestrutura, a serem aplicados com observância das disposições da Cláusula II;*
- d) Que eventuais valores devidos e não pagos pelos órgãos da administração direta, fundações e autarquias do MUNICÍPIO serão deduzidos do*



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

montante a ser transferido ao Fundo Municipal de Saneamento e Infraestrutura;

- e) *Que a SABESP fornecerá, trimestralmente, a composição da receita bruta e das deduções referidas no parágrafo único desta cláusula, em formato passível de auditoria independente, sendo que eventuais compensações, para mais ou para menos, serão realizadas nos trimestres subsequentes.*

Parágrafo único. Para fins de aplicação das alíneas “b” e “c” desta cláusula, serão deduzidos da receita bruta utilizada para efeito de aplicação dos percentuais indicados os valores relativos às Contribuições para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP, bem como os tributos que vierem a substituí-los.”

9. A Cláusula XIX do Convênio, por outro lado, explicita a composição da receita da SABESP pela prestação dos serviços de abastecimento de água e saneamento na Capital, nela incluindo claramente o percentual destinado ao Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura, como se observa da leitura da alínea “d” do Parágrafo 1º da Cláusula XIX, “verbis”:

“Cláusula XIX

Ficará assegurado às Partes o equilíbrio econômico-financeiro nos termos do Contrato que vier a ser celebrado.

Parágrafo 1º. A fim de se manter o equilíbrio econômico-financeiro, a receita da SABESP oriunda das tarifas e preços cobrados dos usuários deverá ser suficiente, no mínimo, para cobrir os dispêndios pertinentes:

- a) *Às despesas gerais e administrativas;*
b) *Aos encargos tributários diretos;*



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

- c) *Aos custos e às despesas relativos à operação e manutenção do sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário da Capital;*
- d) *À universalização do acesso ao saneamento básico, especialmente quanto aos investimentos e desembolsos mencionados nas alíneas “b” e “c” da Cláusula XV;*
- e) *À taxa de regulação, controle e fiscalização devida à ARSESP;*
- f) *Aos subsídios oferecidos, já existentes ou que venham a ser criados, inclusive para populações e localidades de baixa renda;*
- g) *À remuneração dos ativos existentes ainda não amortizados;*
- h) *À remuneração do capital próprio e de terceiros empregados pela SABESP.”*

10. Como se pode observar pela leitura da Cláusula XIX, Estado e Município convencionaram que as tarifas e preços cobrados dos usuários dos serviços na Capital, devem ser suficientes para cobrir os dispêndios relativos ao percentual de 13% (treze por cento) da receita bruta para ações de saneamento básico e ambiental de interesse do Município (alínea “b”), e ao percentual de 7,5% (sete e meio por cento) que deve ser destinado ao Fundo Municipal (alínea “c”).

11. Em decorrência dos termos do Convênio celebrado em 23 de junho de 2010 pelo Estado de São Paulo e pelo Município de São Paulo, com a interveniência da SABESP e da ARSESP, foi assinado pela estatal com o Estado de São Paulo e a Prefeitura da Capital o Contrato de Prestação de Serviços Públicos de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário, pelo qual o Estado e o Município asseguraram à SABESP o direito de explorar a prestação dos serviços



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

públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário da Capital, com exclusividade, enquanto vigorar o Contrato:

“CAPÍTULO 1 – OBJETO

Cláusula 1.

O ESTADO e o MUNICÍPIO asseguram à SABESP o direito de explorar a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário da Capital (SERVIÇOS), com exclusividade e enquanto vigorar este CONTRATO.”

12. Em consonância com o ajustado no Convênio, o Contrato previu na Cláusula 35, como encargo da SABESP, a destinação trimestral de 7,5% (sete e meio por cento) da receita bruta obtida na Capital para o Fundo Municipal, conforme previsto no Convênio, em sua Cláusula II.

