

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO, REGULAÇÃO E OS IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19

IMPACTS OF COVID-19 PANDEMIC ON PUBLIC WATER AND SANITATION SERVICES AND REGULATION

Carlos Roberto de Oliveira ¹

RESUMO: Partindo de observações dos desafios para a prestação dos serviços públicos de saneamento básico diante da pandemia da Covid-19, são apresentadas as dificuldades contratuais e a posição das agências reguladoras de saneamento setoriais na normatização da situação de excepcionalidade vivenciada, que afeta com grande severidade os serviços públicos de água e esgoto. O ponto de partida do estudo foi uma pesquisa acerca das maiores dificuldades e soluções criadas pelos prestadores em parceria com os entes reguladores para mitigação dos problemas operacionais e garantia da continuidade dos serviços em tempos de necessário distanciamento social. Após o mapeamento das principais questões: falta de clareza na definição normativa, fragilidade de conteúdo dos contratos e ausência de cláusulas contratuais com formas alternativas de resolução de conflitos, foram feitas avaliações críticas das soluções adotadas pelos reguladores. Foi realizado, ainda, levantamento bibliográfico sobre a atuação da Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR nesse processo, com destaque para as recomendações de caráter voluntário emitidas para suporte às agências reguladoras. Com base nas conclusões decorrentes, foi possível afirmar que, com o intuito de agregar um padrão mínimo de segurança jurídica e de previsibilidade, as recomendações da ABAR tem relevante papel de apoio ao poder normativo inerente a cada agência reguladora infranacional.

Palavras-chave: covid-19; regulação; saneamento básico.

ABSTRACT: From challenges with public water and sanitation services during the Covid-19 pandemic period to contractual difficulties, this article also presents contractual difficulties and the stance of local regulators towards regulation on this extraordinary scenario, which has severely struck the public water and wastewater services. Firstly, this study has investigated the greatest difficulties and solutions by providers in partnership with regulators to mitigate operational problems and to guarantee continuity of services in period of social distancing. The main issues have founded as lack of clarity in the normative definition, fragility of content of contracts and absence of contractual clauses with alternative forms of conflict resolution. Critical assessments of solutions adopted by regulators have also performed. Furthermore, a bibliographic survey of proceeding of Brazilian Association Regulatory Agencies (ABAR) in this context was carried out, specifically about its voluntary recommendations to support regulatory agencies to face the most acute phase of the crisis. Based on these findings, it is possible to affirm that, in order to offer a legal certainty and predictability standard, recommendations of ABAR have a relevant role in supporting the subnational regulatory agencies in their inherent regulatory power.

Keywords: covid-19; regulation; water and sanitation.

¹ Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Contemporâneo do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo. Secretário-Executivo da Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos, Institucionais e de Governança da Associação Brasileira de Agências de Regulação. Diretor da Agência Reguladora de Saneamento de São Paulo.

1 INTRODUÇÃO

A crise mundial provocada pela COVID-19 ressaltou ainda mais a importância dos serviços de saneamento básico, bem como a provisão de condições adequadas de serviços públicos às populações vulneráveis.

A essencialidade dos serviços de saneamento básico no enfrentamento da pandemia da COVID-19, com destaque para o abastecimento de água e esgotamento sanitário, remete ao aumento da responsabilidade das instituições que atuam nesses setores.

A pandemia evidenciou, ainda, a importância da universalização desses serviços públicos, pois, hoje, apenas 83,6% dos brasileiros são atendidos com abastecimento de água tratada, 53,2% têm acesso à coleta de esgoto e 46,3% desse esgoto coletado é efetivamente tratado.²

O atual cenário de atraso, atrelado à crise de saúde, isolamento social e forte abalo nas atividades econômicas, impactam fortemente nas prestadoras de serviços de água e esgoto, assim como nos demais setores, causando, naturalmente, impactos em sua operação e em suas receitas.

Por se tratar de serviços essenciais e, muitas vezes, insubstituíveis, a demanda de usuários residenciais não é fortemente afetada, tendendo a aumentar com o distanciamento social. Entretanto, a diminuição das atividades comerciais e a desaceleração da produção industrial podem resultar em significativas reduções nas receitas das empresas prestadoras desses serviços.

Além disso, com o objetivo de proteger a população mais vulnerável e garantir o acesso irrestrito aos serviços de saneamento básico, várias responsabilidades foram impostas às prestadoras de serviço de água e esgoto por parte dos mandatários do Executivo, que emitiram decretos (municipais e estaduais) de calamidade pública³, potencializando riscos ao adequado funcionamento e à sustentabilidade do setor, gerando impactos regulatórios e quedas na arrecadação, sem que houvesse a obrigatória articulação⁴ com as agências reguladoras setoriais de saneamento⁵.

Idêntica preocupação reservada ao atendimento da população vulnerável em tempos de pandemia é o tratamento futuro que se dará aos impactos gerados pelas medidas

2 Cf. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO. *Diretrizes ABAR: 20 recomendações regulatórias diante da pandemia – água e esgoto*, Brasília: ABAR, 2020. Dados disponíveis, também, no site: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-anual-agua-e-esgotos/diagnostico-dos-servicos-de-agua-e-esgotos-2018>.

3 Acompanhamos o entendimento de que é cabível a estruturação ou rearranjo de medidas de políticas públicas em situações calamitosas, poderes esses que foram conferidos pelo escrutínio popular (voto) aos mandatários eleitos. Shirley Alonso Rodrigues Silverio Lopes e Carlos Roberto Pegoretti Júnior destacam: “As atribuições de governo compreendem o exercício do mandato, a condução dos negócios públicos municipais, as relações com as demais autoridades, as funções colegislativas relativas à iniciativa, sanção, veto, promulgação e publicação de leis, a fixação de diretrizes, o planejamento da administração local e a representação do Município”. (LOPES, Shirley Alonso Rodrigues Silverio; PEGORETTI JÚNIOR, Carlos Roberto. *Da autonomia municipal*. Disponível em: <https://www.semanaacademica.org.br/system/files/artigos/meu4oartigo.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020).

4 A Lei federal nº 13.979/2020, em seu art. 3º, §10, estabelece: “As medidas a que se referem os incisos I, II e VI do *caput*, observado o disposto nos incisos I e II do § 6º-B deste artigo, quando afetarem a execução de serviços públicos e de atividades essenciais, inclusive os regulados, concedidos ou autorizados, somente poderão ser adotadas em ato específico e desde que haja articulação prévia com o órgão regulador ou o poder concedente ou autorizador”.

