

ORIENTAÇÃO AOS REGULADORES PARA CUMPRIMENTO DO DECRETO 10.710/2021

Comprovação da capacidade econômico-
financeira dos prestadores de serviços de
água e esgoto

NOVEMBRO DE 2021



Desenvolvido por:

Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR)
Câmara Técnica de Saneamento Básico, Recursos Hídricos e Saúde

Apoio:

Ministério da Economia (ME)
Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura (SDI)
Subsecretaria de Regulação e Mercado (SDM)

Ministério do Desenvolvimento Regional (MDR)
Secretaria Nacional de Saneamento (SNS)

Diretora Responsável e Coordenadora da Câmara Técnica de Saneamento Básico, Recursos Hídrico e Saúde da ABAR:

Kátia Muniz Côco (ARSP/ES)

Secretaria Executiva:

Luiz Antônio Oliveira Junior (ARSESP/SP)
Renato Monteiro (ARSESP/SP)

Equipe Técnica:

Alfredo Assis de Carvalho (SNS/MDR)
Daniel Antonio Narzetti (SDI/ME)
Eduarda Fernandes de Almeida (AGERSA/BA)
Edson Silveira Sobrinho (SDI/ME)
Helena Buys G. R F. da Silva (SNS/MDR)
Kátia Muniz Côco (ARSP/ES)
Luiz Antônio Oliveira Junior (ARSESP/SP)
Mario Augusto Monteiro (ARCE/CE)
Rafaella Peçanha Guzela (SDI/ME)
Raphael Brandão (ARSAE/MG)
Renato Monteiro (ARSESP/SP)



DIRETORIA DA ABAR BIENIO 2020/2022

Presidente

Fernando Alfredo Rabello Franco (ARCE/CE)

Vice-Presidente Federal

André Pepitone da Nóbrega (ANEEL)

Vice-Presidente Regional Norte

Eurípides Reis da Cruz Filho (ARCON/PA)

Vice-Presidente Regional Sul

Adir Faccio (ARIS/SC)

Vice-Presidente Regional Sudeste

Paula Fernandes da Rocha Campos Amaral (ARSESP/SP)

Vice-Presidente Regional Centro-Oeste

Vinicius Fuzeira de Sá e Benevides (Adasa/DF)

Diretoria

Frederico Arthur Maranhão Tavares de Lima (ARPE/PE)

Alexandro Adriano Lisandro de Oliveira (ARSEC/MT)

Luiz Afonso Senna (AGERGS/RS)

Dalto Favero Brochi (ARES-PCJ/SP)

Kátia Muniz Côco (ARSP/ES)

Mayara Cristine Bandeira de Lima (AGEAC/AC)

Suplentes

Luiz Hamilton Santana de Oliveira (AGRESE/SE)

Daniela Janaína Pereira Miranda (AGEPAR/PR)

Conselho Fiscal

José Ronaldo Medeiros (ARSAL/AL)

Heinrich Luiz Pasold (AGIR/SC)

Jullyana de Araújo Monteiro (ARPB/PB)

Suplentes

Getúlio Luciano Ribeiro (ARSEP/RN)

Afonso Henriques da Silva Filho (ARSEP/PA)

Secretário Executivo-Financeiro

Silvio Humberto Viana Diniz

PREFÁCIO

A essencialidade dos serviços de saneamento básico se tornou ainda mais preeminente durante a pandemia da COVID-19, destacando aqui os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, remetendo o aumento da responsabilidade das instituições que atuam nessas áreas. A situação evidenciou também a importância da universalização desses serviços, pois, hoje, apenas 83,7% dos brasileiros são atendidos com abastecimento de água tratada, 54,1% têm acesso à coleta de esgoto e 49,1% desse esgoto é tratado (SNIS, 2019).

Para alcançar as metas de universalização estabelecida no artigo 11-B da Lei Federal 11.445/2007, os prestadores de serviço, considerando os contratos regulares em vigor, terão de comprovar a capacidade econômico-financeira, conforme o Decreto nº 10.710/2021. Este é um processo desafiador pelo qual pelo qual as agências reguladoras e prestadores deverão passar até março de 2022.

Por entender a complexidade das novas atribuições, a heterogeneidade das agências infranacionais, a Câmara Técnica de Saneamento Básico, Recursos Hídricos e Saúde (CTSAn) da ABAR elaborou essa cartilha com apoio do Ministério da Economia e do Ministério do Desenvolvimento Regional a fim de difundir os conhecimentos e discussões no âmbito do decreto, visando promover o fortalecimento dos mecanismos institucionais e a melhoria da qualidade da Regulação.

Desejo uma boa leitura e aproveitamento do conteúdo desta cartilha para as agências reguladoras. Por fim, registro os agradecimentos aos servidores da Agência Nacional de Águas e Saneamento, em especial a João Paulo Soares Coelho, que apoiaram esta equipe nas citações da Norma de Referência ANA nº 02/2021 recentemente publicada.

Kátia Muniz Côco (ARSP/ES)
Coordenadora da Câmara Técnica de Saneamento
Básico, Recursos Hídricos e Saúde (CTSAn)

SUMÁRIO

1. Objetivo e Contextualização	2
2. Público-Alvo	4
Prestadores de serviços	4
Titulares dos serviços	6
Agências Reguladoras	7
Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA)	7
3. Orientações em relação ao Decreto nº 10.710/2021	11
3.1. Avaliação preliminar	12
Documentação essencial	13
3.2. Etapa 1 - Indicadores econômico-financeiros	15
3.3. Etapa 2 - Estudos de viabilidade e Plano de captação	21
Estudos de Viabilidade	21
Plano de Captação	23
3.4. Avaliação superveniente	25
3.5. Informações complementares	28
4. Síntese das ações	29
5. Decisão fundamentada da Agência Reguladora	31
Efeitos da Comprovação da Capacidade	32
Perda dos efeitos da comprovação da capacidade	33
6. Solução de conflitos	34
7. Comentários finais	35
Referências	36

1.OBJETIVO E CONTEXTUALIZAÇÃO

Este material orientativo tem por objetivo apresentar aos órgãos reguladores as ações de sua competência para realizar a avaliação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Em decorrência da Lei Federal 14.026/2020, que atualizou o marco legal do saneamento básico, trazendo alterações para Lei Federal 11.445/2007, foi estabelecido no artigo 10-B¹ que os contratos regulares em vigor, sejam eles contratos de programa ou de concessão, estão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador de serviços.

A comprovação da capacidade econômico-financeira tem por objetivo assegurar que os prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário tenham capacidade para cumprir as metas de universalização definidas no artigo 11-B² da Lei Federal 11.445/2007, observadas ainda condições de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

Assim, a comprovação da capacidade econômico-financeira para os contratos em vigor é importante passo na viabilização do cumprimento das metas de universalização dos serviços no Brasil. O compromisso firmado em contrato, a partir da viabilidade econômico-financeira comprovada e com apresentação dos meios de financiamento de forma faseada para sua implementação, garantirá maior robustez aos projetos de universalização.

¹Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei.

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

Nesse sentido, a ideia que deve reger toda a avaliação realizada pela agência reguladora deve ser a de aferir se aquele prestador de fato detém um plano robusto (estudos de viabilidade) para implementar as metas, bem como a de examinar se este plano reflete as minutas de aditivos que pretende celebrar, e, ainda, se o prestador de fato demonstra condições econômico-financeiras para executar os compromissos e investimentos que pretende assumir.

A metodologia para essa avaliação foi estabelecida no Decreto Federal nº 10.710/2021. De acordo com o referido Decreto, os prestadores de serviços deverão apresentar até o dia **31/12/2021** os estudos de comprovação da capacidade econômico-financeira para as agências reguladoras. Por sua vez, as agências deverão avaliar os estudos apresentados e se manifestar sobre eles até o dia **31/03/2022**.

Diante das atribuições conferidas aos órgãos reguladores no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de saneamento, a ABAR, com apoio do Ministério da Economia, do Ministério do Desenvolvimento Regional e da Agência Nacional de Águas e Saneamento, desenvolveu este material para orientar as agências na execução das atividades necessárias nesse processo.

³Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

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

§ 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.

§ 3º As metas de universalização deverão ser calculadas de maneira proporcional no período compreendido entre a assinatura do contrato ou do termo aditivo e o prazo previsto no caput deste artigo, de forma progressiva, devendo ser antecipadas caso as receitas advindas da prestação eficiente do serviço assim o permitirem, nos termos da regulamentação.

2.PÚBLICO-ALVO

Este material é destinado especialmente às agências reguladoras infranacionais, mas contém orientações que podem ser úteis a todos os órgãos, instituições e entidades envolvidos direta ou indiretamente no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira estabelecido pelo Decreto. Nesse sentido, é importante conhecer o papel dessas diferentes instituições no processo, conforme detalhado a seguir.

Prestadores de serviços

Os prestadores de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário são os responsáveis por apresentar às agências reguladoras os projetos para universalização, as minutas de termos aditivos que pretendam assinar para implementar esses projetos, bem como toda a documentação demonstrando a viabilidade econômico-financeira para executá-los, tecnicamente validadas por auditoria e certificadora independentes.

Todos os prestadores de serviços que detenham um ou mais contratos de programa em vigor deverão comprovar capacidade econômico-financeira e apresentar o requerimento para avaliação das agências reguladoras. Já aqueles prestadores que detenham apenas contratos de concessão celebrados mediante processos licitatórios só estarão sujeitos à demonstração da capacidade econômico-financeiras nos casos em que pretendam incorporar a estes contratos as metas de cobertura para universalização cogitadas no citado art. 11-B da Lei nº 11.445/2007.

OBSERVAÇÃO:

Segundo as regras dispostas no Decreto nº 10.710/2021, a prestação direta dos serviços pelo titular dos serviços (municípios e Distrito Federal), ainda que por intermédio de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista por

eles controladas, não se submetem à necessidade de comprovação da capacidade econômico-financeira. Na hipótese de prestação por empresas públicas ou sociedades de economia mista, importante estar atento ao emprego e ao sentido dos termos “por ele controladas”, no texto do § 3º do art. 1º do referido decreto: apenas contratos de prestação para atendimento de um específico município, cujo prestador seja empresa controlada por esse mesmo município (titular do serviço), se enquadram nessa categoria e configuram prestação direta. Essa disposição afasta a hipótese de se considerar como prestação direta o atendimento de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, por empresas ou sociedades de economia mista controlada pelo Estado.

Deverão ser incluídos nos contratos de programa regulares em vigor as metas de universalização até 2033, a fim de atender a população abrangida pela área do prestador de serviços com 99% de cobertura para abastecimento de água e 90% para cobertura de esgotamento sanitário (90% para coleta e 100% de tratamento do esgoto coletado), além de metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento de água e esgoto.

OBSERVAÇÃO:

É importante destacar a necessidade dos aditivos submetidos à avaliação de capacidade, bem como os estudos de viabilidade e planos de captação, contemplarem metas de universalização e também metas quantitativas (de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria nos processos de tratamento), sob pena de não atenderem completamente ao requisito legalmente estabelecido pelo art. 11-B da Lei 11.445/2007.

Já no âmbito dos contratos de concessão precedidos de licitação, essa inclusão é facultativa, por força do que dispõe o § 2º do art. 11-B da Lei Federal 11.445/2007, e a comprovação da capacidade econômico-financeira do respectivo prestador só é necessária nos casos em que optar-se pela realização dos aditivos para inclusão das referidas metas.

Com efeito, os estudos de viabilidade deverão apresentar fluxos de caixas para contratos de programa que reflitam investimentos necessários para o atingimento das metas referidas. O mesmo se aplica para os fluxos de caixa relativos aos contratos de concessão licitados, caso o prestador pretenda aditar seus contratos

para a eles incorporar as metas de universalização.

OBSERVAÇÃO:

Um mesmo prestador, que detenha as duas espécies de contratos - tanto contratos de programa quanto contratos de concessão - deve necessariamente comprovar capacidade econômico-financeira. Nessa hipótese, ainda que não pretenda aditar seus contratos de concessão firmados mediante licitação, deve instruir seu pedido de comprovação com estudos de viabilidade que contemplem os fluxos de caixa dos contratos de programa e dos contratos de concessão, inclusive para composição do fluxo de caixa global que será objeto de exame na segunda fase da avaliação prevista no Decreto.

Isso porque o que se pretende com a avaliação é entender se o prestador detém capacidade de cumprir com as metas de universalização, não sendo possível avaliar essa capacidade sem considerar a integralidade de obrigações que tenha assumido.

Todavia, caso esse prestador não comprove capacidade econômico-financeira, os efeitos que se operarão sobre essas diferentes espécies contratuais serão distintos: ao passo que os contratos de programa se tornarão irregulares, os contratos de concessão precedidos de licitação poderão permanecer em curso com as metas originalmente previstas (§ 2º do art. 11-B da Lei Federal 11.445/2007).

Titulares dos serviços

Os titulares dos serviços devem avaliar a proposta de universalização do prestador em seu município e anuir com a minuta de aditivo ao contrato. Caso as minutas de aditivos e estudos de viabilidade prevejam repactuação tarifária, devem ainda contar com manifestação oficial do titular favorável a ela. Nas situações que envolverem os casos de interesse comum, como em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões, a titularidade deverá ser exercida pelo colegiado da estrutura de prestação regionalizada.

OBSERVAÇÃO:

As minutas de termos aditivos submetidas à avaliação das agências reguladoras devem ser idênticas àquelas que venham a ser assinadas pelos prestadores e titulares.

Assim, na medida em que a minuta submetida à avaliação em 31/12/2021 deverá corresponder àquela que será assinada pelo prestador e titular, não se poderia dispensar a anuência do titular às condições nela previstas antes de submetê-la ao exame da agência reguladora? Dispensar essa anuência significaria (i) conferir ao prestador liberdade para definir unilateralmente matérias afetas a escolhas de política pública, tal como quais investimentos são prioritários e mais urgentes ou quais patamares tarifários são adequados à realidade da população daquele município, e, ao fim, (ii) submeter essa minuta para mera adesão do titular do serviço que pretenda seguir com o contrato em curso, sem espaço para que pleiteie mudanças ou divirja das premissas definidas unilateralmente pelo prestador, incluindo o nível de sua remuneração.

Agências Reguladoras

As Agências Reguladoras devem avaliar os projetos apresentados pelo prestador de serviços, conferir o cumprimento das premissas mínimas estabelecidas no Decreto, avaliar se todos os documentos estão em harmonia com os estudos de viabilidade, minutas dos aditivos e plano de captação, verificar o laudo ou parecer técnico do auditor e do certificador independente, e, por fim, decidir sobre a capacidade financeira pleiteada. Nesse sentido, é importante avaliar se as minutas de aditivos submetidas à avaliação contemplam as metas de universalização exigidas pelo caput do art. 11-B da Lei Federal 11.445/2007 (metas de cobertura e metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento) e se os estudos de viabilidade apresentados apresentam investimentos compatíveis com essas metas. Além disso, deverá conferir especial atenção à convergência do plano de captação, e de seu faseamento, disciplinado pelo § 2º do art. 8º do Decreto 10710/2021, aos investimentos previstos nos estudos de viabilidade.

Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA)

A ANA divulgará em um repositório público os requerimentos dos prestadores de serviços, bem como os documentos e as notas técnicas provenientes dos procedimentos de comprovação da capacidade econômico-financeira realizados pelas agências reguladoras infranacionais. Ainda, deverá manter ação mediadora ou arbitral nos casos omissos ou de conflitos.

OBSERVAÇÃO:

A ANA publicou a Norma de Referência nº 2/2021 (NR) aprovada pela Resolução ANA nº 106, de 4 de novembro de 2021, estabelecendo os conteúdos mínimos à padronização dos aditivos aos contratos administrativos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário que deverão incorporar as metas de universalização previstas no art. 11-B da Lei nº 11.445/2007.