“Seção 4 – Encargos da SABESP

Cláusula 35. A SABESP deverá:

- a) *Destinar trimestralmente, 7,5% (sete e meio por cento) da receita bruta obtida na Capital para o FUNDO MUNICIPAL, até 5 (cinco) dias úteis após a publicação das demonstrações contábeis trimestrais e/ou anual, conforme previsto no CONVÊNIO, especialmente sua Cláusula II;”*

13. Cumpre destacar ainda, no que concerne ao Contrato, que em caso de não ser considerado o repasse ao Fundo Municipal nas revisões tarifárias, caberá reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato em favor da SABESP, por força do disposto na Cláusula 48, § 1º, alínea “d”, “verbis”:

“CAPÍTULO 3 – DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Seção 1 – Do Equilíbrio Econômico-Financeiro



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

Cláusula 48. Observado o disposto nos parágrafos seguintes, caberá à ARSESP assegurar o equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO.

§ 1º. A ARSESP, a cada revisão tarifária, deverá assegurar que a SABESP, no período subsequente, obtenha receita tarifária suficiente, no mínimo, para cobrir:

(...)

d) Os encargos previstos neste CONTRATO ou no CONVÊNIO, inclusive o estabelecido na Cláusula 35, alínea "a";"

14. A doutrina jurídica concernente às concessões de serviços públicos considera que o concessionário deve ser remunerado pela tarifa paga pelo usuário do serviço, cujo valor englobará todos os custos por ele incorridos para operar os serviços, além do lucro. Segundo Marcos Juruena Villela Souto, *"a concessão de serviço público é remunerada pelos usuários do serviço, por tarifas, que, de acordo com o artigo 9º da Lei nº 8.987/95, serão fixadas pelos preços das propostas vencedoras das licitações que forem realizadas, devendo ser preservadas as regras de reajuste e revisão previstas na lei, no edital e no contrato. A doutrina sempre se valeu do fato de que a tarifa seria o instrumento adequado para recompor a justa remuneração do capital investido pelo concessionário. Ao mesmo tempo, era unânime o entendimento de que a oferta que reduzisse em maior valor o custo esperado para o serviço deveria ser considerada a vencedora, já que, sem dúvida, é a que atenderia melhor o interesse público.*

*A tarifa deve, então, refletir o capital investido, o custo operacional, os investimentos em pesquisa e desenvolvimento tecnológico e o lucro do concessionário."*¹

15. Para Celso Antonio Bandeira de Mello, a parte verdadeiramente contratual do contrato de concessão é o equilíbrio econômico-financeiro, tendo em vista que, para o concessionário, o fim que almeja com o contrato é o lucro, que para o Estado é meio de se obter a boa prestação do serviço.

"Para o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém um fim que almeja: o

¹ Direito Administrativo das Concessões, Lumen Juris Editora, 2004, p. 32.



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

lucro. Reversamente para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário é meio por cuja via busca sua finalidade, que é a boa prestação do serviço.

O regime da concessão procede da lógica da situação instaurada nestes termos.

Ao Estado assistem todas as garantias necessárias à obtenção de seu desiderato. Por esta razão, pode dispor livremente sobre as condições de prestação do serviço e modificá-las sempre que o interesse público o reclamar, assim como retomá-lo sem que caiba oposição do concessionário.

A este, por seu turno, caberão todas as garantias atinentes à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro avençado por ocasião da concessão, pois foi o que através dela buscou. Daí que, embora o Estado possa modificar unilateralmente as condições do serviço, deverá preservar o equilíbrio econômico quando as alterações que introduzir agravarem a situação do concessionário.

