

PARECER SOBRE A MINUTA DA RESOLUÇÃO CSR Nº 05/2021 APÓS A MANIFESTAÇÃO DA CORSAN EM CONSULTA PÚBLICA

Marlon do Nascimento Barbosa

Advogado e Técnico em Gestão Pública. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá em 1998. Sócio do Escritório Marlon do Nascimento Barbosa Sociedade Individual de Advocacia. Pós-Graduado em Direito Tributário e em Gestão Pública. Militante em Direito do Saneamento e Regulação em Saneamento desde 2003 nos Estados do Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Espírito Santo, Minas Gerais, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

Órgão Solicitante: **AGESAN-RS**

Origem: **CORSAN**

1. RELATÓRIO

Trata o presente parecer sobre manifestação sobre os questionamentos feitos pela CORSAN em sede de consulta pública acerca da Minuta da Resolução CSR nº 05/2021, que "estabelece diretrizes para o Programa de Redução de Perdas – PRP da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento Agesan-RS".

Efetivamente, em sua manifestação em sede de consulta pública, a CORSAN aduziu o seguinte (com grifos nossos):

1) a elaboração de um “Programa de Redução de Perdas”, bem como sua implementação, **devem ser empreendidas pelas empresas reguladas**, cumprindo a reguladora o acompanhamento, fiscalização, apoio e definição das referidas diretrizes para requisição das informações pertinentes;

2) mostra-se coerente as agências reguladoras elaborarem programas próprios de acompanhamento de informações;

3) é **inadequado** delegar às agências reguladoras a responsabilidade por definir e conduzir um “Programa de Redução de Perdas”, uma vez que ingressaria em seara de âmbito operacional, escopo este que, a nosso ver, já excede as suas atribuições regulatórias; e

4) a agência reguladora deve evitar imiscuir-se no planejamento e no gerenciamento dos procedimentos operacionais necessários para a consecução de tais metas, deixando à regulada essa tarefa.

É importante salientar que neste parecer serão analisadas apenas as questões técnico-jurídicas acerca de uma suposta exacerbação da competência regulatória, sem adentrar em aspectos técnicos de outras áreas, notadamente quanto ao detalhamento de procedimentos operacionais.

Sendo assim, será feita a análise em seguida.

2. ANÁLISE

Verificando o texto da Minuta da Resolução CSR nº 05/2021, notadamente no que diz respeito aos "considerandos", verifica-se que as competências regulatórias estão muito bem explicitadas.

Diante disso, neste parecer, serão tecidos comentários complementares.

Em primeiro lugar, constata-se que a redução de perdas de água é assunto tão relevante que foi eleito como um princípio fundamental dos serviços de saneamento, tal como constante no art. 2º, XIII da LSNB.

E mais: é tão relevante a questão que o Novo Marco Regulatório, de forma expressa, inseriu nas competências regulatórias, de forma expressa, a competência das entidades reguladoras para instituir "diretrizes para a redução progressiva e controle das perdas de água", o que fez no art. 23, *caput*, XIV da LNSB.

Prosseguindo, o art. 43, §2º da LNSB aduz que "a entidade reguladora estabelecerá limites máximos de perda na distribuição de água tratada, que poderão ser reduzidos gradualmente, **conforme se verificarem avanços tecnológicos e maiores investimentos em medidas para diminuição desse desperdício**" (grifo nosso).

Evidentemente, especialmente em relação a esse dispositivo, parece muito plausível que esses avanços tecnológicos deverão ser analisados e definidos pela própria entidade reguladora, e sem que isso represente uma subtração das funções atribuídas aos prestadores dos serviços.

Aliás, a preocupação com o tema "perdas de água" é tão relevante que não parece ser contrário ao espírito da LNSB que a entidade reguladora adote o maior número de diretrizes possíveis em relação ao tema, pois o que está em jogo aqui não é uma suposta

sobreposição de atribuições envolvendo o regulador e o regulado, mas sim a preservação ambiental e do precioso recurso hídrico.

A propósito, é tão latente a preservação ambiental em detrimento de uma suposta sobreposição de atribuições que a Constituição Federal chegou a estabelecer competência comum "da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios" para "proteger o meio ambiente" (art. 23, *caput*, VI).

Ante esse contexto, é dever do Poder Público - e aqui está incluída a entidade reguladora - preservar e defender o meio ambiente, nos termos do art. 225, *caput*, da Constituição Federal, de modo que eventual disciplinamento regulatório que chegue bem próximo às atividades do prestador dos serviços de saneamento não padecerá de qualquer irregularidade, em relação ao tema "perdas de água", justamente por contar com o devido respaldo constitucional.

Dessa forma, eventual excesso, em relação a esse assunto, é muito mais preferível que eventual omissão.

Inclusive, neste ponto, vale a pena indagar: qual seria a postura, por exemplo, do Ministério Público diante da proposta normativa da AGESAN-RS? Iria opinar pela regularidade ou irregularidade em relação a eventual excesso normativo quanto à preservação ambiental?