5 Destaca Pedro Filipe Gonçalves da Rocha: “A par de uma abertura e desregulação dos mercados, e de uma conseqüente regulação dos mesmos, foi-se verificando, no evoluir de um Estado Regulador, um fenômeno de desgovernamentalização da regulação. Foi-se percebendo, nesse sentido, que a importância da atividade regulatória exigia a sua proteção não apenas face à força de *lobbying* dos agentes econômicos, para evitar a captura do regulador pelos regulados, mas também face a ingerências governamentais, de modo a garantir uma regulação estável, eficiente e eficaz, já que livre da incerteza da política e da mobilidade dos governos”. (ROCHA, Pedro Filipe Gonçalves da. *Autoridades reguladoras independentes: entre a legitimação democrática e a legitimação procedimental*, Coimbra: CEDIPRE Online nº 38, abril 2020, p. 9. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_38.pdf. Acesso em: 09 set. 2020).

supracitadas, em especial as discussões acerca do reequilíbrio econômico-financeiro do setor, que certamente serão postos à mesa e serão impactados pelo ambiente de recessão econômica e aumento expressivo na taxa de desemprego.

No presente artigo, além de levantamentos sobre a atuação das agências reguladoras de saneamento básico, será apresentado debate acerca do exercício do poder normativo⁶ em tempos de crise e o papel da Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR⁷, em sua condição de associação representativa de classe para orientar, através de diretrizes, as discussões que serão imprescindíveis para o reequilíbrio do setor de saneamento diante desta pandemia.

O estudo apresenta comparações, aponta críticas e destaca os méritos da forma de melhor condução das políticas públicas de saneamento básico na inovadora relação jurídica decorrente da pandemia, explorando os desafios para a prestação de serviços públicos de saneamento básico diante da COVID-19, dividindo o trabalho em três capítulos. O primeiro aborda os desafios para a prestação de serviços públicos de saneamento básico diante da pandemia da covid-19, em especial a situação excepcional que desafia todas as modelagens contratuais de saneamento, a falta de clareza na definição normativa, a fragilidade de conteúdo dos contratos e a ausência de cláusulas contratuais com formas alternativas de resolução de conflitos. Já o segundo destaca a posição do regulador diante da pandemia, e o terceiro, a modelagem proposta pela Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, para o enfrentamento das contingências da pandemia.

2 OS DESAFIOS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SANEAMENTO BÁSICO DIANTE DA PANDEMIA DA COVID-19

O cenário da pandemia da COVID-19 era impensado na clássica modelagem dos contratos administrativos de concessão e nenhum contrato público tinha tratamento adequado para o enfrentamento de todas as novas medidas que são esperadas – tanto no campo das adaptações técnicas para manutenção do serviço adequado, quanto na perspectiva econômica, para a viabilidade do negócio.

O direito administrativo clássico não responde adequadamente a esses novos desafios e as clássicas fórmulas de reequilíbrio ou de readequação são desafiadas pelos futuros impactos que serão enfrentados diante do “novo normal”.

Não estamos diante de situações imponderáveis, mas necessitaremos de uma nova leitura de institutos clássicos, com revisitação de conceitos tradicionais e eventuais alterações legislativas.

Uma nova postura também é esperada dos órgãos de controle externo (TCU, TCEs e Ministérios Públicos Federal e Estaduais), todos imbuídos no propósito de entender as reais dificuldades que os gestores enfrentaram no momento mais agudo de combate à pandemia⁸.

6 Com destaque para as experiências portuguesas, Maria Fernanda Maçãs observa: “sobressai o reconhecimento de que a regulação tem uma lógica específica, que deve ser separada tanto quanto possível da lógica política propriamente dita, em especial a dos ciclos eleitorais, tornando-se necessário estabelecer adequada distância entre a política e o mercado, de modo a conferir-lhe a estabilidade, previsibilidade, imparcialidade e objectividade”. (MAÇÃS, Maria Fernanda. *O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes*, Coimbra: Cadernos de Justiça Administrativa, nº 58, jul./ago. 2006, p.23).

7 A Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR foi fundada em 8 de abril de 1999. É uma entidade de direito privado, criada sob a forma de associação civil, sem fins lucrativos e de natureza não partidária. Seu objetivo é promover a mútua colaboração entre as associadas e os poderes públicos, na busca do aprimoramento da regulação e da capacidade técnica, contribuindo para o avanço e consolidação da atividade regulatória em todo Brasil. Para maiores informações, sugerimos a consulta do site: <http://www.abar.org.br>.

8 Vale destacar as recentes alterações introduzidas no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro), que fomentam a precaução na interpretação das normas sobre gestão pública, levando em conta as dificuldades dos gestores quando da tomada de decisão. Nesse sentido, a regulamentação pelo Decreto federal nº 9.830/2019: “Art. 8º. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos, as dificuldades reais do agente público e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º. Na decisão sobre a regularidade de conduta ou a validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, serão consideradas as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente público”.

Oren Gross⁹, pensando em soluções legislativas, apresenta a ideia de “legislative accommodation” (modificação de leis existentes ou aprovação de legislação de emergência) como modelo estratégico para enquadrar o acionamento de poderes de emergência diante de situações como a vivenciada.

O novo desafio normativo, aliás, não é apenas apresentado ao Brasil. A busca por consensualismo para preservar a prestação dos serviços e a manutenção da saúde dos cidadãos deve orbitar na esfera de decisões do Poder Público, o que se mostra como fator inédito na interpretação de contratos de concessão.

Nesse sentido, destaca Pedro Costa Gonçalves¹⁰:

Da situação de emergência associada à epidemia da COVID-19 não emergiu um necessário “buraco negro legal”, resultante de o Estado se ver na obrigação de se conferir a si mesmo o poder de atuar “sem lei”, num vazio de legislação (“emptiness of law”). Bem pelo contrário, o que temos tido, por todo o lado e também em Portugal, é uma situação de facto que, desde o início, conduziu à estipulação de medidas idealizadas, refletidas e até cientificamente apoiadas, postas e publicadas como normas ou regras para aplicação à situação; aliás, normas que, em geral, se revelaram claras, precisas e determinadas, que, por isso mesmo, promoveram o que podemos designar por racionalização da emergência.

Os desafios apresentados devem, portanto, repensar e rearranjar regras e normas regulatórias (de fiscalização da qualidade dos serviços e tarifárias) dos serviços públicos de saneamento básico e devem equacionar e conciliar:

1) A saúde financeira dos prestadores de serviços públicos, que precisam de receitas para operar seus serviços, honrar seus compromissos e realizar os investimentos previstos em contrato e Plano Municipal de Saneamento; e

2) A necessidade de atendimento às populações carentes e vulneráveis que sofrem com limitações financeiras decorrentes da pandemia da COVID-19, bem como propiciar condições sanitárias mínimas para que todos possam ultrapassar a fase mais aguda da pandemia.

