

Primeiras observações sobre o Decreto 10.710/2021

Gustavo Kaercher Loureiro

Rafaella Peçanha Guzela

As compreensões e opiniões expressas neste artigo são de responsabilidade exclusiva dos autores, não refletindo necessariamente a opinião institucional da FGV ou a posição das instituições às quais estejam vinculados.

INTRODUÇÃO

Baixado em 01 de junho deste ano, o Decreto 10.710/2021 trouxe a tão aguardada “metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira” dos atuais detentores de contratos de delegação de serviços públicos de água e esgotamento sanitário. Nos termos de seu art. 1º, ele “regulamenta o art. 10-B da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007³, para estabelecer a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário que detenham contratos regulares em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização previstas no caput do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007.” Se tudo correr bem, ao cabo do procedimento de comprovação instaurado pelo Decreto, o titular do serviço e o prestador terão firmado um aditivo ao contrato original em que restarão positivadas, sob o pressuposto da viabilidade econômico-financeira, as específicas condições e os modos de atingimento das metas abstratamente estipuladas pelo art. 11-B (cronograma, obras, tecnologia, fontes de recursos, tarifários ou não tarifários etc.).

O que segue é um primeiro contato com o regulamento e possui duas partes. Na Seção I, faz-se um apanhado geral da estrutura e dos principais pontos do Decreto 10.710/2021, sem demasiada análise e sem considerações críticas. Na Seção II são aprofundados alguns desses pontos e analisados tópicos adicionais. Mesmo aqui, o tom é mais descritivo do que valorativo. Procurou-se, tão-somente, apresentar o ato do Executivo em sua “melhor luz”.

SEÇÃO I

VISÃO GERAL DO DECRETO 10.710/2021

O objeto do Decreto já foi indicado: dispõe sobre as exigências a serem atendidas pelos atuais contratantes para que comprovem aptidão econômico-financeira para incorporar em seus atuais contratos as metas de alcance de 99% e 90% de atendimento de distribuição de água e manejo de esgotamento sanitário até 2033, como exigido pelo art. 11-B da Lei 11.445/2007⁴. Ecoando o art. 10-B, o art. 19

¹ Pesquisador Sênior do CERI-FGV- RJ. Consultor em Souto Correa Advogados.

² Diretora de Controles e Normas na Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura do Ministério da Economia.

³ Sobre esse dispositivo, especificamente, v. Gustavo Kaercher Loureiro, *Apontamentos sobre o Art. 10-B da Lei 11.445/2007 e seu regulamento*, disponível em <https://ceri.fgv.br/publicacoes/apontamentos-sobre-o-art-10-b-da-lei-114452007-e-seu-regulamento>.

⁴ Art. 1º, caput; art. 2º, IX. As referências feitas sem indicação referem-se a dispositivos do Decreto 10.710/2021.

do Decreto 10.710/2021 diz ser tal comprovação “requisito indispensável” para que o contrato possa ser aditivado para tal fim.

Quanto a seu alcance, o Decreto 10.710/2021 colhe apenas os sujeitos que possuam *contratos de delegação de serviços de água e esgoto*⁵, *em execução*⁶ e *conformes a direito*. Mais exatamente, devem comprovar capacidade econômico-financeira (i.) os titulares de contratos de programa “regulares em vigor”⁷, *necessariamente*; (ii.) os titulares de contratos de concessão (comum ou PPP) licitados, *se pretenderem incorporar as metas a seus contratos*⁸. E, ponto importante, esses sujeitos deverão fazê-lo mesmo que “já tenham celebrado com o titular do serviço termo aditivo para incorporação das metas de universalização de que trata o *caput* do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007” (art. 1º, § 2º). Por outro lado, ficam de fora os casos previstos no § 3º do art. 1º, por serem reputados espécies de prestação direta, não contratual⁹.

Os prestadores submetidos às normas do Decreto 10.710/2021 devem iniciar o procedimento de comprovação de capacidade até 31.12.2021¹⁰ perante o regulador subnacional que regula e fiscaliza o contrato sob exame. Em caso de múltiplos contratos com diferentes reguladores, o procedimento será instaurado perante cada um desses reguladores subnacionais¹¹ (eis que a ANA tem função de supervisão

⁵ Por força da expressa vinculação entre o art. 10-B e as metas do art. 11-B, adstritas à água e esgoto, a avaliação abarca apenas prestadores desses específicos serviços. Portanto, sujeitos que detenham apenas contratos de prestação de serviços de limpeza urbana, gestão de resíduos sólidos ou drenagem, não estão submetidos à avaliação de capacidade. De igual modo, os contratados para execução de negócios instrumentais à prestação do serviço de saneamento, tais como os regidos pela Lei 14.133/2021, não se submetem à avaliação.

⁶ A metodologia de avaliação é adstrita a prestadores com contratos *em vigor* (cf. adiante). Futuros prestadores (e futuros contratos) não se submetem ao Decreto, portanto. O que se mostra coerente, na medida em novo marco só admite celebração de novos contratos mediante prévia licitação, a qual contém, necessariamente, fase de habilitação com específicos critérios para comprovação de capacidade econômico-financeira de seus prestadores.

