**FGV DIREITO SP**
**MESTRADO PROFISSIONAL**

# INDENIZAÇÃO NO TÉRMINO DO CONTRATO DO SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO: UMA ANÁLISE A PARTIR DE CASOS JUDICIALIZADOS E EM ARBITRAGEM

Marta Duarte Magalhães

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 31.10.2023

## 1. Tema, contexto e delimitação de escopo

A lei nº.: 14.026/2020, conhecida como novo marco legal do saneamento básico, trouxe alterações relevantes ao setor, em especial à lei nº 11.445/07, que estabelece as suas diretrizes nacionais. O novo marco buscou sobretudo atrair mais investimentos para o setor de saneamento, tão deficitário no Brasil, estabelecendo desafiadoras metas de universalização para atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotamento sanitário até 31 de dezembro de 2033.

Entre as novas alterações, destacam-se a padronização regulatória do setor com a atribuição da Agência Nacional de Água e Saneamento Básico (ANA) como responsável pela instituição de normas de referência, estímulo à regionalização da prestação de serviços e a extinção dos contratos de programa.

O ingresso dessas alterações vem ensejando em uma verdadeira reorganização na contratualização da prestação de serviços do setor, seja com a celebração de novos contratos e aditivos aos contratos vigentes para atingimento das novas metas e requisitos legais, seja no ingresso de novas figuras de prestação regionalizada, ou também no término dos contratos com a assunção da prestação de serviços ou delegação a outro prestador.

Dentro do rearranjo contratual, o término dos contratos já celebrados traz consequências jurídicas relevantes em especial relativa à indenização pelos investimentos realizados pelo antigo prestador de serviço.

Antevendo isso, o novo marco também trouxe uma nova previsão sobre a obrigatoriedade do pagamento da indenização pelos investimentos não amortizados ao antigo prestador. É o que se depreende do art. 42, § 5º da lei nº.: 11.445/07[1], ao condicionar a transferência de serviços de um prestador para o outro, em qualquer hipótese, ao pagamento da indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados.

O tema ganha ainda mais relevância na medida em que recentemente a ANA, em 03 de agosto de 2023, aprovou a Norma Referência nº 03 sobre a metodologia de indenização de investimentos

[1] Art. 42. Os valores investidos em bens reversíveis pelos prestadores constituirão créditos perante o titular, a serem recuperados mediante a exploração dos serviços, nos termos das normas regulamentares e contratuais e, quando for o caso, observada a legislação pertinente às sociedades por ações. (...) § 5º A transferência de serviços de um prestador para outro será condicionada, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, facultado ao titular atribuir ao prestador que assumirá o serviço a responsabilidade por seu pagamento. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

realizados e não amortizados ou depreciados nos contratos de prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

A partir desse contexto surgem diversas questões em torno do fim da prestação de serviços e da necessidade de se indenizar de forma plena o antigo concessionário de modo a garantir o retorno de todo o investimento aportado no projeto.

A composição da indenização, com a definição dos bens e direitos que devem ser ressarcidos, a forma de apuração e, não menos importante, o momento do recebimento dessa indenização fazem parte de uma estratégia detalhadamente definida pelos operadores do setor.

Nesse contexto, o objetivo central dessa dissertação é responder à seguinte questão: Quais são as estratégias processuais para assegurar a plena indenização dos investimentos não amortizados no setor de saneamento básico?

Dentro desse tema, pretende-se analisar casos já judicializados e em arbitragem de contratos celebrados para extrair questões jurídicas controvertidas ou com potencial de problematização e seus pontos em comum. A identificação desses casos concretos ocorrerá através de buscas nos sites dos Tribunais de Justiça, pesquisa de formulário de referência dos prestadores de serviços e nos processos que já acompanhei na minha atuação profissional[2].

A partir da identificação, pretende-se preencher fichas de leitura de cada ação (Anexo I) [3], com informações gerais do processo, tais como número, data de distribuição, decisões, dados do contrato, tipo de extinção, previsão contratual sobre o término do contrato e forma de indenização. Além de incluir as principais questões controvertias e observações relevantes para a análise dessas questões, pontos em comum para extrair a estratégia envolvida nos processos.

Além disso, o trabalho visa analisar as diversas formas de extinção de contratos e consequências na composição e momento de pagamento da indenização. O trabalho pretende analisar ainda as disposições constantes na norma de referência da ANA e em que medida tais normas facilitam ou dificultam o integral ressarcimento do prestador.

Ao fim do trabalho, pretende-se recomendar a melhor solução para o operador garantir a indenização no término do contrato e seu efetivo recebimento e reduzir a litigiosidade em torno do tema e propor alternativas de regramento contratual para garantir a indenização.