2.1 Situação excepcional que desafia todas as modelagens contratuais de saneamento

Ponto a ser destacado é que a pandemia afetou com grande severidade um segmento de serviço público que já é bastante deficitário e que ainda luta para a obtenção de recursos para a universalização. Os índices de atendimento para os serviços de água, esgotamento sanitário, coleta e destinação de resíduos sólidos e drenagem urbana ainda precisam avançar.

Como anteriormente destacado, muito ainda há de ser feito para que os números bastante desfavoráveis de atendimento no saneamento sejam alçados a patamares satisfatórios em determinadas regiões do Brasil.

A situação excepcional vivenciada desafia todas as modelagens jurídicas de prestação de serviços de saneamento, independentemente se operados pelo poder público ou pela iniciativa privada.

A falta de previsibilidade trouxe incertezas e inseguranças jurídicas para contratos de concessão plena (Lei federal nº 8.987/1995), que tiveram afetados: fluxo de caixa e previsão

9 Cf. GROSS, Oren. Chaos and rules: should responses to violent crises always be constitutional? *The Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, p.1064 e segs. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjl/vol112/iss5/8>. Acesso em: 02 set. 2020.

10 GONÇALVES, Pedro Costa. Abdicação parlamentar na emergência e continuação da abdicação na calamidade. In: *Observatório Alameda*, Lisboa - maio/2020. Disponível em: <https://observatorio.alameda.net/index.php/2020/05/21/abdicacao-parlamentar-na-emergencia-e-continuacao-da-abdicacao-na-calamidade/>. Acesso em: 10 set. 2020.

de receitas para os investimentos; contratos de parceria público-privada (Lei nº 11.079/2004), que não detêm clareza na definição de compartilhamento de riscos de tal natureza e contratos de programa (Lei nº 11.107/2005) que, operados por prestadores públicos, padecem dos mesmos problemas relatados para as concessões.

Melhor sorte não foi reservada para as operações diretas (departamentos municipais) ou indiretas (autarquias e empresas públicas) da administração pública local, já que muitas legislações locais orientaram pela proibição de corte de fornecimento em período de calamidade pública, elevando a preocupação dos operadores que possuem obrigações de investimentos com base no Plano Municipal de Saneamento Básico – PMSB e nas orientações das agências reguladoras infranacionais¹¹ de saneamento básico.

Diante do quadro impensado da pandemia e do vazio de regras, coube ao regulador, em sua missão institucional e legal¹², criar ambiente de padronização mínima e de orientação para que se pudesse criar uma metodologia adequada de atendimento à população.

Evidente que o dever de vigilância não ocorre somente na atenção ao usuário, razão pela qual ações emergenciais e pontuais devem ser tomadas para preservar a continuidade e a saúde financeira do prestador de serviços públicos.

Uma das estratégias mais adotadas foi a redução temporária de investimentos e a criação de soluções alternativas para a continuidade dos serviços, com vistas a mitigar eventual onerosidade excessiva¹³ do prestador. A hipótese parece bastante ajustada, pois não é legítimo obrigar a manutenção integral de obrigações de investimentos diante de cenário de perda de receitas (ainda que temporária).

2.2 Falta de clareza na definição normativa

A falta de clareza e de uniformidade na definição de normas trouxeram incremento de dificuldades ao processo de enfrentamento da pandemia no âmbito dos serviços públicos de água e esgoto.

Várias são as justificativas que podem ser acrescentadas ao ineditismo e à falta de previsibilidade para um evento pandêmico dessa natureza. A primeira delas é a fase ainda de consolidação e o caminho para a maturidade institucional que está sendo trilhado pela regulação infranacional¹⁴.

11 A nomenclatura infranacional tem sido adotada para designar as agências reguladoras que não foram criadas pela União. São as agências reguladoras de saneamento básico, que podem ser constituídas no âmbito do município (agências municipais), por união de municípios formando consórcios públicos (agências intermunicipais) ou no âmbito do Estado da Federação (agências estaduais). Essa particularidade na modelagem da agência decorre da titularidade municipal dos serviços públicos de saneamento básico e teve tratamento disciplinado pelo art. 31 do Decreto federal nº 7.217/2010. A tese da titularidade municipal dos serviços de saneamento básico resulta de interpretação do art. 30, inc. V, da Constituição Federal, segundo o qual: “Compete aos Municípios: [...] V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; [...]”

12 Cf. art. 23 da Lei federal nº 11.445/2007.

13 O tema da onerosidade excessiva é tratado no âmbito privado pelo art. 317 do Código Civil: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.” A Lei de Licitações, no art. 65, II, ‘d’, estabelece: “para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”. Para as hipóteses de delegação mediante contrato de concessão, o art. 9º da Lei nº 8.987/95 enxerga que existe a necessidade de reequilibrar os contratos de concessão quando: a) há a criação de encargos que provocam impacto na equação econômico-financeira (§ 3º) ou b) há uma alteração unilateral que afete o equilíbrio (§ 4º).

14 Destaca Juliana Bonacorsi de Palma: “É inigualável o tamanho da burocracia e a quantidade de funções públicas que o legislador a impõe, tanto que a função administrativa apenas é definível residualmente. Administrar não é aplicar a lei de ofício. Administrar é interpretar normas públicas para aplicação em casos concretos. Especialmente no caso brasileiro, em que as leis dirigidas à administração são pouco detalhistas e prenes de indeterminação jurídica, a interpretação é uma tarefa indissociável da implementação”. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 279, n. 2, maio/ago. 2020, p.227).

Como sabemos, as agências reguladoras infranacionais foram criadas com o intuito de profissionalizar o saneamento básico¹⁵ e definidas como componentes da política pública setorial somente no ano de 2007, com a edição da Lei Federal nº 11.445.

Muitas dúvidas afloraram com a Lei e vários reguladores somente foram criados ou passaram a atuar com maior envergadura a partir de 2010, com o Decreto federal nº 7.217, que regulamentou a Política Nacional de Saneamento Básico¹⁶.

Ora, como se vê, a lei setorial tem pouco mais de 10 anos e a sua regulamentação só foi implantada na última década. Sabemos dos desafios e obstáculos para implantação de uma política pública em âmbito nacional, já que muitas são as assimetrias sociais e econômicas, além dos percalços próprios de estruturação administrativa da Administração Pública.

Nesse sentido, a falta de uma regulação consolidada e com padrões uniformes de ações trouxe preocupações aos setores regulados.