⁷ Art. 1º, *caput*; art. 11, I, *passim*.

⁸ O caráter necessário do exame dos contratantes de programa e facultativo para as concessões licitadas será analisado na Seção II.

⁹ Os casos, além da prestação direta *stricto sensu*, são os de prestação por autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista controladas pelo titular. Atenção, porém: caso se trate de autarquia, empresa ou sociedade que atenda, para além do município cujo controlador seja titular, outros municípios, estará obrigada a comprovar sua capacidade. Contudo, caso resulte em decisão que não comprove a capacidade deste prestador, o contrato que configure prestação direta não será afetado, por força do que dispõe o § 3º do art. 1º. A conclusão acima decorre de aspecto essencial à compreensão do Decreto: a diferença que nele se estabelece entre os prestadores que devem se submeter à avaliação, os contratos que integrarão sua respectiva avaliação e os contratos sobre os quais a resultante decisão pela capacidade (ou não capacidade) operará efeitos. Sobre isso, v. adiante, na Parte II.

¹⁰ Art. 10.

¹¹ Estes reguladores poderão firmar “termo de cooperação técnica” para apreciação conjunta, cf. § 1º do art. 15. Em caso de conflito, a ANA poderá atuar como mediadora, cf. § 2º do art. 15.

e, eventualmente, mediação, mas não é instância decisória nem recursal¹²). Para cada contrato, os prestadores devem apresentar, para apreciação e decisão pela agência, os documentos indicados no art. 11 do Decreto¹³. Até 31.03.2022 o processo de comprovação deverá estar encerrado¹⁴.

O procedimento que se desenrolará ao longo desses meses seguirá o rito próprio de cada agência¹⁵, mas tem uma estrutura invariável para a avaliação que seguirá o pedido de análise do prestador: foi dividido em duas etapas sucessivas, sendo a segunda condicionada ao bom êxito na primeira¹⁶. A etapa inicial consiste na verificação de atendimento, pelo grupo econômico ao qual o prestador pertence¹⁷, de “**índices referenciais mínimos dos indicadores econômico-financeiros**” (art. 4º, I, grifou-se¹⁸). Na segunda etapa, verifica-se a “adequação dos **estudos de viabilidade** e do **plano de captação**” (art. 4º, II, grifou-se). Grosso modo, há um primeiro exame de hígidez econômico-financeira do prestador, tal como atualmente se encontra¹⁹, seguido de uma avaliação das condições econômico-financeiras específicas sob as quais se dará o cumprimento das metas do art. 11-B²⁰. Pode-se ainda considerar que há um terceiro objeto de exame, qual seja, a proposta de aditamento do contrato que o prestador deverá elaborar em base aos estudos de viabilidade e plano de captação, e levar aos autos do

¹² Sobre a atuação da ANA v. art. 11, § 2º; art. 15, § 2º; art. 17; art. 25. Destaca-se, aí, sua função mediadora e de arbitramento de eventuais conflitos entre agências subnacionais e mesmo entre essas últimas e prestadoras que não tiveram sua capacidade comprovada. Uma questão que avulta, mesmo fora do ambiente de mediação é: poderia a Agência Nacional de Águas agir diante de irregularidades ocorridas no curso do procedimento que atentem contra a legalidade?

¹³ Tais documentos incluem cópias de seus contratos em vigor, minuta de aditivos que pretenda celebrar para a eles incorporar metas, declaração do titular do serviço anuindo às referidas minutas, demonstrações contábeis de seu grupo econômico, cálculo de indicadores financeiros, estudos de viabilidade, plano de captação, carta de intenções de instituições financeiras e laudos ou pareceres técnicos de certificador e de auditor independentes. Gize-se é obrigação do prestador apresentar tempestivamente a integralidade da documentação exigida. O que importa o dever do prestador adotar todas as diligências cabíveis e necessárias para assegurar o cumprimento dessa obrigação, sobretudo perante terceiros responsáveis por emissão de parte dos referidos documentos (instituições financeiras, titulares do serviço, auditores e certificadores independentes, etc).

¹⁴ Art. 14.

¹⁵ Art. 13.

¹⁶ Art. 4º, par. único.

¹⁷ Art. 5º, *caput*.

¹⁸ Como veremos em outra ocasião com mais detalhe, esses índices referenciais mínimos são: índice de margem líquida sem depreciação e amortização superior a zero (art. 5º, I); índice de grau de endividamento inferior ou igual a um (art. 5º, II); índice de retorno sobre patrimônio líquido superior a zero (art. 5º, III); e índice de suficiência de caixa superior a um (art. 5º, IV).

¹⁹ Esses índices deverão ser obtidos a partir das demonstrações contábeis e tirados das medianas dos indicadores dos últimos 5 exercícios financeiros auditados (art. 5º, §§ 1º e 2º; art. 11, III). Devem ser auditados e vir acompanhados de laudo ou parecer de auditor independente (art. 11, V).