O modelo de pesquisa predominante será resolução de problema, com o objetivo de traçar um diagnóstico sobre o tema e o melhor tratamento a ser aplicado, considerando as consequências práticas advindas.

## 2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

### Contextualização fática

**Quesito 1 –** Como está organizado no Brasil o mercado de prestação de serviços de saneamento básico?

**Quesito 2 -** Qual o contexto fático de edição do novo marco legal do saneamento básico?

**Quesito 3** – Como os contratos do setor de saneamento costumam disciplinar a sua extinção e pagamento da indenização ao prestador de serviço (mencionar casos exemplificativos)?

### Referencial teórico normativo

---

[2] No momento da elaboração desse projeto, foram identificados 27 casos.

[3] Ficha de Leitura inspirada no modelo extraído do artigo: Como Organizo Informações da jurisprudência que leio?

**Quesito 1 -** Quais as hipóteses de extinção dos contratos de concessão? Essas hipóteses se aplicam aos contratos de programa vigentes?

**Quesito 2** – O que a Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões Públicas) e a Lei nº 11.079/04 (Lei das PPPs) estabelecem sobre o pagamento da indenização pelos investimentos não amortizados? E o momento do pagamento?

**Quesitos 3** – Em que medida o novo marco trouxe uma inovação sobre a extinção dos contratos e pagamento da indenização devida? Como o novo marco legal do saneamento básico tratou da indenização pelos investimentos não amortizados na extinção do contrato de concessão? O que se pode depreender da previsão constante no art. 42, §5º do Novo Marco Legal de Saneamento Básico?

**Quesito 4** – Como a norma de referência da ANA nº 3, aprovada pela Resolução ANA 161/2023, regula a indenização dos investimentos não amortizados?

**Abordagem analítica**

**Quesito 1 -** Quais as principais controvérsias entre poder concedente, agência reguladora e operadores de serviços de saneamento, no que se refere ao cálculo e à forma de pagamento da indenização por investimentos não amortizados quando do término da prestação?

**Quesito 2 -** Em que medida as controvérsias decorrem de lacunas contratuais ou da inadequação das disposições legais?

**Quesito 3 -** Em que medida as normas de referência da ANA e o novo marco facilitam ou dificultam a indenização pelos investimentos não amortizados?

**Recomendações finais**

**Quesitos 1** – Qual a conduta recomendável para o operador garantir a indenização no término do contrato e seu efetivo recebimento?

**Quesito 2** – Qual a conduta recomendável para o operador se precaver contra eventual espoliação do poder concedente relativa à indenização?

**Quesito 3** – Como o operador pode mitigar o risco de litiogisidade em torno da indenização devida?

**Quesito 4** – Quais alternativas de regramento contratual para garantir a indenização e reduzir a litiogisidade?

As fontes de pesquisa que serão utilizadas são legislação e normas regulamentadoras específicas sobre o tema, doutrina, jurisprudências e experiência prática.

## 3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

A relevância do tema desponta em razão da indenização pelos investimentos não amortizados ser sempre um ponto de tensão entre o prestador de serviços e Administração Pública. De um lado tem-se o prestador que pretende ser indenizado por todos os investimentos de forma prévia, objetivando não se submeter a morosos procedimentos administrativos e judiciais com a submissão à sistemática de precatórios. E do outro lado, o Poder Público que pretende retomar o serviço público seja para prestá-lo diretamente ou para delegar ao novo parceiro privado através de licitação.

Apesar da existência de diversos artigos jurídicos sobre saneamento básico, não há uma vasta análise prática para o operador garantir a sua plena indenização dos seus investimentos, aprofundando o tema do ponto de vista prático a partir da análise de casos concretos, de modo que a pesquisa pode contribuir para o setor para melhor orientar os agentes públicos e privados nos contratos de saneamento básico.

## 4. Familiaridade com o objeto da pesquisa

Desde 2017, atuo no jurídico de uma empresa privada do setor de saneamento básico. Na minha função, trabalho no contencioso estratégico empresarial na defesa da companhia em ações judiciais e administrativas, relacionadas com demandas regulatórias e cíveis.

Dentro da minha área de atuação já presenciei alguns processos judiciais que tratavam sobre o término do contrato de concessão e a indenização de pagamento dos investimentos não amortizados, seja pelo advento do seu termo final ou até diante da declaração de nulidade do contrato, possuindo, portanto, vivência direta com os problemas práticos relacionados.

## 5. Bibliografia preliminar

ARAUJO. Marcos Paulo Marques. *Extinção do Regime Público de Prestação dos Serviços de Saneamento Básico & o Desafio da Indenização dos Bens Reversíveis*. *In*: FROTA, Leandro, AIETA, Vânia. *Marco Regulatório do Saneamento Básico: Lei nº 14.026/2020*. Brasília: OAB Editora.