Segundo ponto de destaque é o modelo constitucional que reconhece a competência (titularidade) dos serviços de saneamento básico aos Municípios, o que evidenciou a falta de racionalidade e as disputas por competências normativas entre União, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades reguladoras nos temas ligados à pandemia.

Na tentativa de minimizar a falta de racionalidade normativa, já que muitas foram as leis e decretos com conteúdo atrelado à prestação de serviços e cobrança para água e esgoto, a Lei Federal nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020 (Lei COVID), determinou a articulação normativa prévia com o regulador para tomada de decisões dessa natureza (art. 3º, §10).

Foram poucos os casos efetivos de articulação prévia com os reguladores e, diante da situação de excepcionalidade, muitos foram os decretos ou atos equivalentes que trataram de organização do serviço (horário de atendimento do prestador), redução de mobilidade para contenção da pandemia, mediante sanção premial¹⁷ (isenção de multa e alteração da data de vencimento), bem como alteração do regime de cobrança de serviços (alteração de vencimento das contas, isenção para categorias e suspensão de reajustes), sendo que essas últimas providências serão, a posteriori, quantificadas e equacionadas pelo ente regulador.

2.3 Fragilidade de conteúdo dos contratos

Os contratos administrativos firmados para a prestação de serviços de saneamento básico, em especial os contratos de concessão e de programa, sempre foram bastante frágeis e rasos para a previsão de fatos evidenciados como pandemias, como é o caso da COVID-19.

15 Destaca Floriano Azevedo Marque Neto: “Dentre todos os setores de infraestrutura que envolvam indústrias de rede e serviços de universalização obrigatória, o saneamento é um dos mais complexos do ponto de vista regulatório. É que nele vemos características típicas de uma atividade passível de exploração econômica (como é o tratamento de efluentes industriais), um núcleo caracterizador de um serviço público, e, ainda, uma infinidade de interfaces com políticas públicas específicas (saúde, ambiental, recursos hídricos, urbanismo). Tudo isso sem falar na interminável disputa em torno da titularidade do serviço”. (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A regulação no setor de saneamento. In: CORDEIRO, Berenice de Souza (Coord.). *Lei Nacional de Saneamento Básico: perspectivas para as políticas e gestão dos serviços públicos*, vol. 1, Brasília: Editora, 2009, p. 175).

16 As agências reguladoras somente passam a integrar a realidade brasileira na década de 1990, com o programa de privatizações do Governo Federal. O modelo que se mostrava bastante inovador já era muito utilizado por outros países, como destaca Pedro Filipe Gonçalves da Rocha: “Se, no panorama europeu, as autoridades reguladoras começaram a surgir apenas no pós-guerra, a sua origem remonta a muito antes, com a aprovação, pelo Governo Federal dos Estados Unidos da América do *Interstate Commerce Act*, em 1887, e com a instituição da *Interstate Commerce Commission*, que reunia importantes poderes no domínio ferroviário. Coube a Thatcher a importação, para o panorama europeu, da experiência regulatória estadunidense. Daí, o fenômeno da regulação por autoridades reguladoras difundiu-se por toda a Europa, nomeadamente visando a abertura dos mercados”. (ROCHA, Pedro Filipe Gonçalves da. *Autoridades reguladoras independentes: entre a legitimação democrática e a legitimação procedimental*. Coimbra: CEDIPRE Online nº 38, abr. 2020, p. 4. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_38.pdf. Acesso em: 09 set. 2020).

17 Destaca Sílvio de Salvo Venosa: “Quando o ordenamento desejar estimular certos comportamentos sociais, incentiva determinadas condutas, estas assim denominadas sanções premiaias, prevendo que determinada ação ou omissão seja estimulada de alguma forma. Assim, é possível concluir que as sanções punitivas são os castigos, e as positivas são as premiaias. As sanções punitivas decorrem da violação da norma, enquanto que as sanções premiaias ou compensatórias decorrem de ações positivas benéficas para a sociedade”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. Sanção premial. *Portal Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/298207/sancao-premial>. Acesso em: 10 ago. 2020).

A definição da partilha de riscos sempre foi uma crítica apontada à Lei Geral de Concessões¹⁸, que tem delimitação insuficiente. A previsão expressa, e com detalhamento para a existência de matriz de riscos específica, surge somente na Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei federal nº 11.079/2004).

Diante desse cenário de incertezas jurídicas, foi instalada a controvérsia sobre a distribuição dos riscos por conta dos efeitos (de receita e de despesas) decorrentes da pandemia. Teses defendem o risco integral da Administração Pública, por fato do príncipe ou de força maior; outros defendem o compartilhamento de ônus em virtude da ausência de causa por parte do Poder Público.

Não são raras as opiniões que vociferam contra os contratos, alegando que são mal dimensionados ou que apresentam falha na concepção, o que não pode ser tomado como uma verdade absoluta.

Há de se frisar que os contratos de concessão de serviços públicos, por sua grande parcela de investimentos e infraestrutura, são de longa duração e com grande complexidade, o que gera uma característica natural de incompletude. É absolutamente impossível prever em um único instrumento contratual todas as hipóteses de acontecimentos passíveis de serem enfrentados em duas ou três décadas.

A teoria da incompletude dos contratos pressupõe que estruturação é sempre de longo prazo, o que torna fundamental o reconhecimento da sua natural incompletude e, por conseguinte, da necessidade de mecanismos que confirmem flexibilidade às partes para adaptação às novas realidades. Quanto mais incompleto, mais naturalmente mutável será o contrato, o que coloca em causa, por se tratar de contrato submetido ao Direito Público, a contraposição de limites e valores como a concorrência, que tornam mais complexa a sua adaptabilidade¹⁹.

As lacunas do contrato, principalmente quando tratam de partilha de riscos, trazem para o regulador a árdua tarefa de mediar conflitos e instaurar procedimentos que podem levar a grandes discussões regulatórias ou até mesmo judiciais, o que aponta, infelizmente, como um dos caminhos futuros para a responsabilização pelas perdas econômicas decorrentes da pandemia da COVID-19. Como bem destaca Flávio Amaral Garcia²⁰:

A incompletude contratual e a construção de soluções participativas, negociadas e dialógicas, conta, nos setores duplamente regulados, com o papel fundamental da Agência que tem, entre outras, a missão de manter o equilíbrio sistêmico de todos os interesses que estão em jogo e que transcendem apenas àqueles afetos as partes no contrato. Daí se cogitar de uma função integrativa que, a partir do método da ponderação, contribua para a evolução dinâmica do marco regulatório traçado no contrato, com a sua releitura como fruto de novas circunstâncias e contingências que surjam no decorrer da sua execução.