Com efeito, é importante lembrar que nos termos do art. 129, *caput*, III da Constituição Federal, incumbe ao Ministério Público "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, **do meio ambiente** e de outros interesses difusos e coletivos" (grifo nosso).

Noutras palavras, basta apenas fazer um exercício mental para responder à seguinte pergunta: o Ministério Público desejaria o excesso de zelo em relação à preservação ambiental ou eventual omissão? A resposta parece óbvia.

Além disso, justificando a plena validade da minuta da norma regulatória em apreço, constata-se que, diante do dever de preservação ambiental, o que seriam as chamadas "diretrizes para a redução progressiva e controle das perdas de água", tais como previstas na LNSB?

Ora, se a redução das perdas de água, com a consequente preservação ambiental, deve ser tratada com excesso de zelo, conforme o texto constitucional, então é fato que as diretrizes podem e devem ser, igualmente, mais incisivas.

De qualquer maneira, não há precisão quanto à extensão da expressão "diretrizes", de modo que, dessa forma, quanto mais incisivas em relação ao tema "perdas de água", melhor, até mesmo porque a entidade reguladora também pode estabelecer "requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas", conforme o art. 23, *caput*, II da LNSB, de modo que, ao contrário do sustentado pela CORSAN, não há qualquer invasão na função de prestação, por parte da AGESAN-RS, ao estabelecer métodos e procedimentos operacionais visando a redução das perdas.

Assim sendo, de forma proativa, a AGESAN-RS, por meio da minuta normativa em debate, procurou definir requisitos operacionais para a redução das perdas de água, combinando o art. 23, *caput*, II e XIV da LNSB, aplicando com zelo sua competência de definir diretrizes para a adequada preservação do meio ambiente.

Ou seja: certamente a norma regulatória ora em gestação, se levada fosse à análise do Ministério Público ou do Poder Judiciário, certamente seria tida como constitucional e legítima diante da tutela máxima do meio ambiente nela estampada.

Com o intuito de finalizar a análise, constata-se que numa busca simples pelo *Google* acerca do tema "programa de redução de perdas de água agências reguladoras", constata-se que diversas outras entidades reguladoras estabeleceram programas semelhantes, dentre elas a ARSAE, de Minas Gerais, a ADASA, do Distrito Federal, e a ARES-PCJ, de São Paulo, de modo que a AGESAN-RS, da mesma forma, está tratando adequadamente o tema.

3. CONCLUSÃO

Isto posto, é o presente par opinar pela **regularidade** da Minuta da Resolução CSR nº 05/2021 no que tange à competência regulatória da AGESAN-RS, nos termos acima expostos.

É o parecer.

Salienta-se o caráter meramente opinativo deste parecer, sem qualquer conteúdo decisório, haja vista a não configuração deste como ato administrativo*.

* Especificamente sobre o assunto, seguem os seguintes entendimentos jurisprudenciais (com grifos nossos):

a) por parte do **Tribunal Regional Federal da 1ª Região**:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PARECER. PROCURADOR DO MUNICÍPIO. 1. **O parecer, resultado tão só de uma opinião técnica, jurídica, não pode ser considerado um ato de improbidade.** 2. Agravo de instrumento que se nega provimento. (TRF1 - AG 14028 BA 2009.01.00.014028-8)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. ASSESSORIA JURÍDICA. PROCURADORES. PARECER TÉCNICO-JURÍDICO. CONSULTA OBRIGATÓRIA. LICITAÇÃO. CONLUÍO COM A ADMINISTRAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL. 1. **O parecer não é ato administrativo e sim uma opinião técnico-jurídica que serve de orientação ao administrador na tomada de sua decisão.** 2. De acordo com o art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666, de 1993, com a alteração ditada pela Lei 8.883, de 1994, "as minutas de editais de licitação (...) devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração". Não estando, portanto, demonstrado o conluio entre o procurador e o administrador, ou sua evidente má-fé, não se pode admitir a responsabilidade solidária pela má elaboração do processo licitatório. 3. Inexistência de *fumus boni iuris* para permitir que sejam os bens dos procuradores tornados indisponíveis. 4. Determinação da quebra dos sigilos bancário e fiscal para apuração dos fatos imputados aos procuradores. (TRF1 - AG 49197)

b) por parte do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Os assessores jurídicos não podem integrar o pólo passivo do mandado de segurança, vez que não têm poder de decisão, sendo que o fato de terem elaborado parecer não os vincula ao ato, pois caberá ao prefeito municipal acatar ou não a manifestação exposta em tal documento. (APCVREEX 4095643)

c) por parte do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. – Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que **o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa.** Celso Antônio advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. – Mandado de Segurança deferido. ("DJ" 31.10.2003). (MS 24.973/DF, Relator Ministro Carlos Velloso).

Canoas/RS, 1º de julho de 2021.



MARLON DO NASCIMENTO BARBOSA

Advogado - OAB/PR nº 27.715

Marlon do Nascimento Barbosa Sociedade Individual de Advocacia