²⁰ v. Egon Bockmann Moreira em *Serviços de água e esgotamento: notas sobre o Decreto 10.710/2021 e a “comprovação da capacidade econômico-financeira, disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/egon-bockmann-moreira/servicos-de-agua-e-esgotamento-notas-sobre-o-decreto-10710-2021-e-a-comprovacao-da-capacidade-economico-financeira>*

procedimento, já com a anuência do titular do serviço²¹. Ao final, a decisão da agência²² levará a um dos seguintes resultados:

- A.) Superação das duas etapas e comprovação da capacidade econômico-financeira²³. Neste caso, o aditivo ao contrato original poderá ser firmado e as metas do art. 11-B nele incorporadas.
- B.) Não superação da primeira etapa. Nesse caso, o procedimento se encerra sem exame dos elementos da segunda fase e, obviamente, sem a possibilidade de aditamento do contrato. Outras consequências do insucesso na comprovação de capacidade demandam distinguir entre contratos de programa e contratos de concessão licitados e serão tratados na Parte II.
- C.) Superação da primeira, mas não da segunda etapa. Nesse caso, como em B, o aditivo não será firmado e as mesmas questões que se põem para a hipótese B.) retornam aqui.

Antes de passar para o aprofundamento de alguns tópicos, e completando essa rápida passagem pelos principais pontos do Decreto 10.710/2021, convém mencionar o caráter “dinâmico” da comprovação de capacidade introduzida pela norma. Tal caráter é dado pelos arts. 18 e 20, par. único do Decreto. Por eles se fica sabendo que a decisão que dá pela habilitação econômico-financeira do prestador “perderá automaticamente seus efeitos” (art. 18, *caput*), se ocorrerem fatos supervenientes que frustrem as premissas fáticas e jurídicas sob as quais a decisão de capacitação foi tomada, e se obrigações a termo por ele assumidas em seus estudos de viabilidade e plano de captação forem inadimplidas. Em particular, se não vierem a se concretizar os pressupostos de viabilidade econômico-financeira considerados²⁴ e - circunstância digna de nota - se “não for comprovado até 31 de dezembro de 2023, o encerramento da prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário com base em relações precárias” (art. 18, V).

O Decreto prevê, sob essa ótica, espécie de terceira etapa de avaliação do prestador, sucessiva às duas primeiras e posterior à decisão inicial. É etapa implícita que visa a confirmar, no mundo dos fatos, promessas feitas e expectativas existentes ao tempo em que o prestador se submeteu à avaliação e que, frustradas, desnaturam o arranjo que justificou considerá-lo econômico e financeiramente capaz, conduzindo à perda dos efeitos de decisão que assim o tenha considerado.

Este é, em apertada síntese, o panorama normativo trazido pelo Decreto 10.710/2021.

²¹ Arts. 7º, III e 11, II.

²² As balizas para tal decisão encontram-se nos arts. 12, 15 e, especialmente, 16.

²³ O § 1º do art. 16 traz ainda como requisito da decisão a “aprovação do interessado nas duas etapas de análise...”.

²⁴ O art. 18 traz esses pressupostos em seus incisos.

SEÇÃO II

APROFUNDAMENTOS E ASPECTOS ESPECÍFICOS

Não é possível elencar, quanto menos elucidar, todos os pontos do Decreto 10.710/2021 que merecem exame detido. No que segue trataremos de alguns temas.

Significado e alcance da referência do Decreto a “contratos regulares vigentes”

Em mais de uma passagem, o Decreto 10.710/2021 refere que o exame de capacidade econômico-financeira dos prestadores dá-se para os “contratos regulares vigentes²⁵”. Essa expressão composta vem da Lei 11.445/2007 e é aplicada especificamente aos contratos de programa celebrados anteriormente ao NMSB²⁶. Está lá no art. 10, § 3º: “Os contratos de programa *regulares vigentes* permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual” (grifou-se).

Quanto ao segundo termo do par, não parece haver maiores controvérsias. “Vigentes” seriam aqueles contratos cujos prazos estivessem em execução, fossem juridicamente eficazes (produzindo, modificando ou extinguindo direitos, obrigações, pretensões, ações) e, por isso, estivessem *efetivamente* em execução, isto é, dando margem, em base ao nascimento dos direitos, obrigações etc., a deslocamentos patrimoniais, ações recíprocas das partes, enfim, a receitas e despesas.²⁷

²⁵ Ementa, arts. 1º; 11, I. A *contrario sensu*, arts. 20 e 21.

²⁶ Por “Novo Marco do Saneamento Básico - NMSB” entende-se o conjunto de normas formado pelas Leis 11.445/2007, profundamente alterada pela Lei 14.026/2020 e por dispositivos próprios dessa última. Em sentido mais amplo, o NMSB pode ainda envolver os regulamentos das leis indicadas (em particular o Decreto 10.588/2020 e o futuro regulamento do art. 10-B), bem como as normas de referência da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA, previstas nos arts. 25-A da Lei 11.445/2007 e 4º-A e 4º-B da Lei 9.984/2000.

²⁷ Normalmente, “vigência” é empregada para designar a qualidade de atos normativos gerais e abstratos (leis, decretos etc.) juridicamente bem construídos, consistente na aptidão para incidir (a vista das ocorrências concretas das *fattispecie* que prevêem) e de, por isso, produzir efeitos jurídicos (criar direitos, obrigações, deveres, pretensões, ações etc.). “Lei vigente” seria, então, aquela que incide e é eficaz. Esse parece ser o sentido do termo na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Adotando-se a visão tripartite do mundo jurídico (plano da *existência*, da *validade* e da *eficácia*), a vigência estaria no âmbito da eficácia, que normalmente pressupõe a validade do ato.