Em suma: o Estado dispõe, com plena liberdade e do modo que entender mais conveniente para o interesse público, sobre a parte regulamentar do serviço e está peado no que concerne ao elemento verdadeiramente contratual da concessão, que é o equilíbrio econômico-financeiro.”²

16. Ao tratar do regime de remuneração do concessionário, Marçal Justen Filho descreve o modelo da tarifa pelo custo do serviço, generalizada em diferentes países, inclusive no Brasil, embora novas alternativas de remuneração venham sendo elaboradas, com críticas e defensores. Segundo esse modelo, a tarifa deve produzir remuneração necessária a compensar os custos diretos e indiretos do concessionário, incluindo-se os investimentos necessários à ampliação do serviço e a margem de lucro. Esse modelo, claramente, foi o escolhido por Estado e Prefeitura para remunerar os serviços prestados pela SABESP, conforme deduz-se das Cláusulas do Convênio e do Contrato reproduzidas neste parecer. Descreve o autor esse modelo da seguinte forma: “A solução que se difundiu nos diversos

² Curso de Direito Administrativo, 22ª edição, Malheiros, ps. 690/692.



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

países foi a fixação da tarifa pelo preço do custo, o que significava que a tarifa deveria orientar-se a produzir remuneração necessária a compensar custos diretos e indiretos, inclusive os investimentos necessários à ampliação do serviço e a margem de lucro do concessionário. Na terminologia inglesa, é comum referir-se a ele como sistema “cost-plus”, “cost-of-service” ou “rate of return”.

A solução preconizada por esse modelo consiste em assegurar ao particular remuneração que permita a amortização de seus investimentos, a compensação de seus custos e a obtenção de um retorno satisfatório. Essa alternativa generalizou-se nos diferentes países, inclusive no Brasil.

Nesse caso, o poder concedente vincula os reajustes à variação dos custos necessários ao fornecimento das utilidades em que se traduz o serviço público.”³

17. A interpretação das Cláusulas do Convênio e do Contrato à luz da doutrina não permite a desconsideração do aporte ao Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura como custo da prestação dos serviços, como sugere a Sra. Superintendente de Relações Institucionais nas fls. 4/6. Se assim for feito, a ARSESP transformará o encargo em verdadeiro subsídio da empresa à Prefeitura, o que em nenhum momento é cogitado nos ajustes celebrados entre Estado, Prefeitura e SABESP, pelo contrário.

18. O subsídio, segundo a doutrina⁴ se manifesta como uma liberalidade, em que o Estado desembolsa valores sem contrapartida, visando beneficiar determinados sujeitos ou atividades. O exame dos instrumentos que regulam a prestação dos serviços de saneamento na Capital deixa absolutamente claro que o encargo de pagamento trimestral de 7,5% (sete e meio por cento) da receita bruta obtida no Município pela SABESP ao Fundo Municipal não tem característica de subsídio, constituindo-se em verdadeira exigência condicionante, sem a qual a concessionária estadual não poderia celebrar o contrato de prestação de serviços.

³ Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, Dialética, 2003, págs. 352/353.

⁴ Ob cit. pág. 335.



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

19. Trata-se de obrigação que não decorreu da vontade do Governo estadual ou da direção da empresa, mas de dispositivo de Lei Municipal, a Lei nº 14.934, de 18/06/2009, que autorizou o Poder Executivo Municipal a celebrar, contratos, convênios e outros ajustes necessários, com o Estado de São Paulo, com a ARSESP e com a SABESP, visando regulamentar o oferecimento compartilhado do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário pela SABESP, pelo prazo de 30 (trinta) anos, prorrogável por igual período.⁵ Referida Lei previu expressamente, em seu art. 5º, inciso I, que, a partir da celebração dos ajustes a que se referiu o art. 1º, durante todo o seu período de vigência, incluindo-se eventual prorrogação, a SABESP deverá destinar os percentuais de 7,5% (sete e meio por cento) para o Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura, trimestralmente, e de 13,00% (treze por cento) para investimentos em ações de saneamento básico e ambiental de interesse do Município.⁶

20. A despeito da criação, pelo Município de São Paulo, no legítimo exercício de sua competência legiferante, do encargo submetido à SABESP, o Município e o Estado cuidaram de garantir, em diversos dispositivos do