FORTINI, Cristiana; SALAZAR, Gabriela. MASSARA, Luiz Henrique Nery; CAMPOS, Marcelo Hugo de Oliveira (Orgs.). *Novo marco legal do Saneamento Básico: aspectos administrativos, ambientais, regulatórios e tributários*. Belo Horizonte, São Paulo: D´Plácido, 2021.

FREIRE, André Luiz. *Direito dos contratos administrativos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

FREITAS, Caio. *Dilema das indenizações no término dos contratos do setor de saneamento*. Revista Consultor Jurídico, em 12 dez. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-13/caio-freitas-indenizacoes-fim-contratos-saneamento.> Acesso em: 25 maio 2023.

GUERRA, Sérgio. *A Reversibilidade dos Bens nas Concessões de Serviços Públicos.* Revista de Direito Público da Economia - RDPE Belo Horizonte, n. 8, ano 2 Outubro / Dezembro 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12792>. Acesso em: 23 jun. 2023.

JUNIOR, Edgard Hermelindo Leite; NETO, Giuseppe Giamundo. *A extinção dos contratos de prestação de serviços básicos e a indenização pelos valores não amortizados*. *In:* LUNA. Guilherme Ferreira Gomes. GRAZIANO, Luiz Felipe Pinto Lima. BERTTOCCELLI. (Coord.) *Saneamento Básico*. Temas Fundamentais Propostas e Desafios. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões no serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Ergon Bockmann. *O STJ na encruzilhada: há ou não segurança jurídica nas concessões brasileiras*? Revista Consultor Jurídico, em 4 nov. 2020. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2020-nov-04/opiniao-ou-nao-seguranca-juridica-concessoes-brasileiras >. Acesso em: 02 jul. 2023

MONTEIRO, Vera. Nas regiões metropolitanas e afins a titularidade do serviço de saneamento básico é do estado. *In:* GUIMARÃES, Fernando Vernalha (Coord.). O *Novo direito do saneamento básico:* estudos sobre o novo marco legal do saneamento básico no Brasil (de acordo com a Lei nº 14.026/2020 e respectiva regulamentação) Belo Horizonte: Fórum, 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi; FEFERBAUM Marina; PINHEIRO, Victor Marcel. Como organizo informações da jurisprudência que leio? *In*: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (coord). Metodologia jurídica: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAULINO, Anderson. A Trajetória da Regionalização dos Serviços Públicos de Água e Esgoto: do PLANASA ao Novo Marco Regulatório. *In*: FROTA, Leandro, AIETA, Vânia. (Coord.) *Marco Regulatório do Saneamento Básico*: Lei nº 14.026/2020. Brasília: OAB Editora, 2021.

POZZO, Augusto Neves Dal. (Coord.). *O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em: <https://portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/a-extincao-do-contrato-de-concessao-comum-e-ppps/.> Acesso em 25 de jun. 2023..

## 6. Cronograma de execução

| | 2023 | | | | | 2024 | | | | | | | | | | | | 2025 | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Atividade | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 | 1 | Horas |
| Revisão bibliográfica | | | | | | | | | | | | | | | | | | | 90h |
| Coleta de decisões | | | | | | | | | | | | | | | | | | | 30h |
| Revisão do processo legislativo | | | | | | | | | | | | | | | | | | | 30h |
| Redação versão preliminar | | | | | | | | | | | | | | | | | | | 100h |
| Revisão e entrega da versão preliminar | | | | | | | | | | | | | | | | | | | 10h |
| Redação versão intermediária | | | | | | | | | | | | | | | | | | | 100h |
| Revisão e entrega da versão intermediária | | | | | | | | | | | | | | | | | | | 10h |
| Redação final | | | | | | | | | | | | | | | | | | | 100h |
| Revisão e entrega da redação final | | | | | | | | | | | | | | | | | | | 30 h |

# ANEXO I

| FICHA PROCESSUAL | |
|---|---|
| I. Número do Processo | |
| 1. Tribunal | |
| 2. Vara | |
| 2. Classe Processual | |
| 3. Autor | |
| 4. Réu | |
| II. Resumo do Processo | |
| 1. Data da distribuição: | |
| 2. Pedido de Tutela Provisória: | |
| 3. Decisão da Tutela Provisória: | |
| 4. Pedido Principal: | |
| 5. Decisão de Mérito 1º Grau: | |
| 6. Decisão de Mérito 2º Grau: | |
| III. Principais Questões Jurídicas | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| IV. Observações Relevantes | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |
| | |