

## Opinião: As agências reguladoras e os contratos de água e esgoto?

Entre as diversas incertezas de contratos de concessão, uma coisa é previsível: os conflitos envolvendo desequilíbrios econômico-financeiros, seu valor e a forma de sua implementação. Refletir sobre assim, tem sido uma constante há anos.



Ocorre que importar soluções elaboradas para realidades com

dificuldades básicas, como de diagnosticar seu próprio ambiente institucional, tende a não ser uma boa ideia. O ponto é que 68% dos municípios brasileiros refletem essa situação e, com a Lei 14.026/2020 [\[1\]](#), que reformou o Marco Legal do Saneamento Básico e fomentou a celebração de contratos de concessão, eles tendem a enfrentar tais dilemas a partir do momento em que os contratos de programa com concessionárias estaduais expirarem.

Por isso, revela-se essencial aprender com experiência vividas em realidades iguais ou semelhantes a desses "novos" atores, a fim de desenhar arranjos institucionais que tenham maior aderência a suas realidades. O propósito deste texto é compartilhar uma dessas experiências, do município de Mirassol, estado de São Paulo, e proporcionar reflexões sobre o tema.

No caso, o contrato de concessão foi celebrado apenas entre a concessionária de água e esgotamento sanitário e o município, prevendo a arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias. À vista da discussão sobre a ocorrência de desequilíbrio contratual e a forma de o implementar, o painel decidiu em favor do ente privado, que passou a aplicar o novo valor de tarifa na forma da sentença arbitral. Contudo, a Agência Reguladora do Serviço de Água e Esgoto de Mirassol (Arsae) editou uma portaria proibindo a revisão das tarifas sem sua prévia e expressa autorização, sob o argumento de que suas competências decorreriam de lei e, como a Arsae não teria sido parte do contrato ou da arbitragem, a sentença arbitral não seria oponível a si.

Buscando invalidar a determinação da agência, a concessionária ingressou na esfera judicial, visando a anular o ato administrativo. O pleito, porém, foi julgado improcedente na primeira instância e no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) e aguarda julgamento no Supremo Tribunal de Justiça [\[2\]](#), revelando uma morosidade incompatível com o sofisticado mecanismo de solução de controvérsia adotado. Mas o pior é que a discussão se desenrola sem que se possa aplicar a devida revisão tarifária, com prejuízos à concessionária, aos serviços e aos usuários.



O caso nos ensina, primeiramente, sobre a importância do devido alinhamento entre a modelagem contratual e o ambiente institucional em que se insere. Uma adequada análise das atribuições da Arsae poderia ter abreviado a disputa entre o município e a concessionária, a partir da simples providência de incluir a agência reguladora como interveniente-anuente do contrato de concessão, em consonância com as atribuições dispostas em sua lei criadora.

A recente concessão dos serviços de água e esgoto de 35 municípios do estado do Rio de Janeiro, a famosa concessão da Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (Cedae), revela uma evolução nesse sentido. Criou-se uma complexa estrutura institucional para articular contratualmente os interesses dos diversos *stakeholders*, públicos e privados, com alguma ingerência sobre os rumos da contratação. E tudo isso deixando claro a necessidade de se ter um regulador central, ainda que articulado com agências reguladoras municipais, que participou do contrato — ainda que não enquanto parte.

Ainda pensando acerca da modelagem de projetos a partir da experiência do caso de Mirassol, uma iniciativa eficiente seria garantir reajustes automáticos da tarifa no próprio contrato de concessão, outorgando à concessionária correspondente o direito de implementar os referidos incrementos em determinada data-base sem necessitar de aprovação prévia da agência reguladora ou mesmo do poder concedente. Essa iniciativa também exigiria a presença dos reguladores como intervenientes-anuentes no contrato de concessão correspondente e, mesmo sem envolver revisão tarifária, já seria um importante passo para reduzir riscos associados à morosidade das ferramentas de solução de controvérsias diante de tema tão simples e elementar como o reajuste.

Isso não significa que não possa haver controle por parte dos reguladores e do poder concedente caso a concessionária implemente reajustes em desacordo ao que prevê o contrato. Ele poderá sempre ser feito, mas *a posteriori*. Com isso, a escolha de modelagem inverteria o ônus do tempo e de prova, de modo que caberia aos órgãos públicos demonstrarem, nos autos do processo administrativo ou judicial, o desacerto do concessionário e, então, a inviabilidade de o reajuste ser implementado tal qual foi.

O caso de Mirassol inspira, ainda, a valorizar os métodos alternativos de resolução de conflitos, especialmente os chamados *dispute boards* [3]. Essa alternativa, caso seja elaborada para a realidade municipal e envolva estruturas institucionais que contemplem as agências reguladoras competentes, mediante sua expressa anuência contratual, também podem servir para mitigar desgastes entre as partes e evitar a postergação indefinida de soluções para problemas que afetam a própria sustentação do contrato de concessão, como a inviabilidade de reajustar tarifas.

Em setores como o de saneamento básico, que vislumbram a perspectiva de aumento exponencial do número de concessões, fomentar a segurança jurídica quanto à concessão de reajustes e revisões tarifárias é fundamental para atrair investidores, garantindo a previsibilidade da remuneração. Mais que estruturar mecanismos elaborados, refletir sobre a modelagem, gestão contratual e solução consensual de conflitos a partir de casos concretos e semelhantes tende a ser o melhor remédio para evitar que eventos como o de Mirassol se repitam Brasil afora.



[1] De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aproximadamente 68% dos aproximadamente 5.570 municípios brasileiros possuíam até 20.000 habitantes em 2020.

[2] Processo nº 0032544-52.2021.3.00.0000, no STJ.

[3] Método alternativo e contratual de resoluções de conflitos que prevê a instituição de um comitê especializado para solucionar e prevenir eventuais impasses e discordâncias provenientes do acordo. Embora sejam previstos há anos nos contratos de concessão de alguns estados, ganharam tratamento normativo expresso na Lei 14.133/2021. Em recente artigo, Maria Virgínia Nasser explorou alguma das dificuldades associadas às razões pelas quais tais instrumentos têm dificuldades para serem implementados em massa. A esse respeito, ver: MESQUITA NASSER, Maria Virginia Nabuco do Amaral. Dispute boards em projetos de infraestrutura. Jota, 02.07.2021. Disponível em: <  
<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/dispute-boards-em-projetos-de-infraestrutura-02072021>>

**Date Created**

11/07/2021