2.4 Ausência de cláusulas contratuais com formas alternativas de resolução de conflitos

Aliado aos desafios dos contratos incompletos, que pedirão forte atuação do ente regulador na integração das normas e interpretação dos instrumentos contratuais, temos

18 A grande controvérsia sobre a divisão de riscos decorre da equivocada redação da Lei federal nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões), pois o art. 2º, III, atribuiu ao concessionário um conjunto de riscos ao cravar a expressão “por sua conta e risco”, dando-se a entender que todo risco oriundo do contrato seria de exclusiva responsabilidade do concessionário desde a assunção da delegação dos serviços públicos. (OLIVEIRA, Carlos Roberto de. *Contratos de concessão e terceirização: tensões entre o público e o privado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p.81).

19 GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago., 2014, p. 79.

20 GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n.5, p. 59-83, mar./ago., 2014, p.80.

um histórico bastante consistente – principalmente nos contratos antigos –, de ausência de cláusulas contratuais com formas alternativas de resolução de conflitos.

A regulação setorial do saneamento básico trouxe para a agência reguladora uma tarefa relevante para a resolução de conflitos entre prestador e poder concedente, em especial por sua função de regular e fiscalizar o contrato. Entretanto, havendo discordância dessa mediação ou insatisfação das partes, é possível que outras arenas e avaliações possam ser acionadas, notadamente a arbitragem.

O procedimento arbitral conquistou recentemente a simpatia dos contratantes por conta da especialidade que reveste a atuação do árbitro (em detrimento das incertezas do Poder Judiciário diante de casos extremamente complexos), além da possibilidade de maior agilidade no deslinde da controvérsia.

Ocorre que os contratos mais antigos simplesmente não possuem cláusulas para a arbitragem e mediação e os mais recentes contam com cláusulas vazias²¹, o que dificulta o processo de busca por soluções otimizadas e mais céleres que o Judiciário diante da existência de conflitos.

Dessa forma, emerge a relevância do regulador na busca por soluções consensadas e ponderadas na distribuição dos riscos decorrentes das perdas oriundas da pandemia da COVID-19, não só pela incompletude dos contratos no tocante à matriz de riscos, mas também pela ausência ou deficiência de cláusulas de soluções alternativas.

A remessa de tais debates ao Poder Judiciário não se mostra adequada por vários fatores, principalmente: 1) ausência de conhecimentos técnicos sobre os serviços regulados (especialidade); 2) os crônicos e notórios problemas de morosidade (que não podem refletir em serviços contínuos); e 3) o papel de articulador especialmente conferido ao ente regulador.

3 POSIÇÃO DO REGULADOR DIANTE DA PANDEMIA

Diante das dificuldades elencadas, que impuseram desafios ao setor de saneamento básico, não só pela falta de regras claras nos contratos, mas também pela necessidade de assegurar aos usuários a continuidade da prestação dos serviços em cenário de severos impactos sociais e econômicos, o regulador foi chamado a se manifestar.

Algumas ações propositivas foram traçadas, sendo a primeira a postura colaborativa do regulador. Evitar ambiente de hiper-regulamentação e assumir o papel de ouvinte otimizam o entendimento dos problemas e trazem clareza para compreensão das soluções tomadas pelos prestadores para assegurar a continuidade dos serviços. Nesse sentido, as recomendações da ABAR²²:

Levando em consideração a regulação infranacional, visando garantir a continuidade da prestação dos serviços de água e esgoto na fase crítica da crise, tem-se como macro diretriz que o regulador deve assumir postura colaborativa, compreendendo as dificuldades do momento e o nível de informações reportadas pelos regulados (art. 20 e 24 da Lei de Introdução às Normas do direito Brasileiro (LINB)).

21 Na cláusula incompleta, ou vazia, as partes precisam de consenso para iniciar a arbitragem, pois os elementos essenciais de validade não estão explícitos, como o número de árbitros ou sua forma de escolha, o lugar da arbitragem, entre outros. Não havendo convergência quanto aos elementos incompletos, somente resta à parte buscar o Poder Judiciário para que seja suprido o vazio.

22 Cf. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR. *Diretrizes ABAR: 20 recomendações regulatórias diante da pandemia – água e esgoto*, Brasília: ABAR, 2020, p.4.

Outra ação foi o intercâmbio constante de informações e levantamento de dados, com o especial propósito de mensurar os impactos decorrentes da pandemia e diminuir assimetrias de informações.

Pautou-se, também, o problema da onerosidade excessiva. Como os prestadores apresentam queda considerável nas receitas e não conseguem fazer frente aos investimentos inicialmente pactuados, foram propostas revisões das metas impostas pelo regulador, do cronograma de investimentos do contrato e das não-conformidades apontadas na prestação dos serviços.

Para atendimento às necessidades básicas dos usuários, foram sugeridas medidas que suspendem cortes, prorrogam vencimentos de contas e outros incentivos concedidos por ato do titular para garantir o isolamento social sem prejuízo dos serviços.

São incentivadas as trocas de correspondências e documentos para comprovação das dificuldades dos prestadores em momento de epidemia, para que não haja dúvidas sobre o mérito de pleitos futuros, nos termos do art. 22 da LINDB²³, que pondera os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, bem como as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente (princípio da precaução e nível de informações disponíveis à época dos fatos).

Diante desse cenário e respeitando o poder normativo de cada agência reguladora infranacional, a Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR editou, em caráter voluntário²⁴, recomendações para suporte aos reguladores.

Evidente que as diretrizes balizadoras tem a finalidade de sugerir ações positivas de uniformização, o que não exclui a liberdade de atuação empresarial dos prestadores para a busca de soluções gestadas pelo próprio serviço, notadamente após a edição da Lei de Liberdade Econômica²⁵.

4 MODELAGEM PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR²⁶

Dentre as recomendações de caráter voluntário que foram emitidas pela ABAR, destacamos três blocos temáticos: i) jurídicos e institucionais; ii) operacionais; e iii) econômico-financeiros.

23 Nesse sentido, conferir: PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago., 2020.

24 Com a sanção da Lei federal nº 14.026/2020, passamos a ter a delegação de competências para edição de normas de referência por parte da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA, sendo que a não adoção das normas de referência impede o acesso dos prestadores de serviços a recursos orçamentários da União ou a financiamento com entidades federais.

25 Nesse sentido, a Lei de Liberdade Econômica (Lei federal nº 13.874/2019), ao evidenciar hipóteses de abuso do poder regulatório: “Art. 4º. É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: I - criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; III - exigir especificação técnica que não seja necessária para atingir o fim desejado; IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios; VI - criar demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional, inclusive de uso de cartórios, registros ou cadastros; VII - introduzir limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas; VIII - restringir o uso e o exercício da publicidade e propaganda sobre um setor econômico, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei federal; e IX - exigir, sob o pretexto de inscrição tributária, requerimentos de outra natureza de maneira a mitigar os efeitos do inciso I do caput do art. 3º desta Lei.

26 Destaca-se que as 20 ações aqui apresentadas configuram recomendações às Agências Reguladoras do país, reforçando a necessária articulação entre Regulador, Poder Concedente, Prestadoras e Usuários, dentro de um ambiente de Governança Regulatória dotado de segurança jurídica, considerando-se as especificidades de cada prestadora e de seus respectivos contratos e/ou forma de constituição/atuação. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO – ABAR. *Diretrizes ABAR: 20 recomendações regulatórias diante da pandemia – água e esgoto*, Brasília: ABAR, 2020, p.9).

4.1 Aspectos jurídicos e institucionais

Recomendação nº 1. Ações recomendadas quando a prestação de serviços de água e esgoto é realizada mediante contrato.

Em se tratando de hipótese de prestação de serviços mediante contrato (concessão plena, contrato de programa e parceria público-privada), cientes da ausência de regras específicas e claras acerca de eventos como a pandemia – o que é próprio de contratos de longo prazo, que não conseguem capturar todos os cenários possíveis de imprevisão (incompletude dos contratos), recomenda-se ao regulador:

- Acionar junto aos regulados o dever de informar, minimizando, assim, as assimetrias de informações que possam existir em eventual revisão ou repactuação de investimentos ou cláusulas do contrato;
- Analisar a matriz de riscos do contrato, quando existente, e avaliar a distribuição de responsabilidades diante de eventos imprevistos, como os relacionados à pandemia;
- Verificar a existência de cláusula de solução negociada (autocompositiva) de mediação, para consulta às partes sobre eventual interesse em acordo de consensualidade (intermediado pelo regulador), em busca de configuração da partilha de riscos (quando inexistente ou incompleta no contrato);
- Verificar a existência de seguro contratual para a cobertura de danos decorrentes de caso fortuito ou de força maior (redução de receita, por exemplo);
- Levantar informações sobre Termos de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público e avaliar potenciais impactos na prestação dos serviços; e
- Reavaliar prazos processuais, Termos de Ajustamento de Conduta assinados com a Agência e aplicação de sanções pelo regulador, na busca de soluções alternativas em casos que não afetem a continuidade e a qualidade dos serviços de água e esgoto.

Recomendação nº 2. Ações recomendadas quando não há contrato para prestação de serviços de água e esgoto.

Em se tratando de hipótese de prestação de serviços sem contrato, quer seja em razão da ausência de contrato de programa ou por prestação por entidade de Administração Direta (Departamentos) ou Indireta (Autarquia) dos Municípios, recomenda-se à Agência:

- Procedimentalizar, por meio de Resolução ou Deliberação, a relação jurídico-regulatória entre regulador e regulado em situação de pandemia, impondo-se ao ente regulado o dever de informar sobre receitas, isenções e prorrogações de pagamentos, bem como ações emergenciais tomadas que possam impactar na tarifa;
- Orientar, em ação coordenada com os titulares dos serviços, a emissão de qualquer ato administrativo que impacte na prestação de serviços regulados, como: proibição de corte, suspensão de pagamentos, isenções para tarifas sociais, entre outros;
- Levantar informações sobre Termos de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público e avaliar potenciais impactos na prestação dos serviços; e
- Reavaliar prazos processuais, Termos de Ajustamento de Conduta assinados com a Agência e aplicação de sanções pelo regulador, na busca de soluções alternativas em casos que não afetem a continuidade e a qualidade dos serviços de água e esgoto.

Recomendação nº 3. População vulnerável.

Passada a etapa mais crítica da pandemia, recomenda-se às Agências a organização de uma base de informações acerca de áreas vulneráveis e assentamentos irregulares, em geral, não cobertas por ações das prestadoras de serviços nos contratos e planos municipais de saneamento básico. O objetivo é prover subsídios para que o Poder Concedente estabeleça políticas públicas para a prestação de serviços formais a essa população, em parceria com as prestadoras de serviços e outros entes públicos. Ademais, cabe ainda estabelecer procedimento de atualização da base de dados dos usuários beneficiados pelas tarifas sociais.

4.2 Aspectos operacionais

Para o enfrentamento de emergências de saúde pública, além das ações de proteção individual para os trabalhadores do setor, recomenda-se que sejam adotadas as seguintes ações técnicas e operacionais, bem como a realização de investimentos que visem minimizar os impactos para o usuário e para a prestadora de serviços de água e esgoto.

Recomendação nº 4. Suspensão temporária dos cortes por inadimplência.

É recomendável que as Agências Reguladoras, quando for o caso, regulamentem a suspensão temporária dos cortes de fornecimento de água, em especial de usuários das categorias sociais e de serviços essenciais. Além disso, que solicitem às prestadoras reguladas, em prazo a ser estipulado pela Agência, levantamento dessas ocorrências e a apresentação de propostas contendo critérios que balizem a religação de usuários que tiveram o fornecimento de água cortado, visando minimizar tanto os impactos sociais como os impactos financeiros para os outros usuários e para a prestadora;

Recomendação nº 5. Calendário para retomada dos cortes por inadimplência.

As Agências podem estabelecer, em conjunto com as prestadoras reguladas, um calendário planejado da retomada do corte por inadimplência para momento oportuno, com possibilidade de renegociação e parcelamento de débitos, considerando a retomada gradual da economia e a fragilidade financeira de uma parcela dos usuários. É fundamental que seja dada publicidade ao calendário, bem como aos critérios de renegociação e parcelamento de débitos;

Recomendação nº 6. Canais de atendimento adequados aos usuários.

Considerado o estado de calamidade pública por conta da pandemia da COVID-19, muitos dos serviços presenciais foram suspensos. Nesse sentido, é recomendável que as Agências Reguladoras atuem junto às prestadoras, avaliando e monitorando a disponibilidade e efetividade de canais alternativos de atendimento aos usuários, em especial para registros de reclamações sobre a qualidade e a falta de água, bem como problemas de cadastro na tarifa social. Além disso, recomenda-se às Agências o estabelecimento de canais alternativos de comunicação que orientem os usuários quanto às formas de contato com as prestadoras;

Recomendação nº 7. Fiscalizações de campo.