⁵ “Art. 1º. Fica o Poder Executivo autorizado a celebrar contratos, convênios ou quaisquer outros tipos de ajustes necessários, inclusive convênio de cooperação e contrato de programa, com o Estado de São Paulo, a Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – ARSESP e a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, previstos nas Leis Federais nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, nº 11.107, de 6 de abril de 2005, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nº 8.666, de 21 de junho de 1993, bem como na Lei Complementar Estadual nº 1.025, de 7 de dezembro de 2007, com a finalidade de regulamentar o oferecimento compartilhado do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário no âmbito do Município de São Paulo, bem como assegurar a sua prestação pela SABESP, pelo prazo de 30 (trinta) anos, prorrogável por igual período, desde que:”

⁶ “Art. 5º. A partir da data de celebração dos ajustes referidos no art. 1º, e durante todo o período de vigência de tais instrumentos, incluindo eventual prorrogação, a SABESP deverá destinar, no mínimo, os percentuais abaixo indicados, aplicados sobre a receita bruta obtida a partir da exploração dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município de São Paulo, observadas as deduções previstas no § 2º: I – 7.5% (sete inteiros e cinco décimos por cento) para o Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura, em periodicidade trimestral, sendo que eventuais inadimplências dos órgãos da administração direta, fundações e autarquias do Município serão deduzidas do montante a ser transferido; II – 13,0% (treze inteiros por cento) para investimentos em ações de saneamento básico e ambiental de interesse do Município, a serem definidos nos ajustes referidos no art. 1º e realizados pela SABESP.”



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

Convênio e do Contrato, meios de manter o equilíbrio econômico financeiro do ajuste em favor da SABESP. Assim é que o Convênio prevê que não haverá subsídio fiscal à tarifa, cabendo à ARSESP fixar tarifas que assegurem o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato (Cláusula IX). Prevê ainda que, por ocasião da fixação, do reajuste e da revisão tarifárias, deverá ser assegurado tanto o equilíbrio econômico-financeiro do contrato como a modicidade tarifária (Cláusula X). A SABESP será remunerada pelo pagamento de tarifas e preços públicos pagos pelos usuários dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário (Cláusula XVIII). Por fim, para que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro, a receita da SABESP, oriunda de tarifas e preços cobrados dos usuários dos serviços, deverá ser suficiente para, **no mínimo**, cobrir os dispêndios pertinentes à universalização do acesso ao saneamento básico, especialmente quantos aos investimentos e desembolsos previstos pelas alíneas “b” e “c” da Cláusula XV, que são os percentuais de 13% da receita bruta e a parcela trimestral de 7,5% da receita bruta obtida na Capital (Cláusula XIX, § 1º, “d”).

21. O Contrato, ao tratar no Capítulo 3 do Equilíbrio Econômico-Financeiro, que caberá à ARSESP assegurar, determina à Agência a obrigação de garantir que a SABESP, a cada revisão tarifária, **obtenha receita tarifária suficiente** para cobrir os encargos previstos no Contrato e no Convênio, inclusive o estabelecido na Cláusula 35, alínea “a”, isto é, 7,5% (sete e meio por cento) da receita bruta obtida na Capital (Cláusula 48, § 1º, “d”).

22. A propósito da revisão tarifária, vale reproduzir o que escreveu sobre o tema Antonio Carlos Cintra do Amaral no livro *Concessão de Serviço Público*⁷, aplicável ao caso presente: “Entendo que o esquema da Lei 8.987/95 é diferente do aplicável aos contratos administrativos em geral.

⁷ Malheiros Editores, 1996, págs. 75/76.



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

Em primeiro lugar, a revisão pode resultar não apenas de fato superveniente e imprevisível, tal como acima exposto, mas, também, de aplicação de cláusula contratual. Em segundo lugar, o conceito de revisão da tarifa, nos contratos de concessão de serviço público, não coincide exatamente com o aplicável aos preços, em contratos administrativos de obras, serviços contínuos e compra e venda de bens para entrega futura.