De início, cabe apontar que a análise de capacidade econômico-financeira não está condicionada ao cumprimento da NR, que em nada altera o que dispõe o Decreto 10.710/2021. Nem se, de algum modo, quisesse ou pretendesse, teria condão para tanto, eis que norma inferior não derroga norma superior.

A Agência Reguladora deve ter clareza, portanto, que a avaliação pautada no Decreto 10.710/2021 é uma: dela resultará a comprovação, ou não, de capacidade econômico-financeira do prestador, para fins de manutenção da regularidade dos contratos de programa e de aditamento contratual para incorporação de metas.

De outro lado, está a avaliação pautada na NR. Nessa, caberá a agência avaliar se as minutas de termos aditivos apresentadas pelo prestador refletem as orientações expedidas pela ANA. Dela, resultará decisão sobre a aderência dos aditivos à NR, para fins de acesso à recursos federais de que trata o art. 50 da Lei 11.445/2007, em vista do que dispõe em seu inc. III.

Ou seja: a análise de viabilidade econômico-financeira da inclusão das metas é um exame, ao passo que a verificação de cumprimento da proposta de aditivo à NR é outra sorte de juízo, que é paralelo àquele. Materialmente, em nada se confundem, de um lado, a verificação de cumprimento das condições e requisitos de viabilidade econômico-financeira plasmados no decreto regulamentar e, de outro, a adequação às normas de referência. São dois juízos, repita-se, independentes e inconfundíveis entre si.

Nesse sentido, de adoção facultativa, a NR visa a conferir orientações quanto à incidência e ao conteúdo mínimo dos aditivos contratuais para fins da universalização dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Quanto à incidência da NR, seu art. 1º indica as espécies contratuais em vigor às quais essas normas poderão ser aplicadas na celebração dos aditivos contratuais, em linha com os comandos do art. 11-B da Lei nº 11.445/2007.

O art. 2º da NR estabilizou conceitos voltados a permitir compreensão técnica adequada e segura quanto ao alcance e ao modo de incidência das diretrizes da norma e apresenta o rol de definições e conceitos de contrato de programa, contrato de concessão, área de abrangência do prestador de serviços e entidade reguladora, além dos conceitos centrais de prestador e titular dos serviços públicos contemplados.

Já o art. 3º da NR reforça que o escopo dos aditivos contratuais é o de incluir as metas previstas no art. 11-B, “caput” e § 1º da Lei 11.445/2007, sem qualquer prejuízo à autonomia contratual dos titulares dos serviços de saneamento e, ainda, de seus prestadores de serviço, os quais poderão tratar de outros aspectos, além daqueles indicados, na NR, como conteúdos mínimos essenciais.

O art. 4º da NR reforça o caráter facultativo da adoção das diretrizes regulatórias e fortalece a segurança jurídica para as necessidades de adaptação contratual futuras, em razão da edição de novas Normas de Referência que possam ser aplicadas aos contratos administrativos de serviços públicos contemplados pela NR nº 2/2021.

Ainda no art. 5º da NR, foi estabelecida a diretriz de que os contratos de programa e os de concessão terão de prever metas finais e intermediárias de universalização, a serem verificadas anualmente pelas entidades reguladoras. Para possibilitar a aferição adequada de tais metas intermediárias e finais, o art. 6º da NR apresenta indicadores de acompanhamento periódico, com detalhamento no Anexo 1 da NR, que incluem definição, fórmula e origem das informações para cômputo dos respectivos indicadores de universalização.

Na NR, o art. 5º, §2º ressalva que a disciplina de conceitos e critérios para aferição de metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento serão objeto de norma de referência própria, a ser editada pela ANA. O que não afasta o dever legal de que os titulares e os prestadores dos serviços públicos contemplarem tais metas nos aditivos que deverão ser apresentados para aferição de capacidade, nos termos do art. 11-B, §1º da Lei nº 11.445/2007 e de seu decreto regulamentador.

Destacamos que a NR nº 02/2021 apresenta os indicadores de universalização de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto que os aditivos devem conter, mas é explícita, em seu art. 3º, que os aditivos deverão conter todo o rol determinado pelo caput do art. 11-B. Sendo assim, os aditivos devem apresentar, além dos indicadores especificados pela ANA, metas quantitativas de não intermi-

tência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

Vale ressaltar que a NR n° 2/2021 estabelece critérios mínimos para que os titulares e os prestadores vinculados a tais instrumentos contratuais cumpram as obrigações legais para que possam receber recursos federais. Por se tratar de NR que estabelece critérios mínimos, os aditivos não podem se ater apenas aos conteúdos veiculados pela NR para serem considerados válidos e regulares, especialmente quanto à comprovação de capacidade econômico-financeira, que deve contemplar as exigências da Lei n° 11.445/2007 e do Decreto n° 10.720/2021.

O art. 8° da NR estabelece que a aferição do alcance das metas de universalização deve considerar o âmbito municipal, quer quando os serviços sejam prestados para o município titular singularmente considerado, quer, especialmente, quando os serviços sejam prestados em arranjos de prestação de regionalizada, a fim de evitar que exames de média aritmética geral criem ou agravem disparidades sociais e regionais para a população atendida pelos serviços públicos.

Já o art. 9° da NR estabelece que as entidades reguladoras procederão à análise técnica da adequação das minutas que forem assinadas pelos titulares e prestadores aos termos da NR, de modo que tal avaliação não interfira nem se confunda com a avaliação da viabilidade econômico-financeira de assunção das metas de universalização, pelos prestadores de serviço público, conforme o Decreto n° 10.710/2021.

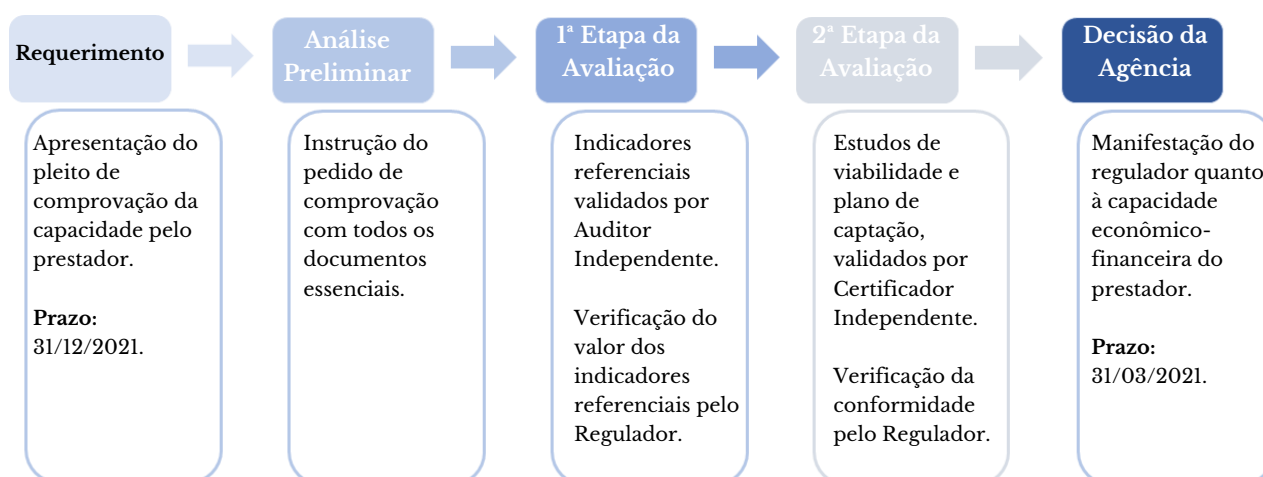
Por fim, o art. 10 da NR estabelece a data de entrada em vigor do normativo, que permite aos titulares e aos prestadores a adoção das providências para alinhamento da redação e do conteúdo das minutas de aditivos aos preceitos da NR e, em suma, do Novo Marco Legal do Saneamento Básico.