Já “regularidade” demanda certo esforço de compreensão, sobretudo à vista do termo “validade” (que também é usado pelo NMSB²⁸) e, também, de outras expressões empregadas na legislação setorial e mais geral (“precariedade”, “provisoriamente” etc.)²⁹.

Não temos como passar em revista o sentido de todos esses termos e sequer podemos fazer um exame aprofundado da relação entre “validade” e “regularidade”. Por vezes, as duas expressões são sinônimas; em outros contextos, “regularidade” tem um sentido mais amplo, quase desprovido de sentido técnico preciso³⁰. Diante disso, vamos nos limitar a explorar uma via sugerida pelo NMSB e utilizada pelo Decreto 10.710/2021 que distingue entre “validade” e “regularidade”. Com efeito, nos termos do art. 2º, IX da Lei 11.445/2007³¹, “regularidade” parece ter um sentido específico, aparentado, mas não idêntico ao de “validade”. Enquanto este último termo designaria a qualidade de *conformidade do contrato ao direito vigente ao tempo de sua celebração*, “regularidade” também indicaria a qualidade de conformidade jurídica do ato, mas iria um passo além, significando a *conformidade do contrato ao direito vigente (também) ao tempo de sua execução*. Ou seja, a regularidade - que pressupõe a validade, ou conformidade *originária* do ato - afere-se sucessivamente, à vista da superveniência de normas que, incidindo sobre o contrato, determinam-lhe modificações e adequações³². Tratar-se-ia de qualidade típica dos contratos de direito público, deles exigível dada a essencial variabilidade de seu regime (à diferença dos contratos de direito privado, que ficariam apenas no campo da validade, dada a proteção do direito adquirido e do ato jurídico perfeito). Contratos originalmente válidos poderiam

²⁸ O art. 10-A da Lei 11.445/2007 comina “pena de nulidade” para os contratos que não seguirem seus ditames, enquanto que o art. 11 da mesma Lei dispõe “condições de validade” para os contratos de saneamento. Providências semelhantes comandam o *caput* do art. 13 da Lei 11.017/2005 (“condição de validade” de contratos de programa) e seu § 2º (“pena de nulidade” para a falta de algum elemento ali indicado).

²⁹ O § 8º do art. 11-B determina que “[o]s contratos provisórios não formalizados e os vigentes prorrogados em desconformidade com os regramentos estabelecidos nesta Lei serão considerados **irregulares** e **precários**.” No plano mais amplo das concessões e permissões de serviço público, a Lei 8.987/1995 contém vários imperativos para “as concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado” (art. 42, § 2º). Os exemplos de referências na legislação à *invalidade, nulidade, irregularidade, precariedade, provisoriamente* etc. poderiam se multiplicar.

³⁰ No Código Civil fala-se, por exemplo, de “exercício regular de direito” (art. 188, I); de “direito à quitação regular” (art. 319); de atualização monetária segundo “índices oficiais regularmente estabelecidos” (art. 389); de constituição regular de pessoa jurídica futura para fins de doação (art. 554); de “uso regular” da coisa (art. 569, IV) e de deteriorações dela decorrentes do “exercício regular do usufruto” (art. 1.402); de “regularidade de série de endossos” (art. 911); de sanção de irregularidades no registro (art. 1.153); de prática de irregularidades pelo síndico de condomínio (art. 1.349); de perda do pátrio poder por “entrega irregular” do filho à adoção (art. 1.638); de “aquisição regular dos bens” para determinação da titularidade (art. 1.681).

³¹ O art. 2º, IX da Lei 11.445/2007 traz a definição do que seja “contrato regular”. Serão assim considerados os contratos “que atendem aos dispositivos legais pertinentes à prestação de serviços públicos de saneamento básico.” (art. 2º, IX).

³² Em direção semelhante parece também ir Egon Bockmann Moreira: “A qualificação de “irregular” não significa nulo ou anulável (eis que não atinge os elementos essenciais do contrato), mas desconforme a regulação setorial, eis que afastado dos princípios e regras que a disciplinam.” *Serviços de água e esgotamento: notas sobre o Decreto 10.710/2021*, cit. p. 04.

tornar-se irregulares (ou “precários³³”), caso não submetidos às adequações determinadas em normas sucessivas.

Se essa leitura pode ser adotada, o exame de capacidade determinado pelo Decreto 10.710/2021 somente incidiria nos contratos que fossem, *cumulativamente* (i.) **válidos** (celebrados de modo conforme ao direito que lhes regia a formação e conteúdo à época em que realizados); (ii.) **regulares** (adequados à legislação superveniente³⁴); e (iii.) **eficazes** (isto é, com prazos em curso³⁵ e em execução).

Essa elucidação não resolve, porém, todas as questões em torno do assunto.