Nestes contratos, o preço é fixado com referência a uma determinada data, e formado com base na avaliação de custos mais lucro. É reajustável, durante a execução do contrato, mediante utilização de índices setoriais, isolados ou componentes de uma chamada fórmula paramétrica, que reflitam a variação dos custos. O reajuste é, assim, tal como foi exposto acima, um mecanismo de atualização do preço.

Nos contratos de concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, a situação é, em regra, diferente. A tarifa destina-se não apenas a cobrir custos mais lucro, mas também, a amortizar investimentos efetuados, geralmente de grande vulto. E esses investimentos devem ser amortizados ao longo do prazo da concessão.

O reajuste, nesses contratos, não tem por função atualizar a tarifa apenas para cobrir custos, já que a parcela relativa à amortização do investimento efetuado não constitui custo da prestação do serviço. Assim, a tarifa tem que ser reajustada com base na variação de um índice geral, que não reflete a variação dos preços dos insumos necessários à prestação do serviço, e serve, também, para corrigir a parcela relativa à amortização do investimento.

Mais ainda: no caso de existirem receitas alternativas, complementares ou acessórias, ou de projetos associados, tal como previsto no art. 11 da Lei 8.987/95, a equação econômica da relação contratual se torna bem mais complexa. A tarifa deve refletir a composição: “custos, mais lucro mais amortização de investimentos, menos receitas alternativas, complementares ou acessórias ou de projetos associados”. E essas receitas podem variar significativamente durante o prazo da concessão, variando, sobretudo, a ponderação de sua participação na forma da tarifa.”

23. Cabe à ARSESP cumprir rigorosamente o que foi pactuado pelo Estado e pelo Município no Convênio e no Contrato, nos quais foi meramente interveniente, de acordo com o que estabelece sua própria lei instituidora,



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

Lei Complementar 1.025/2007, art. 7º, inc. IV⁸. Os contornos da prestação dos serviços públicos e da equação econômico-financeira do Contrato foram estabelecidos pelas pessoas jurídicas de direito público Estado e Município de São Paulo, e não podem ser alteradas pela ARSESP.

24. Por outro lado, deve ser acentuado que eventual impacto negativo na modicidade da tarifa pelo uso dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário deve ser creditado ao próprio Município contratante, que instituiu por lei referido encargo destinado a financiar o Fundo Municipal de Saneamento Ambiental e Infraestrutura. Somente o próprio Município de São Paulo, se entender conveniente e oportuno, pode revogar ou alterar o valor estabelecido pela Lei Municipal 14.934, de 2009.

25. No que concerne ao disposto na Lei federal nº 11.445/07, segundo o que as tarifas devem observar a recuperação dos custos eficientes incorridos na prestação dos serviços, nas palavras da Superintendente de Relações Institucionais na fl. 06, por tudo o que foi aqui exposto me parece não haver dúvidas de que o encargo de 7,5% para o Fundo Municipal não tem como ser recuperado pela SABESP, devendo a ARSESP buscar eficiência e produtividade em outros aspectos da operação dos serviços⁹.

26. Além disso, os custos referidos pelo parágrafo único do artigo 18 da Lei federal 11.445/07 correspondem, a meu ver, aos custos da operação, e não àqueles decorrentes de normas legais fora da competência da prestadora dos serviços.

⁸ “Artigo 7º - Compete à ARSESP, respeitadas as competências e prerrogativas federais e municipais: (...) IV – cumprir e fazer cumprir a legislação, os convênios e contratos;”

⁹ Art. 18, Parágrafo único. A entidade de regulação deverá instituir regras e critérios de estruturação de sistema contábil e do respectivo plano de contas, de modo a garantir que a apropriação e a distribuição de custos dos serviços estejam em conformidade com as diretrizes estabelecidas nesta Lei.