3. ORIENTAÇÕES EM RELAÇÃO AO DECRETO

De acordo com o Decreto nº 10.710/2021, a decisão sobre a capacidade econômico-financeira dos prestadores deverá ser realizada pela entidade reguladora em duas etapas sucessivas, antecedidas de uma análise preliminar:

- na avaliação preliminar, caberá à agência analisar se o prestador postulou requerimento contendo seu pedido de comprovação até 31/12/2021 devidamente instruído com todos os documentos exigidos no art. 11 do Decreto nº 10.710/2021;
- na primeira etapa, caberá à agência analisar se o grupo econômico a que pertence o prestador atende a índices referenciais mínimos estabelecidos para um conjunto de indicadores econômico-financeiros;
- na segunda etapa, caberá à agência analisar os estudos de viabilidade econômico-financeira e o plano de captação de recursos apresentados pelo prestador para adequação de seus contratos às metas previstas no caput do art. 11-B da Lei Federal 11.445/2007.

Figura 1: Processo de Comprovação da Capacidade Econômico-Financeira.



Há, ainda, uma fase superveniente, a ser realizada após a decisão da agência reguladora em 31/03/2021. Trata-se de uma fase de validação das premissas consideradas no momento em que a avaliação é realizada, descrita no art. 18 do Decreto nº 10.710/2021 e que, adiante, será melhor explorada.

3.1. Avaliação preliminar

O prestador tem o dever de apresentar, até o dia 31/12/2021, seu requerimento de avaliação, sendo que o não cumprimento desse encargo implicará, nos termos do art. 23 do Decreto nº 10.710/2021, a ausência de sua comprovação de capacidade econômico-financeira.

OBSERVAÇÃO:

O prestador que não apresentar seu requerimento de comprovação econômico-financeira até 31/12/2021 não terá nova oportunidade para fazê-lo. Nessa hipótese de não apresentação tempestiva do pedido, caberá à agência reguladora notificar o prestador a propósito da irregularidade de seus contratos de programa em vigor por ausência de comprovação econômico-financeira, assim como notificar os titulares dos contratos irregulares a propósito dessa condição, para adoção das medidas cabíveis.

O pedido apresentado pelo prestador deverá conter um rol de documentos essenciais à avaliação da agência reguladora, previstos no art. 11 do Decreto. Ainda de acordo com o Decreto, esses documentos deverão ser apresentados de maneira organizada e objetiva, em formato digital, com a inclusão de sumário que facilite seu manuseio pela agência reguladora.

Tão logo receba o requerimento do prestador, caberá à agência reguladora avaliar, ao menos em caráter preliminar, se o pedido do prestador foi devidamente instruído com essa documentação essencial.

Documentação Essencial

- 1** Cópia de **TODOS** os contratos regulares em vigor de prestação de serviços de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário de que o prestador signatário, incluindo anexos e termos aditivos. Importa notar que são todos os contratos, e não apenas aqueles regulados pela agência perante a qual postula o pedido, pois a avaliação do prestador deverá considerar a integralidade de contratos que detenha em todo o território nacional.
- 2** Minuta de termos aditivos que pretenda celebrar para incorporar aos seus contratos as metas de universalização, acompanhada de declaração de anuência do titular do serviço. Trata-se de insumos indispensáveis à avaliação, pois caberá a agência avaliar a higidez dos estudos de viabilidade apresentados pelo prestador com base nessas minutas. Todas as obrigações previstas nas minutas devem refletir investimentos compatíveis nos estudos de viabilidade, e todas as fontes de receitas indicadas nos estudos devem encontrar lastro nas referidas minutas. A anuência do titular, por sua vez, é indispensável pelo que já restou explicado, na observação constante no tópico 2 desta cartilha.
- 3** Demonstrações contábeis consolidadas do grupo econômico a que pertence o prestador, devidamente auditadas, referentes aos cinco últimos exercícios financeiros já exigíveis.
- 4** Demonstrativo de cálculo dos indicadores econômico-financeiros, acompanhada de laudo ou parecer técnico de auditor independente que ateste sua adequação.
- 5** Estudos de viabilidade contendo fluxos de caixa individuais para cada um dos contratos de água e esgoto do prestador, ainda que regulados por outras agências, e fluxo de caixa global consolidando todos esses fluxos individuais.
- 6** Plano de captação de recursos.
- 7** Laudo ou parecer técnico de certificador independente que ateste a adequação dos estudos de viabilidade e do plano de captação.

Caso o requerimento apresentado pelo prestador não contemple algum desses documentos essenciais à avaliação de capacidade econômico-financeira, caberá à agência:

(i) notificar o prestador para que o apresente até 31/12/2021, caso esse prazo ainda não tenha decorrido;

(ii) após 31/12/2021, negar conhecimento ao requerimento de comprovação econômico-financeira por ausência de documento essencial e indispensável, o que importará os mesmos efeitos de não apresentação tempestiva do pedido (ausência de comprovação econômico-financeira).

OBSERVAÇÃO:

Para facilitar essa atividade preliminar da agência reguladora, o Decreto já exige que os documentos sejam apresentados de modo organizado (art. 11, § 1º). Todavia, essa previsão pode ser detalhada pela agência local, com base em sua prerrogativa de dispor sobre o rito processual aplicável ao cumprimento do Decreto (art. 13), para facilitar ainda mais essa avaliação preliminar. Além disso, importa esclarecer que a avaliação a propósito da completude e correição da documentação apresentada pelo prestador não se exaure nessa fase. Caso, no curso da primeira ou segunda etapa de avaliação, a agência identifique a ausência de documentos essenciais, poderá informá-lo, inclusive para fins de declarar ausente a comprovação de capacidade econômico-financeira do prestador.

3.2. Etapa 1 - Indicadores econômico-financeiros

A primeira etapa tem por finalidade avaliar a saúde financeira do prestador a partir de seu desempenho histórico e de sua situação econômica presente, por meio de índices econômico-financeiros capazes de representar esses aspectos. Nessa etapa não há distinção de contratos regulares, pois a ideia é avaliar a situação do prestador como um todo. Inclusive por isso, a análise é feita com base na saúde financeira do *grupo econômico* do prestador, que contempla todos os ativos e passivos que detenha de maneira global. Deve-se avaliar os indicadores de forma global da empresa.

O conceito de *grupo econômico* corresponde a um conjunto de 2 (duas) ou mais empresas que estão sob a direção, o controle ou a administração de uma delas (RECEITA FEDERAL DO BRASIL, Instrução Normativa RFB nº 971/2009). Dessa forma, os índices de referência deverão ser calculados a partir das demonstrações do prestador avaliado e do conjunto de empresas que estejam sob seu controle direto ou indireto, ou, ainda, com as quais o prestador sob análise combine recursos e/ou esforços para a realização dos respectivos objetos sociais ou para a participação de atividades ou empreendimentos em comum. No caso de prestadores constituídos sob a forma de empresas ou sociedades de economia mista estatais, a avaliação dos índices mencionados no artigo 5º do Decreto nº 10.710 não abrangerá outras empresas estatais sob o controle do mesmo ente federado daqueles prestadores.

Tal avaliação global do prestador, com base no *grupo econômico*, é relevante na medida em que tanto resultados passados adversos, quanto uma frágil situação patrimonial presente, podem afetar negativamente a capacidade da empresa para honrar compromissos futuros. Assim, por exemplo, um prestador que apresente um grande passivo tributário e trabalhista, além dos dispêndios inerentes à universalização dos serviços, terá que suportar os desembolsos decorrentes do atendimento daquelas obrigações pré-existentes, implicando, dessa forma, a necessidade de uma grande capacidade de geração de recursos a partir de suas operações (certamente, maior do que a necessidade de uma empresa sem tais passivos) para suprir esses encargos.

A avaliação do grupo econômico, por sua vez, será realizada com base nos seguintes indicadores econômico-financeiros definidos pelo Decreto nº 10.710/2021:

- **margem líquida sem depreciação e amortização** - calculado a partir da divisão entre o lucro líquido sem depreciação e amortização e a receita operacional (Art. 5º, Inciso I);
- **grau de endividamento** - calculado a partir da soma entre o passivo circulante e o passivo não circulante, dividido pelo ativo total (Art. 5º, Inciso II);
- **retorno sobre patrimônio líquido** - calculado a partir da divisão entre o lucro líquido e o patrimônio líquido (Art. 5º, Inciso III);
- **índice de suficiência de caixa** - calculado a partir da divisão entre a arrecadação total e o somatório da despesa de exploração, da despesa com juros, encargos e amortização da dívida e das despesas fiscais (Art. 5º, Inciso IV).