Em primeiro lugar, exigências jurídicas do direito brasileiro ligadas ao trato dos atos genericamente não conformes a direito (inválidos ou irregulares) demandariam providências preliminares em relação aos contratos *não regulares e/ou inválidos*, notadamente (se de nulidade insanável se tratar e se presentes os demais requisitos³⁶), a extinção ou a “anulação” deles, como quer o art. 35, V da Lei

³³ O Decreto 10.710/2021 toma “precariedade” com a mesma valência de “regularidade”. A ênfase, porém, está na estabilidade e firmeza do vínculo da situação que não é (ou deixou de ser) conforme a direito: ele passa a ser instável, desprovido de proteção jurídica.

³⁴ Atenção: como a regularidade tem um aspecto dinâmico, a expressão “contratos regulares” terá sempre o mesmo sentido, mas colherá, em diferentes momentos, diferentes contratos específicos, conforme a mudança do ordenamento jurídico. Quando o art. 10, § 3º da Lei 11.445/2007, na redação que lhe deu a Lei 14.026/2020 mantém os contratos de programa “regulares vigentes”, está se referindo ao universo dos contratos de períodos anteriores a 2020 que (i.) foram validamente celebrados segundo o ordenamento então vigente (ii.) permaneceram regulares em face de legislação superveniente (sofrendo as devidas alterações), e, sobretudo, (iii.) tiverem sido adequados às novidades trazidas em 2020, dentre as quais estão, justamente, as modificações de que cuidam os arts. 10-B e 11-B e o Decreto 10.710/2021. Em resumo: para o § 3º do art. 10 permanecerão até o final de seus prazos os contratos que estiverem plenamente adaptados ao NMSB (que tiverem, portanto, passado pelo crivo do Decreto 10.710/2021).

Se assim é (se as providências determinadas pelo Decreto) são parte constitutiva da “última regularização”, é óbvio que, quando o Decreto fala de “contratos regulares vigentes”, usa a expressão no mesmo sentido do § 6º do art. 10 da Lei, mas *não colhe o mesmo universo de contratos* por ela abrangido. Isto porque, é justamente a submissão ao exame de capacidade e sua superação exitosa que trará a regularidade ao contrato, para os fins do NMSB (passo (iii.), acima). Ao falar dos “contratos regulares vigentes”, o Decreto 10.710/2021 está, pois, se referindo àqueles negócios que (i.) são válidos; (ii.) permaneceram regulares - isto é foram sendo adaptados à nova legislação - ao longo do tempo, até chegarem em 2020 prontos para mais uma mudança (a do item (iii.) que o Decreto atua).

Essa circunstância nada tem de paradoxal ou surpreendente e está ligada às duas funções de uma expressão linguística qualquer: o *sentido* (o conceito) e a *referência* (o conjunto de coisas que caem sob o conceito). O *sentido* da expressão “cidadão nato” não varia desde 1988 e é dado pelo art. 12, I da Constituição. Já a *referência* dessa mesma expressão muda quase a todo o instante, conforme os nascimentos e óbitos de sujeitos que caem sob o conceito constitucional.

Para mais detalhes e para uma visão das 4 distintas disciplinas normativas pelas quais passaram os contratos de programa ao longo do tempo remete-se o leitor à nota 46, adiante.

³⁵ Não entraremos na discussão acerca da possibilidade de o prazo ser determinado ou indeterminado.

³⁶ Ao apreciar as nulidades é de se ter na devida conta as exigências gerais do ordenamento brasileiro, sobretudo os arts. 20, par. único; 21 e 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942);

8.987/1995. O Decreto não tratou e não poderia tratar dessas providências, pois desbordaria de seu objeto, que lhe foi dado pelo art. 10-B da Lei 11.445/2007. Ele as pressupõe, porém, na medida em que toma por aditáveis *apenas* os contratos *regulares vigentes* (cf. acima³⁷). Há, inclusive, um dispositivo que deixa essa pressuposição bastante clara - embora admita que a providência venha após o exame de capacidade, e não antes, como seria mais adequado: é o já citado art. 18, V, segundo o qual caducará a se “não for comprovado até 31 de dezembro de 2023, o encerramento da prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário com base em relações precárias”.

Em segundo lugar, o que fazer enquanto essas providências não se ultimam? Quanto a isto, é mister reconhecer que haverá situações em que contratos inválidos, irregulares e juridicamente ineficazes serão *efetivos*, isto é, produzirão efeitos empíricos, receitas, despesas etc. Temos que, para aqueles sujeitos que *apenas* possuem contratos inválidos ou irregulares, o Decreto não prevê exame algum de capacidade (e fia-se na adoção de medidas reparadoras pelo regulador subnacional). Para os que tiverem uma “mescla”, a circunstância é diversa.