A recomendação é que as Agências avaliem a possibilidade de suspender temporariamente as fiscalizações de campo que não estejam diretamente ligadas a garantir a continuidade e a qualidade do fornecimento de água, priorizando a atuação em regiões mais vulneráveis e com registros de intermitências. No serviço de esgotamento sanitário, recomenda-se que as Agências solicitem das prestadoras informações acerca dos procedimentos adicionais de segurança que estão sendo adotados pelas equipes de manutenção e operação, haja vista a possibilidade de a COVID-19 ser transmissível pelo esgoto. Excetuam-se casos emergenciais, em que a presença da Agência Reguladora é indispensável;

Recomendação nº 8. Fiscalizações remotas/indiretas.

As fiscalizações podem seguir de maneira remota, por meio de monitoramento e avaliação de indicadores, e de acompanhamento de informações de incidentes, interrupções programadas e reclamações de usuários. É importante que sejam monitorados, em especial, os registros de reclamações de falta de água ou redução de pressão, com o menor intervalo de tempo possível, para identificação tempestiva de problemas sistêmicos de abastecimento de água;

Recomendação nº 9. Ações de contingência/emergência.

É importante que as Agências Reguladoras acompanhem as ações de contingência/emergência planejadas pelas prestadoras, de forma a garantir o abastecimento de usuários das categorias sociais e de serviços essenciais, nos casos em que essas se fizerem necessárias;

Recomendação nº 10. Prazos de regularização de não conformidades.

Visando otimizar as ações de equipes operacionais das prestadoras, recomenda-se que as Agências Reguladoras avaliem a possibilidade de suspensão temporária de prazos para a regularização de não conformidades de menor impacto aos serviços, e que não estejam diretamente relacionadas à qualidade da água e/ou que possam gerar danos ao meio ambiente. Oportunamente, podem estabelecer um cronograma para repactuação dos prazos de regularização, de acordo com o cenário local;

Recomendação nº 11. Planos de investimentos.

A partir de uma análise da gravidade dos impactos no fluxo de caixa das prestadoras, na disponibilidade de recursos para financiamento, nas questões sanitárias e trabalhistas para a retomada das obras e outras, sugere-se que seja avaliada, em conjunto com prestadoras e municípios e/ou estados, a suspensão ou postergação de alguns investimentos, levando-se em conta o previsto nos planos municipais de saneamento básico. Em casos extremos, em que essa medida contribua para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das prestadoras e cause menor impacto aos usuários, sugere-se a repactuação formal de metas e de planos de investimentos, visando dar maior segurança jurídica aos atores envolvidos na prestação de serviço. É importante atentar para possíveis impactos no processo de universalização dos serviços;

Recomendação nº 12. Prazos de atendimento de serviços acessórios.

Sugere-se que as Agências Reguladoras avaliem, em conjunto com as prestadoras reguladas, a possibilidade de flexibilização temporária dos prazos de atendimento de serviços acessórios (fornecimento de diretrizes, reposição de pavimentos, emissão de certificados, entre outros) e que não estejam diretamente relacionados à qualidade, continuidade e universalização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. O período e o nível da flexibilização devem ser avaliados de acordo com o cenário local;

Recomendação nº 13. Leitura de hidrômetros.

Sugere-se que as Agências Reguladoras avaliem, em conjunto com as prestadoras reguladas, a possibilidade de flexibilização do faturamento, permitindo a utilização da média de medições anteriores e/ou a alteração do período de leitura, considerando as restrições locais e o risco de contaminação dos funcionários que exercem tal atividade de leitura. No caso de adoção da autoleitura, garantir que os canais de atendimento operem de maneira adequada; e

Recomendação nº 14. Aprimoramento dos planos de contingência/emergência.

Considerando as lições aprendidas por conta da crise causada pela COVID-19, recomenda-se às Agências Reguladoras a revisão de normativos afetos ao tema, notadamente, medidas de contingência e de emergência, utilizando a crise como catalisador de melhorias e inovações para o aumento da resiliência do setor de saneamento.

4.3 Aspectos econômico-financeiros

Em decorrência da pandemia, instaurou-se uma crise econômica no país. Os parágrafos seguintes apresentam diretrizes que objetivam mitigar os impactos aos usuários e garantir a sustentabilidade econômico-financeira das prestadoras de serviços de água e esgoto.

Recomendação nº 15. Processos tarifários.

No contexto da pandemia, recomenda-se avaliar a pertinência de suspensão temporária das revisões e reajustes tarifários. Os usuários, em geral, enfrentam considerável redução de renda e conseqüente perda do poder de compra. Essa medida visa reduzir o comprometimento da renda das famílias nesse momento crítico. Entretanto, é essencial que haja mensuração dessas perdas e compensação futura para as prestadoras de serviços;

Recomendação nº 16. Inadimplência.

Estabelecer regramentos para endereçar o possível crescimento da inadimplência, especialmente em função de medidas de limitação nos cortes por ausência de pagamento. Recomenda-se a realização de estudos sobre alterações nos parâmetros de inadimplência, bem como a adoção de medidas que garantam, no mínimo, o parcelamento de débitos acumulados durante a pandemia;

Recomendação nº 17. Tarifa Social.

É necessário resguardar a saúde e a segurança dos usuários, especialmente daqueles em situação de vulnerabilidade social, promovendo medidas de negociação de multas e juros por atraso de pagamento. Adicionalmente, recomenda-se fornecer a esses usuários condições adequadas de renegociação de débitos, bem como fomentar a criação de canais virtuais para cadastramento na Tarifa Social, uma vez que a limitação de atendimento presencial tem sido uma constante nesse período de isolamento;

Recomendação nº 18. Monitoramento de indicadores e informações.

É de suma importância o monitoramento de informações e indicadores que permitam uma correta mensuração dos efeitos da pandemia. É recomendável que a frequência de apuração desses dados seja mensal e que observe, no mínimo, questões relacionadas a faturamento, arrecadação, liquidez, endividamento e inadimplência;

Recomendação nº 19. Impactos sobre fluxo de caixa.

Recomenda-se a solicitação às prestadoras reguladas de uma avaliação dos impactos em seus fluxos de caixa decorrentes das medidas de suspensão de corte e de isenções ou postergações de cobranças aos usuários. Devem ser observadas também outras ações que impactam o fluxo de caixa das prestadoras de serviços, tais como renegociações de empréstimos, reavaliação de investimentos, cumprimento e revisão de *covenants*; e

Recomendação nº 20. Equilíbrio econômico-financeiro.

Os reguladores devem procurar manter o equilíbrio econômico-financeiro das prestadoras e, simultaneamente, reduzir o impacto aos usuários. Para isso, deve ser avaliada, conforme a situação e disponibilidade de caixa dos regulados, a possibilidade de que os impactos da pandemia sejam compensados de forma fracionada no tempo. Além disso, pode-se avaliar, em conjunto com os diferentes poderes, formas alternativas para buscar o reequilíbrio, tais como o acesso a recursos de orçamento geral e eventuais prorrogações contratuais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho pretendeu mostrar, em breves linhas, os impactos provocados pela pandemia da COVID-19 nos serviços de saneamento básico, notadamente para o abastecimento de água e esgotamento sanitário e as estratégias regulatórias adotadas para o enfrentamento da crise.

Ao ente regulador infranacional, coube a missão de adotar postura colaborativa para apoiar os prestadores na tarefa de conciliar a manutenção dos serviços em condições adequadas, mesmo diante de restrições sanitárias, dificuldades operacionais e queda de arrecadação.

Dentre os comandos normativos mais comuns, estão: i) a proibição de interrupção no fornecimento de água, mesmo em situações de inadimplência; ii) a gratuidade do serviço para os usuários beneficiários da tarifa social; iii) o abastecimento, mesmo que de forma alternativa, às populações que ainda não têm acesso aos serviços; iv) a proibição de cobrança de multas e juros sobre contas que não forem pagas; v) a postergação/diferimento de reajustes e revisões tarifárias; e vi) a obrigatoriedade de utilização de equipamentos de

proteção individual (EPIs) específicos.

Em termos contratuais e de modelagem econômica, o cenário da pandemia desafia a clássica formatação dos contratos administrativos de concessão e de programa. A falta de mecanismos legais para o adequado enfrentamento das novas medidas esperadas – tanto no campo das adaptações técnicas para manutenção dos serviços, quanto na perspectiva tarifária para a viabilidade do negócio –, gera expectativas e insegurança jurídica.

Nesse sentido, com o intuito de agregar um padrão mínimo de segurança jurídica e de previsibilidade, a Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, respeitando o poder normativo inerente a cada agência reguladora infranacional, em caráter voluntário, editou recomendações para suporte aos reguladores.

As diretrizes balizadoras são apenas orientações e têm a finalidade de sugerir ações positivas de uniformização, e não excluem a liberdade empresarial e a gestão do negócio por parte dos prestadores na busca por soluções otimizadoras dos serviços.

As vinte recomendações emitidas abrangem aspectos jurídicos e institucionais, questões operacionais relevantes e aspectos econômico-financeiros.

O documento da Associação enfrenta com rigor os seguintes pontos: 1) desafios para a prestação de serviços públicos de saneamento básico diante da COVID-19 (dificuldades operacionais e alterações de protocolos para redução de riscos de contaminações); 2) a situação excepcional que desafia todas as modelagens contratuais de saneamento, tanto na prestação direta, quanto nos serviços delegados mediante concessão; 3) a falta de clareza na definição das normas diante da imprevisibilidade que caracteriza a pandemia, bem como as fragilidades de conteúdo dos contratos de concessão; 4) a ausência de cláusulas contratuais de autocomposição; 5) dificuldades de posicionamento do ente regulador diante do impensado cenário de pandemia; e 6) a solução jurídica proposta, por ato voluntário, através de vinte recomendações da ABAR.

Questões de maior complexidade, que envolvam reequilíbrio de tarifas, revisão de cronograma de obras e investimentos, eventual discussão sobre matriz de riscos e o devido compartilhamento de responsabilidades, serão pensadas após a fase aguda da crise, momento em que haverá espaço para rodadas de negociações consensuais – sempre com a mediação preponderante da agência reguladora –, buscando adaptar os padrões da prestação de serviços ao “novo normal”.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO. *Diretrizes ABAR: 20 recomendações regulatórias diante da pandemia – água e esgoto*, Brasília: ABAR, 2020.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. *Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2018*. Disponível em: <http://www.snis.gov.br/diagnostico-anual-agua-e-esgotos/diagnostico-dos-servicos-de-agua-e-esgotos-2018>. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657/1942, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. *Decreto federal nº 7.217/2010, de 21 de junho de 2010*. Regulamenta a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. *Decreto federal nº 9.830/2019, de 10 de junho de 2019*. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 11.107/2005, de 6 de abril de 2005*. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 11.445/2007, de 5 de janeiro de 2007*. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 13.874/2019, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13874.htm. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020*. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. *Lei federal nº 14.026/2020, de 15 de julho de 2020*. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000 [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#art6. Acesso em: 08 set. 2020.

GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 59-83, mar./ago., 2014.

GONÇALVES, Pedro Costa. Abdicação parlamentar na emergência e continuação da abdicação na calamidade. In: *Observatório Alameda*, Lisboa – maio/2020. Disponível em: <https://observatorio.alameda.net/index.php/2020/05/21/abdicacao-parlamentar-na-emergencia-e-continuacao-da-abdicacao-na-calamidade/>. Acesso em: 10 set. 2020.

GROSS, Oren. Chaos and rules: should responses to violent crises always be constitutional? *The Yale Law Journal*, vol. 112, 2003, p. 1064 e segs. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol112/iss5/8>. Acesso em: 02 set. 2020.

LOPES, Shirley Alonso Rodrigues Silverio; PEGORETTI JÚNIOR, Carlos Roberto. *Da autonomia municipal*. Disponível em: <https://www.semanaacademica.org.br/system/files/artigos/meu4oartigo.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

MAÇÃS, Maria Fernanda. O controlo jurisdicional das autoridades reguladoras independentes, Coimbra: *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 58, jul./ago., 2006.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A regulação no setor de saneamento. In: CORDEIRO, Berenice de Souza (Coord.). *Lei Nacional de Saneamento Básico: perspectivas para as políticas e gestão dos serviços públicos*, vol. 1, Brasília: Editora, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. *Contratos de concessão e terceirização: tensões entre o público e o privado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 279, n. 2, p. 209-249, maio/ago., 2020.

ROCHA, Pedro Filipe Gonçalves da. *Autoridades reguladoras independentes: entre a legitimação democrática e a legitimação procedimental*. Coimbra: CEDIPRE Online nº 38, abr. 2020, p.4. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/cedipre/wp-content/uploads/pdfs/co/public_38.pdf. Acesso em: 09 set. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Sanção premial. *Portal Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/298207/sancao-premial>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Recebido em: 11.09.2020

Aprovado em: 21.12.2020

Como citar este artigo (ABNT):

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. Prestação de serviços públicos de saneamento básico, regulação e os impactos da pandemia da covid-19. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.42, p.197-213, set./dez. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-12.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.