Quadro I: Índices Econômico-Financeiros estabelecidos no Art. 5º do Decreto 10.710 (detalhamento)

Margem líquida sem depreciação e amortização	=	<p>Valor anual do resultado líquido do exercício (lucro ou prejuízo), depois de deduzido o resultado não operacional, o imposto de renda e contribuição social, sem deduzir as despesas de depreciação/amortização.</p> <hr/> <p>Valor anual da receita faturada referente à produção e distribuição de água e à coleta, tratamento e disposição final de esgotos, e receitas indiretas de outros serviços prestados.</p>
Retorno sobre Patrimônio Líquido	=	<p>Valor anual do resultado líquido do exercício (lucro ou prejuízo), depois de deduzido o resultado não operacional, o imposto de renda e contribuição social, sem deduzir as despesas de depreciação/amortização.</p> <hr/> <p>Valor anual pertencente aos acionistas (proprietários da empresa), composto pelo saldo das contas Capital Social Realizado, Reservas de Capital, Reservas de Reavaliação, Reserva de Lucro e Lucros ou Prejuízos Acumulados.</p>
Grau de Endividamento	=	<p>Saldo das contas representativas das obrigações com vencimento até o final do exercício subsequente, referentes a empréstimos e financiamentos, empreiteiros e fornecedores, tributos e contribuições sociais, cauções a restituir, provisões e outros, mais o saldo das contas antes agrupadas no Passivo Exigível a Longo Prazo, ou seja, de registro de todas as obrigações que devem ser quitadas cujos vencimentos ocorrerão após o final do exercício seguinte ao encerramento do balanço patrimonial.</p> <hr/> <p>Saldo total dos bens e direitos da empresa, representados nas contas do Ativo Circulante e Ativo Não Circulante (Realizável a longo prazo, Investimentos, Imobilizado e Intangível).</p>

Índice de
Suficiência de
Caixa

=

Valor anual efetivamente arrecadado de todas as receitas operacionais, diretamente nos caixas do prestador de serviços ou por meio de terceiros autorizados (bancos e outros).

Soma total das Despesas de Exploração (DEX), despesa com juros e encargos do serviço da dívida, Despesas fiscais ou tributárias não computadas na DEX e Despesas com amortização do serviço da dívida.

OBSERVAÇÃO:

O Índice de Suficiência de Caixa tem por objetivo avaliar se as receitas anuais que o prestador percebe enquanto remuneração pela prestação do serviço que são capazes de cobrir os desembolsos anuais com os custos operacionais e as amortizações periódica de dívidas contraídas, ou seja, se sua receita operacional é capaz de cobrir seus desembolsos regulares. Por essa razão, a equação não considera em seu numerador empréstimos contraídos pelo prestador, por serem ingressos pontuais e atípicos que não refletem essa lógica de entradas que se repetem no tempo, mas considera no denominador valores relativos à amortização de dívidas, por serem eventos periódicos e regulares, que refletem saídas que se perpetram no tempo.

Todavia, nem todos os resultados atribuídos a amortização de dívidas expressos no balanço representam quitações ordinárias da dívida. Isso porque há a hipótese de trocas de perfis de dívida, seja para substituir um empréstimo de curto prazo por uma dívida de longo prazo, seja para substituir um empréstimo contraído por uma taxa de juros elevada por outro empréstimo de taxa menos onerosa.

Nesse específico caso, é possível que o cálculo do indicador pondere essa circunstância, e não considere no denominador o valor amortizado da dívida que foi substituída. A aplicabilidade de referida hipótese deverá ser expressamente apontada pelo prestador e validada pelo auditor independente, com comprovação de que se trata de troca de perfis de dívidas e com adequada identificação dos valores correspondentes.

De acordo com o Decreto nº 10.710/2021, o prestador deverá apurar tais índices para cada um dos 5 últimos exercícios, a partir de demonstrações contábeis devidamente auditadas do prestador.

A avaliação de sua capacidade será pautada no resultado obtido a partir das medianas dos indicadores dos últimos cinco exercícios financeiros já exigíveis e de-

vidamente auditados. Dessa forma, busca-se evitar que a avaliação seja afetada por saldos contábeis patrimoniais e/ou de resultado eventualmente distorcidos por eventos extraordinários, acontecidos em um ano específico, cuja reincidência não é esperada no futuro e que, assim, não refletem efetivamente a situação e/ou o desempenho usual do prestador. Como exemplo, podemos imaginar que eventuais efeitos da pandemia do COVID-19 sobre as demonstrações contábeis dos prestadores, relativas a 2020, poderiam afetar a análise da capacidade econômico-financeira do prestador, se esses resultados atípicos não fossem isolados e desconsiderados na avaliação.

OBSERVAÇÃO:

O termo “mediana” refere-se a “meio”. Dado um conjunto de informações numéricas, o valor central corresponde à mediana desse conjunto. Dessa forma, é importante que esses valores sejam colocados em ordem, seja crescente ou decrescente, sendo a mediana o valor central do conjunto numérico. No caso concreto, como são considerados valores referentes a cinco exercícios, a mediana é obtida excluindo os dois maiores e os dois menores valores. O uso da mediana se justifica pelo fato da média ser muito influenciada por “*outliers*”, ou seja, valores extremamente altos ou baixos, o que torna usual o emprego da mediana para fazer análises de valores de séries de dados.

O prestador será aprovado nessa etapa de comprovação caso o valor mediano obtido para cada um desses índices atinja os valores referenciais mínimos estabelecidos pelo Decreto nº 10.710/2021:

- I. índice de **margem líquida sem depreciação e amortização** superior a zero;
- II. índice de **grau de endividamento** inferior ou igual a um;
- III. índice de **retorno sobre patrimônio líquido** superior a zero; e
- IV. índice de **suficiência de caixa** superior a um.

Todos os índices referenciais mínimos devem ser atendidos pelo prestador para que sua capacidade seja comprovada na primeira fase. O que significa o atingimento de apenas um, dois ou três indicadores importará sua necessária reprovação.

Feita tal contextualização, caberá à agência reguladora algumas ações específicas com relação a essa primeira fase de avaliação, que terá como elemento central o exame a propósito do *demonstrativo de cálculo dos indicadores econômico-financeiros*, documento obrigatório que deverá ser apresentado pelo prestador.

Em primeiro lugar, a agência reguladora deverá se certificar que os dados contábeis utilizados nesse demonstrativo convergem com os dados constantes nas demonstrações contábeis auditadas que o prestador também deve apresentar.

Em segundo lugar, deverá avaliar se os cálculos realizados com base nesses dados aplicaram de maneira correta as equações que resultam nos indicadores econômico-financeiros em análise.

Em terceiro lugar, deverá selecionar as medianas obtidas para cada um desses indicadores, considerando a amostra dos últimos cinco anos, e verificar se todos atendem aos índices referenciais mínimos estabelecidos pelo Decreto nº 10.710/2021.

Em caso afirmativo, caberá à agência prosseguir a segunda etapa de avaliação adiante descrita. Em caso negativo, o prestador já restará reprovado na avaliação de capacidade econômico-financeira, dispensada a análise da etapa seguinte (parágrafo único do Art. 4º do Decreto nº 10.710/2021).

Para auxiliar a agência reguladora na análise dessa primeira etapa, o Decreto nº 10.710 trouxe a figura do auditor independente (pessoa jurídica de direito privado, de notória reputação, registrada como auditoria independente na Comissão de Valores Mobiliários (CVM), apta a atuar com imparcialidade e independência frente ao prestador e ao titular do serviço público de saneamento básico). A ele caberá emitir laudo ou parecer técnico atestando a correção do cálculo e o atendimento dos indicadores econômico-financeiros aos referenciais mínimos previstos no art. 5º (inc. I, art. 2º), que poderá servir de insumo para a avaliação do regulador local.