Para esses últimos, é bastante razoável supor que os efeitos patrimoniais de seus contratos inválidos/irregulares restarão captados pelo exame que será feito na primeira fase do procedimento, considerando seu escopo (verificação das condições econômico-financeiras *atuais* do prestador) e as informações que aí deverão ser prestadas (demonstrações contábeis dos últimos cinco exercícios financeiros p.ex.). Isso significa que os deslocamentos patrimoniais das situações contrárias a direito serão, sim, consideradas, mas - e isto é fundamental - *apenas como circunstâncias que influem na “medição” de tal capacidade do sujeito sob exame para dar conta das novas metas em seus contratos regulares e em vigor*. Em hipótese alguma - e nem precisaria dizê-lo o Decreto - a consideração, para esse fim, de situações irregulares ou inválidas importa reconhecimento de estabilidade do vínculo ou de convalidação do ato (art. 21). Aliás, como já referido, o Decreto pressupõe o oposto (art. 18, V³⁸) e ainda frisa que os estudos de viabilidade que o prestador deve apresentar para o processamento da segunda fase do procedimento “não deverão considerar receitas e despesas provenientes de relações jurídicas precárias...” (art. 7º, § 6º), de tal sorte que não se aditiva o que não está conforme a direito. Em síntese, identifica-se o impacto das atuais relações jurídicas irregulares na capacidade do sujeito de cumprir as novas metas nos contratos que a Lei 11.445/2007 preserva (art. 10, § 3º). E só.

os arts. 50, VIII; 53-55 da Lei do Processo Administrativo (Lei 9.784/1999). E, mais recentemente, a Lei 14.133/2021, arts. 147 e segs.

³⁷ E também art. 11, I que circunscreve o exame documental apenas aos contratos regulares em vigor.

³⁸ Nos termos do Decreto, a não conformidade a direito de um contrato acabará por contaminar outros contratos do mesmo prestador (anteriormente tidos por regulares). A hipótese é de deterioração de premissa (art. 7, § 6º) e da base objetiva que orientou sua avaliação de capacidade, caducando a decisão dela resultante que o autorizava a manter-se como prestador desses contratos tidos por regulares.

As considerações que fizemos sobre a regularidade contratual dirigem-se às situações em curso, particularmente, ao modo de as tratar no exame de capacidade de quem detém contratos regulares vigentes. Mas o que dizer da eventual “irregularidade futura”, dos (atuais) contratos regulares vigentes cujos contratantes não comprovarem já de início a capacidade econômico-financeira ou vierem a perdê-la pela superveniência de uma das hipóteses do art. 18³⁹? A resposta demanda distinguir entre contratos de programa e contratos de concessão licitados. Começemos por estes últimos.

Efeitos da não comprovação de capacidade nos contratos de concessão licitados

Diz o art. 19 do Decreto 10.710/2021 que “[a] comprovação de capacidade econômico-financeira nos termos do disposto neste Decreto é requisito indispensável para a celebração de termos aditivos para a incorporação das metas de universalização aos respectivos contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário previstos no § 1º e no inciso III do § 2º do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007.” A conclusão fácil a se retirar desse dispositivo é que, não comprovada a capacidade, não há aditivo a ser feito. Mas: há reflexos para o contrato como um todo dessa não comprovação de capacidade que teve por objeto as metas do aditivo? A resposta é negativa *para os contratos de concessão licitados*. Para estes, a incapacidade do prestador em atender às novas metas não contamina o contrato em curso.

Aparentemente, há um obstáculo a essa resposta: o art. 10-B da Lei 11.445/2007 tem dicção ampla: “[o]s 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...”

Ocorre, porém, que tal amplitude é limitada pelo § 2º do art. 11-B, expressamente referido pelo art. 10-B, *in fine*. E o que diz esse § 2º⁴⁰? Diz que os contratos de concessão licitados “permanecerão inalterados nos moldes licitados”, mas poderão ser aditados para incluir as novas metas “desde que em comum acordo com a contratada”. Ou seja, por esta norma, estão abertas ao concessionário as seguintes possibilidades: (i.) não (acordar em) aditar o contrato para incorporar as novas metas, hipótese em que sequer se submeterá ao exame de capacidade. Em tal ocorrendo, o contrato original permanecerá

³⁹ Mais uma vez, é necessário ter presente a referência distinta que a expressão “contratos regulares vigentes” pode ter, conforme seja usada pelo § 6º do art. 10 da Lei 11.445/2007 e pelo Decreto 10.710/2021 (cf. nota 34). O sentido é o mesmo, mas o universo de contratos colhidos em cada norma é diferente.

⁴⁰ “Art. 11-B (...). § 2º Contratos firmados por meio de procedimentos licitatórios que possuam metas diversas daquelas previstas no caput deste artigo, inclusive contratos que tratem, individualmente, de água ou de esgoto, permanecerão inalterados nos moldes licitados, e o titular do serviço deverá buscar alternativas para atingir as metas definidas no caput deste artigo, incluídas as seguintes: I - prestação direta da parcela remanescente; II - licitação complementar para atingimento da totalidade da meta; e III - aditamento de contratos já licitados, incluindo eventual reequilíbrio econômico-financeiro, desde que em comum acordo com a contratada.”

inalterado nos moldes em que licitado⁴¹; (ii.) aditar o contrato, submetendo-se ao exame do Decreto 10.710/2021, com dois possíveis resultados: (ii.1.) comprovação de capacidade, o que leva à celebração do aditamento; (ii.2.) não comprovação de capacidade, o que leva, apenas, ao não aditamento, sem reflexos no contrato original (ele não será tido por “irregular”, cf. adiante⁴²). Imaginar-se que a ocorrência de (ii.2.) contamina o contrato original é uma afronta ao teor literal e à *ratio* do enunciado do § 2º do art. 11-B. Se o concessionário pode o “mais” (não pretender aditar) sem que isso traga consequências nefastas para seu contrato, é claro que o “menos” (pretender aditar, mas não lograr êxito) não pode agravar-lhe a situação na relação jurídica originária. Inclusive porque, para esta, houve procedimento licitatório o qual - é de se presumir em razão de obrigação legal - já tratou de aferir sua aptidão econômico-financeira.

É necessário, portanto, por razões de interpretação sistemática (harmonização dos arts. 10-B e 11-B, § 2º), introduzir-se uma restrição de alcance ao enunciado geral do art. 10-B, segundo o qual “os contratos” *tout court* estariam condicionados ao exame de capacidade e sofreriam consequências negativas caso não houvesse tal comprovação. Tal restrição é procedimento hermenêutico habitual e não problemático, desde que justificado - *in casu*, por necessidade de interpretação sistemática e para evitar antinomias⁴³. Aliás, o Decreto 10.710/2021, em sua função de regulamento para desenvolvimento e execução da lei, já realizou conformações de escopo do próprio art. 10-B, sob outras perspectivas⁴⁴. E o fez expressamente no ponto em que nos interessa, ao limitar o alcance da comprovação da capacidade para os contratos de concessão aos aditivos (art. 1º, § 1º, II, *in fine*) e ao não os tachar de “irregulares” se o concessionário não tiver comprovado essa capacidade (art. 20).

Solução diversa receberam os contratos de programa.

Efeitos da não comprovação nos contratos de programa

⁴¹ Se o concessionário optar por ficar como está, o titular do serviço deverá realizar a parcela remanescente por prestação direta (inc. II) ou realizar licitação complementar (inc. I). No limite, e se isso se mostrar absolutamente imprescindível para a universalização, o poder público poderá extinguir o contrato. Em assim procedendo, ancorado em suas competências gerais de titularidade, o ente público estará *encampando* o serviço (art. 37 da Lei 8.987/1995), com todas as consequências que daí derivam, especialmente aquelas de cunho indenizatório (e lei autorizativa prévia) - além do dever de promover a adequada continuidade na prestação dos serviços.

⁴² Nesse contexto, vem à mente o complexo § 2º do art. 1º do Decreto: “§ 2º Os prestadores de serviço de que trata o § 1º deverão comprovar capacidade econômico-financeira ainda que, na data de publicação deste Decreto, já tenham celebrado com o titular do serviço termo aditivo para incorporação das metas de universalização de que trata o caput do art. 11-B da Lei nº 11.445, de 2007.” Qualquer que seja a razão e a interpretação desse texto, uma coisa parece certa: o seu objeto é o “termo aditivo para incorporação das metas de universalização de que trata o caput do art. 11-B da Lei 11.445, de 2007.” É para esta parte que se deve refazer o exame e é para esta parte que os efeitos da comprovação (ou não comprovação) operam.

⁴³ Sobre isso, v. Guastini GUASTINI, Riccardo, **Treatato di Diritto Civile e Commerciale - Interpretare e Argomentare**, Milano: Giuffrè, 2011.

⁴⁴ Por exemplo, limitou o universo dos contratos passíveis de exame àqueles “regulares vigentes” e às figuras negociais dos incs. I e II do § 1º de seu art. 1º.

Os contratos de programa não têm a barreira protetiva do § 2º do art. 11-B, de modo que caberia perguntar se possuem também eles as opções que estão à disposição do concessionário. Pode a empresa estadual optar por não aditar e, assim, deixar de se submeter ao exame de capacidade? Com quais efeitos jurídicos? Se optar ou for obrigada a aditar e não passar no teste de capacidade, o efeito, como no caso da concessão, fica circunscrito à impossibilidade de firmar o adendo ou há reflexos para o contrato todo?

Interessa-nos mais de perto a terceira questão. Supondo-se que o contratante de programa trilhe o procedimento do Decreto 10.710/2021 e venha a ser constatado que não tem ele capacidade para as novas metas (ou que a tenha perdido por evento sucessivo elencado no art. 18). O que acontece? Resposta: em relação a esse tipo contratual, desprovido da proteção do § 2º do art. 11-B, retorna o alcance integral do art. 10-B da Lei 11.445/2007: “os contratos...estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada...”.

O Decreto 10.710/2021 encarregou-se de desenvolver o sentido jurídico deste condicionamento, ao positivá-lo, em seu art. 20, que “[s]erão considerados irregulares os contratos de programa de prestação de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário caso o prestador não comprove sua capacidade econômico-financeira nos termos do disposto neste Decreto⁴⁵”. E o que se segue disso? O Decreto não diz. Mas, ao qualificar o contrato - antes “regular em vigor” - como

⁴⁵ E segue o par. único: “Aplica-se o disposto no caput no caso de posterior perda dos efeitos de decisão que concluir pela comprovação de capacidade econômico-financeira nos termos do disposto no art. 18 ou por qualquer outro motivo.”