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

27. A manifestação de fls. 04/6 ressalta ainda que o encargo legal objeto da consulta foi criado por lei anterior à celebração do Contrato entre a Prefeitura de São Paulo e a SABESP. Embora não esteja expresso, parece-me que a Superintendente quis referir-se ao disposto no § 4º do art. 38 da Lei 11.445/07¹⁰, que faculta à entidade de regulação autorizar o repasse aos usuários pelo prestador de serviços de custos e encargos tributários não previstos originalmente e por ele não administrados. Contrário senso, como a lei instituidora do encargo é anterior ao Contrato, a ARSESP não poderia autorizar o repasse aos usuários. Essa interpretação, entretanto, contraria as condições estipuladas no Convênio e no Contrato, assim como a doutrina sobre o tema.

28. Ao interpretar o problema da carga fiscal sobre o contrato de concessão, Marçal Justen Filho acentua que a equação econômico – financeira abrange todas as vantagens e todos os encargos produzidos pela contratação, inclusive a carga fiscal.¹¹ A questão é relevante, tendo em vista que, se a prestadora de serviços excluir de seu plano de negócios a carga fiscal e os encargos, o Contrato poderá tornar-se inexecutável. Até mesmo a Lei 8.666/93 estabelece que devem ser rejeitadas pela administração propostas de preços feitas a partir de custos incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, significando todos os acessórios, inclusive tributos, que incidam sobre a atividade do licitante.¹²

29. Sustenta o mesmo autor, referindo-se aos tributos que incidem sobre a prestação, que o momento cronológico da incidência

¹⁰ “§ 4º. A entidade de regulação poderá autorizar o prestador de serviços a repassar aos usuários custos e encargos tributários não previstos originalmente e por ele não administrados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13/02/95.”

¹¹ Teoria Geral das Concessões de Serviço Público, Dialética, 2003, págs. 411/415.

¹² Art. 44. “§ 3º. Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.”



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

tributária é irrelevante para determinar a integração da despesa na equação econômico-financeira.

“Em uma obra de engenharia, por exemplo, a incidência do ISS faz-se sobre a prestação do serviço propriamente dita. A variação do ISS é considerada como causa eficiente de desequilíbrio e autoriza recomposição da equação. Os encargos previdenciários pressupõem a execução do serviço e, mesmo, o pagamento de inúmeras verbas aos empregados. Suponha-se a contribuição sobre o salário, que deverá ser liquidado (normalmente) após executada a prestação.

Em todas essas hipóteses, a incidência tributária dá-se sobre etapa econômica que não abrange a execução propriamente dita, mas o resultado auferido. No entanto, reconhece-se a caracterização de desequilíbrio que autoriza recomposição.”

30. Por todo o exposto, considerando-se que a Lei Municipal 14.934/2009, que criou o encargo de 7,5% (sete e meio por cento), foi o instrumento legal que permitiu a concretização dos ajustes entre Estado e Município visando a universalização do abastecimento de água e do esgotamento sanitário da Capital, parece-me evidente que o plano de negócios da empresa controlada pelo Estado tenha considerado tal percentual nos seus custos. A sua desconsideração pela Agência na revisão tarifária impactaria a equação econômico-financeira do Contrato, mesmo que não tivessem sido previstas regras específicas de manutenção da integralidade da receita da SABESP. Tais regras, no entanto, estão previstas, sujeitando a todos, Município, Estado, SABESP, ARSESP e os usuários dos serviços.

31. Assim sendo, concluo pela impossibilidade de desconsideração do encargo instituído pelo inciso I, do art. 5º, da Lei Municipal nº 14.934/2009 nos procedimentos de revisão tarifária da SABESP na Capital, e devolvo o expediente a esta Secretaria Executiva para encaminhamento às Diretorias interessadas, de Relações Institucionais e de Regulação Econômico-Financeira e de Mercados, que, se assim o desejarem, considerando-se a relevância do tema, poderão submeter o presente parecer ao crivo do Procurador Geral do Estado.



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

É o parecer, s.m.j.

CJ-ARSESP, 26 de abril de 2012.

Assinatura manuscrita de Rosina Maria Euzebio Stern, escrita em tinta preta.

ROSINA MARIA EUZEBIO STERN

Procuradora do Estado

Chefe da CJ-ARSESP