Importa destacar que o laudo ou parecer emitido pelo auditor independente é documento essencial ao processo de comprovação de capacidade econômico-financeira, sendo um dever legal do prestador apresentá-lo em conjunto com seu requerimento de avaliação, até 31/12/2021. Todavia, não se trata de documento vinculante para decisão da agência reguladora, que tem plena liberdade, legitimidade e autonomia para decidir em sentido contrário a opinião emitida pelo auditor independente (§ 3º, art. 16, do Decreto nº 10.710).

3.3. Etapa 2 - Estudos de viabilidade e Plano de captação

A segunda etapa consiste na avaliação dos estudos de viabilidade e do respectivo plano de captação para o cumprimento das metas de universalização, com foco na viabilidade econômico-financeira do projeto. Os estudos devem apresentar os investimentos necessários ao atingimento das metas de universalização para cada contrato regular em vigor de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário do prestador. Por outro lado, o plano de captação deve conter os termos e as condições para a realização desses investimentos.

As regras estabelecidas no Decreto visam evitar projetos inexecutáveis, buscando impedir a adoção de pressupostos e condições que muitas vezes não são realistas na prática. Nesse sentido, é importante ficar atento ao disposto no § 3º do art. 7º do decreto³, que estabelece as premissas que NÃO podem ser consideradas nesses estudos.

Estudos de Viabilidade

Os estudos de viabilidade apresentados pelos prestadores deverão conter os fluxos de caixa de cada um dos contratos tidos como regulares, considerando atingir a universalização até 2033 e sem alterar o prazo final do contrato vigente. Nos casos em que a vigência do contrato se encerre antes de 2033, devem ser consideradas metas de universalização proporcionais à vigência do contrato nos estudos de viabilidade e nas respectivas minutas de termo aditivo. Os fluxos de caixas serão avaliados de maneira individual e, também, de forma global. Dessa forma é possível somar todos os fluxos de caixas dos diversos contratos para avaliação de VPL maior ou igual a zero. Reforçando que o prazo de cada um dos contratos deverá ser respeitado, de forma que o fluxo de caixa global deve ser construído considerando o

³Art. 7. § 3º Os estudos de viabilidade não poderão prever:

- I - no caso de contrato de programa, ampliação de seu prazo de vigência;
- II - amortização de recursos de capital de terceiros ulterior ao prazo do contrato;
- III - amortização de investimentos em bens reversíveis ulterior ao prazo do contrato; ou
- IV - indenização por valor residual de investimentos em bens reversíveis ao final do contrato, exceto se já prevista no contrato vigente até a data de publicação deste Decreto.

vencimento individual de cada contrato.



Mesmo que o VPL dos contratos de forma individual seja negativo, no caso de a avaliação global resultar em VPL maior do que zero, será possível comprovar a capacidade econômico-financeira do prestador, desde que as demais premissas tenham sido observadas.

Ressalta-se que está vedada a ampliação do prazo de vigência dos contratos de programa. Dessa forma, o Decreto permite apenas duas formas de reequilíbrio econômico-financeiro em consequência de eventual ampliação de metas dos referidos contratos:

- repactuação tarifária, desde que já haja manifestação oficial favorável do titular do serviço e que o prestador tenha protocolado o pedido de repactuação junto à entidade reguladora competente, em conformidade com as normas aplicáveis; e
- aporte, contraprestação pecuniária ou subsídio de ente público, desde que compatíveis com os respectivos Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, vedada a previsão de prestações em valor crescente, se plurianual.

Outro ponto de destaque se refere à amortização do capital de terceiros e dos investimentos em bens reversíveis, que deverão estar previstos para ocorrer até o final do prazo contratual. As indenizações por valor residual de investimentos em bens reversíveis ao final do contrato só serão permitidas se já forem previstas nos contratos vigentes.

OBSERVAÇÃO:

Os possíveis ajustes tarifários apresentados nos estudos não são vinculantes. Isso significa que o nível tarifário será definido nos processos de revisões tarifárias do regulador, levando em considerações aspectos como projeção de custos eficientes, investimentos imobilizados e mercado, entre outros, podendo resultar em índices diferentes dos apresentados nos estudos de análise da capacidade econômico-financeira.

Em síntese, no âmbito das análises a serem realizadas pela agência reguladora na segunda etapa do processo de avaliação da capacidade econômico-financeira referentes aos estudos de viabilidade, destacam-se a seguir alguns aspectos importantes a serem observados:

- os estudos de viabilidade global incorporam fluxos de relações inválidas e/ou irregulares?
- as minutas de aditivos estão anuídas pelo titular?
- a taxa de desconto à VPL é distinta daquela prevista no contrato?
- há estudos que contenham prorrogação de prazo, proibidas pela Lei e pelo Decreto?

Plano de Captação

Dentre os documentos a serem considerados para o atendimento da **segunda etapa** do processo de comprovação da capacidade econômico-financeira, o prestador de serviços deve apresentar o **plano de captação** dos recursos necessários para o financiamento dos investimentos previstos nos estudos de viabilidade.

Esse plano deverá demonstrar os termos e as condições da captação de recursos próprios e/ou de terceiros que o prestador de serviços utilizará para atender ao total de investimentos a serem realizados. Através do **plano de captação**, o prestador de serviços demonstrará se possui organização financeira para alcançar as metas de universalização nos prazos estipulados. Assim sendo, para obter a aprovação na segunda etapa, o **plano de captação** deverá estar compatível com os **estudos de viabilidade**.

O **plano de captação** conterá, no mínimo, as seguintes informações:

Fontes de recursos próprios ou de terceiros para atender aos investimentos a serem realizados pelos estudos de viabilidade;

Indicação dos agentes financeiros com quem o prestador de serviços realizará a captação de recursos;

Carta de intenções, ainda que não vinculante, emitida por **instituição financeira** que indique viabilidade de obtenção dos **recursos de terceiros (financiamento ou debêntures)** previstos no plano de captação até **31 de dezembro de 2026**;

Faseamento do financiamento ou das integralizações de capital;

prazos e a forma de alocação de recursos; e

fluxo de pagamento dos recursos de terceiros.

A **carta de intenções emitida por instituição financeira** indica que o prestador esteve em contato com a instituição financeira e que há expectativa de que conseguirá o crédito para executar os investimentos. Contudo, tendo em vista que a efetiva contratação depende de avaliações específicas, como da capacidade de endividamento e do risco de crédito, o, a apresentação da carta não vincula a instituição financeira a fornecer o crédito.

O faseamento dos recursos a constar no plano de captação deve apresentar a captação de recursos nas seguintes etapas:

Até 31 de dezembro de 2022	Recursos suficientes para os investimentos até dezembro de 2026 .
Até 31 de dezembro de 2026	Recursos suficientes para os investimentos até dezembro de 2030 .
Até 31 de dezembro de 2030	Recursos suficientes para os investimentos até dezembro de 2033 .

Além da entrega do **plano de captação** em si, o prestador deverá apresentar laudo ou parecer técnico de **certificador independente** que ateste a adequação dos **estudos de viabilidade** e do **plano de captação**.

Caso a captação de recursos não for cumprida nos prazos fixados no **plano de captação**, a comprovação da capacidade econômica perderá efeito.

3.4. Avaliação superveniente

A análise de capacidade econômico-financeira realizada na Etapa 2 pode contemplar premissas incertas e futuras, cuja concretização só será aferível em data posterior. São previsões de ingresso de receitas previstas nos Estudos de Viabilidade (como àquelas provenientes de possíveis repactuações tarifárias ou vindouros aportes, contraprestações ou subsídios do ente público), de captação de recursos nos volumes e prazos previstos no Plano de Captação, de cumprimento de obrigações essenciais assumidas pelo prestador (como a constituição de SPE, no caso de comprovação de capacidade com lastro no critério previsto no art. 9º), bem como de encerramento de prestações precárias (de modo a interromper fluxos de receitas e dispêndios delas decorrentes).