Neste passo merece interpretação cuidadosa o texto do art. 19 do Decreto 10.710/2021. Numa leitura literal e *prima facie*, ele parece sugerir que o que está em jogo, *para qualquer tipo de contrato*, é apenas o aditivo. Já vimos que isso é certamente o caso para os contratos de concessão licitados. Mas não é, como estamos vendo no corpo do texto, para os contratos de programa. De resto, o próprio Decreto 10.710/2021 nos outros dispositivos citados fornece a correta solução, que é a da irregularidade do contrato *in totum*.

(agora) “irregular⁴⁶” em razão dessa inaptidão do prestador, a providência que se insinua é a extinção desses vínculos, na esteira da legislação geral de concessões⁴⁷.

Em outra ocasião, buscamos compreender a razão e verificar o fundamento jurídico desse tratamento distinto para os contratos de programa. Asseveramos:

Por que essa aparente diferença de tratamento? Entendemos que se trata de uma questão de política pública que encontra seu fundamento tanto em questões empíricas, relacionadas à falta de sucesso do modelo atual em providenciar a já tardia universalização, quanto em razões jurídicas, ligadas à natureza do contrato de programa e das relações federativas, as quais são completamente diferentes daquela de uma concessão de serviço público feita a um agente privado. Embora chamados de contratos, os ajustes de programa antes se parecem com convênios: são instrumentos de atuação do federalismo cooperativo e não propriamente mecanismos em que um dos sujeitos busca a (legítima) satisfação de seus interesses patrimoniais e a devida proteção deles, nos termos em que pactuado. Há mais liberdade de conformação em relação a eles. Explorar detidamente esses fundamentos nos levaria muito longe, mas convém notar que, sob uma perspectiva mais ampla do que a restrita esfera do art. 10-

⁴⁶ Não há truque de mágica nessa mudança, caso se tenha presente o conceito “atualizador” da noção de *regularidade* apresentado na nota 34, acima. Grosso modo, os contratos de programa no setor de saneamento passaram por 4 ordenamentos ao longo do tempo: 1º) Disciplina anterior à Lei 11.107/2005 (até 6 de abril deste ano, data da edição da lei dos consórcios e convênios); 2º) Disciplina da Lei 11.107/2005 (entre este ano e 4 de janeiro de 2007, data da edição da Lei 11.445/2007); 3º) Disciplina das Leis 11.107/2005 e 11.445/2007 (até 14 de julho de 2021, data da Lei 14.026/2020); 4º) Disciplina atual, pelas duas leis anteriores e a Lei 14.026/2020. Pois bem: a celebração de contratos de programa e sua execução ao longo do tempo colocam tanto questões de validade quanto de regularidade. A validade é apreciada segundo as normas do período em que tiver sido celebrado. A regularidade, segundo os ordenamentos sucessivos, cada um deles trazendo, para os contratos anteriores, novas exigências e procedimentos de regularização. E reitere-se o quanto afirmado na citada nota: quando a Lei 11.445/2007 diz em seu art. 10, § 3º, que “[o]s contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual” está não apenas exigindo que esses contratos sejam válidos (questão a ser aferida à luz do período em que o contrato foi celebrado), mas que tenham sido sucessivamente adaptados às normas supervenientes e que tenham, também e finalmente, sido adaptados aos comandos trazidos pela sua última reforma, feita pela Lei 14.026/2007. Dentre essas adaptações está, justamente, aquela exigida pelos arts. 10-B e 11-B, de que o Decreto 10.710/2021 é parte. Logo, para o Decreto 10.710/2021, “contratos regulares vigentes” não pode ser sinônimo de “contrato adaptado à Lei 11.445/2007 alterada pela Lei 14.026/2020. Para o Decreto, “contratos regulares vigentes” indicam os contratos (i.) válidos e (ii.) adaptados às exigências das legislações sucessivas (até o advento da Lei 14.026/2020).

⁴⁷ Lei 8.987/1995, arts. 42 e segs.

B, as Leis 11.445/2007 e 14.026/2020 dão reiteradas mostras de não mais desejar prosseguir com os contratos de programa⁴⁸.

De qualquer sorte, essa foi uma escolha do legislador, adotada, apenas, pelo regulamento. Como não poderia deixar de ser.

Outros temas para investigação futura

A importância e o caráter crítico das questões trazidas pelo Decreto 10.710/2021 para o setor de saneamento, a complexidade intrínseca de muitos temas ali tratados e a novidade da norma impedem que se faça até mesmo um simples inventário das questões que merecem exame e análise jurídica, quanto mais o aprofundamento delas e uma decidida tomada de posição sobre o regulamento em seu todo.

Há tópicos interessantes, como o incentivo à privatização positivado no art. 22; o tratamento especial dado aos Municípios cujos prestadores não lograram comprovar capacidade de universalizar o serviço (art. 24); a relação entre perspectivas globais de apreciação de capacidade (aptidão do grupo econômico, da empresa) e perspectivas “atômicas” (aferição de capacidade em relação a cada contrato); o caráter nacional do Decreto⁴⁹; a necessidade de submeter a exame os prestadores que já firmaram aditivos para inclusão das metas do art. 11-B (art. 1º, § 2º); o tratamento dispensado às subdelegações, dentre outros assuntos.

Faltou, sobretudo, tratar do “coração” do regulamento, isto é, das distintas exigências econômico-financeiras lançadas para a comprovação da capacidade dos prestadores. Este será nosso próximo tema.