Todas essas premissas interferem de maneira direta nos números submetidos à avaliação da agência local. Contudo, caso tais premissas não se confirmem, a higidez da avaliação realizada restará prejudicada. Isso porque a capacidade do prestador terá considerado potenciais receitas que não ingressarão no caixa, bem como considerado determinados fluxos econômico-financeiros inexistentes quando, na verdade, persistirão em curso. Por essa razão, a avaliação então realizada com lastro em critérios que não se confirmaram não terá o condão de assegurar a capacidade econômico-financeira real do prestador. Assim, a decisão sobre a matéria, proferida com base nesse cenário que não se concretizou, deverá perder seus efeitos.

É neste cenário que se insere a fase de avaliação superveniente, descrita pelo Decreto em seu art. 18. As condições que devem ser conferidas pelas agências após prolatada a decisão de capacidade econômico-financeira do prestador, bem como os prazos para tais conferências, restam lá descritos. É de suma importância que sejam devidamente observados, sob pena de comprometer o alcance das metas de universalização do serviço.

Para compreender a dinâmica desta fase de validação, utilizemos um exemplo ilustrativo, pertinente a hipótese de comprovação por meio do critério excepcional previsto no art. 9º do Decreto 10.710/2021.

Como visto, o Decreto prevê a avaliação de capacidade econômico-financeira do prestador com base em estudo de viabilidade (art. 6º, inciso I). O referido estudo, central à segunda etapa da avaliação, deverá conter as previsões de receitas e despesas previstas para cada um de seus contratos, bem como para o total de receitas e despesas que com base nesse conjunto será gerado. Esse total representa, em síntese, o fluxo de caixa global do prestador. A avaliação consiste em saber se esse fluxo é saudável, garantindo que sua situação econômica e financeira assegure recursos suficientes para fazer frente a todos os investimentos necessários ao atingimento da meta de universalização.

O agrupamento de todos esses contratos detidos pelo prestador consiste na *regra geral de avaliação*. Todavia, como dito, admitiu-se que esse agrupamento seja feito pelo prestador, em *caráter excepcional*, para um conjunto mais restrito dos contratos que detenha (aqueles correspondentes a uma estrutura de prestação regionalizada). Nessa hipótese, passivos, despesas, saídas de caixa e outros encargos financeiros decorrentes dos demais contratos que detenha são desconsiderados da avaliação, em que pese persistam existindo no plano fático.

O prestador que opte pela avaliação com base nesse recorte de contratos e obtenha a comprovação de capacidade, assume o compromisso de ajustar o plano fático ao recorte analisado. Isso mediante constituição de uma SPE que reflita a estrutura de receitas e despesas avaliada pela agência reguladora. A ideia é assegurar que o fluxo de caixa reputado saudável, capaz de assegurar o cumprimento das metas de universalização para aquele conjunto de contratos, não seja contaminado ou comprometido por outros passivos e despesas afetas a contratos alheios àqueles que integraram sua avaliação.

Por essa razão, a avaliação por estrutura de prestação regionalizada fica condicionada à constituição de SPE que reflita a situação econômico-financeira que embasou a decisão sobre sua capacidade. É um compromisso assumido pelo prestador que opta por essa modalidade de avaliação, conforme disposto no art. 9º, inciso III do Decreto 10.710/2021.

Assim, na avaliação superveniente, caberá à agência reguladora averiguar se esse compromisso foi honrado pelo prestador. Ou, em outros termos, se a SPE (i) foi constituída (ii) refletindo números compatíveis com aqueles submetidos à avaliação de capacidade econômico-financeira, sob pena de eventual comprovação de capacidade lastreada nesse cenário perder seus efeitos. Confirma-se:

Art. 18. A decisão que concluir pela comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador de serviços perderá automaticamente seus efeitos se:

(...)

IV - a capacidade econômico-financeira tiver sido comprovada por estrutura de prestação regionalizada nos termos do disposto no art. 9º, e:

a) não for constituída a sociedade de propósito específico para essa finalidade até 31 de dezembro de 2022; ou

b) a estrutura de ativos, passivos, receitas e despesas efetivamente transferidos à sociedade de propósito específico de que trata a alínea "a" não corresponder àquela estimada no fluxo de caixa regionalizado apresentado para fins de comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador; ou

Manter os efeitos da decisão, no caso de descumprimento dessas condições, seria burlar a avaliação de capacidade. Significaria avaliar e atestar a capacidade do prestador com base em um cenário de receitas e despesas fictício, sabidamente distinto daquele que o prestador vivenciará, ignorando despesas e encargos que comprometerão sua capacidade de executar as metas dos contratos integrados à avaliação. A avaliação de capacidade realizada, assim, com base em um cenário artificial, não traria qualquer comprovação de que o prestador detém condições econômico-financeiras para bem executar seus contratos, razão pelas qual deverá perder seus efeitos.

Portanto, essencial que a agência reguladora local assegure que a avaliação realizada pautou-se em premissas reais, sob pena de a comprovação de capacidade econômico-financeira do prestador ser desnaturada. Daí a importância da fase superveniente, disciplinada pelo art. 18 do Decreto 10.710/2021, ser bem compreendida e executada.

3.5. Informações complementares

Para a fundamentação da comprovação da capacidade econômico-financeira, a entidade reguladora poderá solicitar ao prestador de serviços um conjunto de informações e de documentos complementares.

O objetivo é observar se há fundamentação ou razoabilidade nas análises apresentadas pelo prestador de serviços.

Abaixo, seguem alguns exemplos de documentos adicionais que podem ser demandados pela entidade reguladora para avaliação mais detalhada sobre os diferentes aspectos avaliados no processo:

- fundamentação das projeções populacionais a serem consideradas nos estudos de viabilidade;
- memória de cálculo e as referências utilizadas para a parametrização dos valores de investimentos considerados nos estudos de viabilidade;
- fundamentação para a incorporação de fatores de eficiência na projeção de custos dos estudos de viabilidade; e
- demonstração do cálculo utilizado para estimativa de pagamento de impostos sobre a renda (IRPJ e CSLL), item que compõe os estudos de viabilidade.

4. SÍNTESE DAS AÇÕES

Os prestadores que desejam comprovar sua capacidade econômico-financeira terão que protocolar seu pleito junto à agência de regulação até dia 31 de dezembro de 2021 e entregar toda a documentação já indicada. Em seguida a agência reguladora deverá:

Realizar a conferência da documentação recebida, a fim de identificar se os documentos entregues estão de acordo (em conformidade) com a realidade de cada prestador;

Identificar se a relação de informações apresentadas para comprovação da primeira fase está em conformidade com os balanços auditados já publicados, aprofundando a verificação nos resultados justificados pelo auditor independente;

Verificar se todos os documentos estão em harmonia e coerentes entre si, especialmente os requerimentos apresentados, as minutas dos aditivos, os estudos de viabilidade e o plano de captação;

Analisar se a documentação apresentadas na segunda etapa envolve apenas contratos considerados válidos, a fim de identificar situações nas quais os contratos irregulares estejam inseridos nas propostas de avaliação da capacidade econômico-financeira. Reforça-se que essa hipótese está vedada;

Verificar se as minutas de aditivos estão anuídas pelo titular;

Verificar se há pendências com as cartas bancárias;

Verificar se a taxa de desconto à VPL é distinta daquela prevista no contrato;

Verificar se há estudos que contenham prorrogação de prazo, proibidas pelo decreto;

Verificar se os contratos e valores médios apresentados na documentação guardam relação com os valores dos estudos de viabilidade econômico-financeiros apresentados, bem como com os limites mínimos estipulados no Decreto;

Identificar os “*drivers*” utilizados para composição dos estudos de viabilidade, com base nos multiplicadores de receita, redutores de custos e ampliação dos investimentos para atingir as metas de universalização.



Estas ações, incluindo a decisão final decorrente do processual da atividade decisória da agência reguladora, deverão estar concluídas até 31 de março de 2022.

5. DECISÃO FUNDAMENTADA DA AGÊNCIA REGULADORA

O processo de comprovação de capacidade econômico-financeira deverá estar concluído, com a inclusão de decisões sobre eventuais recursos administrativos, até 31 de março de 2022. As agências infranacionais deverão atentar para a previsão do art. 13 do Decreto nº 10.710/2021 que determina que a análise da comprovação da capacidade econômico-financeira deve observar rito processual aplicável à cada agência reguladora. Desta forma, para melhor desempenho desta competência, é prudente que cada agência reguladora, observadas as orientações da presente cartilha, as normas internas de cada agência, tenham clareza quanto ao rito procedimental que adotará.

Em muitos casos, um mesmo prestador de serviços é regulado por agências reguladoras distintas, sendo cabível e aconselhável neste caso, a celebração de Termo de Cooperação Técnica entre as agências para avaliação da capacidade econômico-financeira de forma conjunta. Fica sugerido que a formalização de cooperação entre agências seja estabelecida ainda em 2021, durante o prazo definido para o prestador elaborar e apresentar seu pleito até dezembro de 2021, a fim de que a relação esteja estabelecida para todo prazo disponível de análise das agências (janeiro 2022 até março 2022).

Devidamente encerrada a instrução processual, a agência reguladora deverá emitir decisão fundamentada concluindo pela aprovação ou não da capacidade econômico-financeira do prestador. Nesse sentido, cabe enfatizar que a decisão que concluir pela comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador requer que ele tenha sido aprovado nas DUAS etapas de análise previstas no art. 4º do Decreto.

A decisão do órgão regulador não estará vinculada aos laudos e pareceres apresentados pelo prestador em cumprimento às fases 1 e 2 de avaliação, podendo o regulador se basear nesses documentos para fundamentar sua decisão, bem como

em outros documentos ou informações que tenha acesso, além daqueles apresentados pelo interessado.

Para fundamentar e subsidiar a sua decisão, a entidade reguladora, poderá, também, conforme previsão do artigo 12, utilizar laudos ou pareceres específicos a serem elaborados por entidades de notória reputação. É interessante que, no momento da normatização do procedimento de avaliação por cada agência, esteja previsto prazo razoável para a emissão do ateste final da capacidade, de forma que, havendo a interposição de recurso administrativo, exista tempo hábil à sua avaliação, posto que o artigo 14 ao impor o termo final do processo de comprovação de 31/03/2022, já inclui neste período eventuais análises de recursos.

Após decisão final, a entidade reguladora comunicará aos interessados (município, titular, prestador, entre outros) de sua decisão e encaminhará cópia do processo para a ANA, em formato digital, para que ela possa disponibilizar em seu sítio eletrônico cópia das manifestações técnicas e das decisões da entidade reguladora, ressalvadas as devidas situações de sigilo.

Efeitos da Comprovação da Capacidade

A comprovação de capacidade econômico-financeira 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.

Além disso, caso o prestador não comprove sua capacidade, os contratos de programa com ele firmados serão considerados irregulares. Nesses casos, a agência reguladora deverá comunicar o titular do serviço, para adoção das medidas consideradas cabíveis, com as devidas informações e ressalvas quanto à necessidade do município se integrar a alguma estrutura de prestação regionalizada, a fim de obter ganhos de escalas, escopo e eficiência com vistas à universalização do acesso aos serviços.

Importante ressaltar, ainda, que a eventual comprovação da capacidade econômico-financeira do prestador em nenhuma hipótese justificará convalidação dos contratos, instrumentos ou relações irregulares ou de natureza precária.

Perda dos efeitos da comprovação da capacidade

As agências reguladoras devem estar atentas ao disposto no art. 18. do Decreto 10710/2021, que traz condições que determinarão a perda dos efeitos da comprovação da capacidade do prestador, relacionadas especialmente à repactuação tarifária que não se concretize ou a previsão de contraprestações que não forem verificadas. Nesses casos, o prestador perderá a comprovação de capacidade, e seus contratos passarão a ser considerados irregulares. Nesse sentido, é importante que cada agência crie mecanismos para monitorar o cumprimento dessas condições pelos prestadores.

6. SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Conforme disposição do Decreto nº 10.710/2021, a ANA poderá atuar como mediadora em conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos de saneamento básico, nos termos do disposto no §5º do artigo 4º-A da Lei Federal 9.984/2000.

Poderão ser submetidos à ANA para atuação na mediação e/ou arbitramento:

- Eventuais conflitos resultantes da ausência de comprovação da capacidade econômico-financeira;
- Na existência de entendimentos conflitantes de entidades reguladoras distintas em relação ao mesmo prestador de serviços.

É perfeitamente possível que um mesmo prestador detenha contratos com diferentes agências reguladoras. Nessa hipótese, as agências poderão celebrar termo de cooperação técnica para a apreciação conjunta da capacidade econômico-financeira do prestador de serviço, conforme previsto no § 1º do art. 15 do Decreto nº 10.710. Todavia, essa opção pode não ser exercida, com diferentes agências reguladoras realizando avaliação autônoma de um mesmo prestador.

Tal situação pode resultar em decisões conflitantes de diferentes agências reguladoras a propósito da capacidade econômico-financeira de um determinado prestador. A situação é anômala e poderá ser enfrentada pelos meios cabíveis, que incluem hipótese de mediação ou mesmo judicialização para que seja equalizada. Todavia, não impede que tais decisões operem imediatos efeitos.

Nesse sentido, a decisão de cada agência operará efeitos sobre os contratos do prestador por ela regulados. Assim, o regulador que aprovar a capacidade econômico-financeira estará atestando que os contratos por ele regulados podem ser aditivados para incorporação das metas de universalização, e permanecerem vigentes. Já os contratos regulados pela agência que reprovar o prestador não poderão ser aditivados, tornando irregulares os contratos de programa que não contemplem as metas de universalização.

7. COMENTÁRIOS FINAIS

O Decreto nº 10.710/2021 estabelece a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário a fim de atestar se o prestador está apto a concretizar as metas de universalização conforme determinado na Lei Federal 14.026/2020, que atualizou o marco legal do saneamento básico, trazendo alterações para Lei Federal 11.445/2007.

Este material trouxe orientações úteis não só para as agências reguladoras infranacionais, mas a todos os órgãos, instituições e entidades envolvidos direta ou indiretamente no processo de comprovação da capacidade econômico-financeira estabelecido pelo Decreto. Detalhando as duas etapas de avaliação prevista, com a lista de documentação essencial e síntese de ações que devem ser executadas por parte das agências reguladoras após o recebimento da documentação até 31 de dezembro de 2021.

Os prestadores que não comprovarem a sua capacidade econômico-financeira, terão os contratos de programas com eles firmados considerados irregulares, e cabe as agências comunicarem os titulares do serviço para adoção de medidas cabíveis, a ANA poderá atuar, nesses casos, como mediadora em conflitos que envolvam titulares, agências reguladoras ou prestadores de serviços públicos de saneamento básico.

Com a comprovação da capacidade econômico-financeira para os contratos em vigor e com a apresentação dos meios de financiamento de forma faseada para sua implementação, os projetos de universalização serão mais tangíveis, trazendo benefícios não só para todo o setor, mas também para a população em geral.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI N° 14.026 de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-14.026-de-15-de-julho-de-2020-267035421>.

BRASIL. LEI N° 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=11445&ano=2007&ato=9bacXWU90MRpWTad7>

BRASIL. DECRETO N° 10.710, de 31 de maio de 2021. Regulamenta o art. 10-B da Lei n° 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para estabelecer a metodologia para comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviços públicos de abastecimento de água potável ou de esgotamento sanitário, considerados os contratos regulares em vigor, com vistas a viabilizar o cumprimento das metas de universalização previstas no caput do art. 11-B da Lei n° 11.445, de 2007. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.710-de-31-de-maio-de-2021-323171056>.

BRASIL. RECEITA FEDERAL DO BRASIL, Instrução Normativa RFB n° 971, de 13 de novembro de 2009. Dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social e as destinadas a outras entidades ou fundos, administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15937>.



ABAR[®]
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE
AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO