

NOTA TÉCNICA AGIR/DG Nº 001/2020

ORIENTA E ESTIPULA AS CONDIÇÕES TÉCNICAS SOBRE OS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO, PARCELAMENTOS E VENCIMENTOS DOS REAJUSTES, REVISÕES E OUTROS ATOS QUE VIEREM A SER ADOTADOS EM RAZÃO DO ESTADO DE CALAMIDADE NACIONAL E EMERGENCIAL, A NÍVEL ESTADUAL E MUNICIPAL IMPOSTOS POR FORÇA DO COVID-19.

HEINRICH LUIZ PASOLD, Diretor Geral da Agência Intermunicipal de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos Municipais do Médio Vale do Itajaí – AGIR, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo Decreto nº 067/2020, observadas as disposições do Novo Protocolo de Intenções da AGIR, em especial o artigo 4º do Decreto nº 072/2020 da AGIR, e

Considerando O Decreto nº 515, de 17 de março de 2020, e nº 525, de 23 de março de 2020, do Governo do Estado de Santa Catarina, onde fica declarada Situação de Emergência em todo o território catarinense, para fins de prevenção e enfrentamento à epidemia da COVID-19;

Considerando O Decreto nº 525, de 23 de março de 2020, do Governo do Estado de Santa Catarina, o qual dispõe sobre novas medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional;

Considerando que as determinações legais editadas pelas autoridades federais, estaduais e municipais, nem sempre observam as devidas competências constitucionais;

Considerando que também é objetivo da AGIR prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência, nos termos do item II da Cláusula Sétima do Protocolo de Intenções, devidamente ratificado pelos entes consorciados;

Considerando o Decreto nº 074/2020 da AGIR, que suspende por 60 (sessenta) dias os serviços de corte no fornecimento de água, nos Municípios Consorciados, e

Considerando a Resolução nº 151/2020 da AGIR, que estabelece orientações gerais para ações e tomadas de gestão dos Municípios e prestadores de serviços regulados da Agência Intermunicipal de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos Municipais do Médio Vale do Itajaí – AGIR para medidas temporárias à prevenção e enfrentamento do novo coronavírus (COVID-19) entende necessário editar a presente Nota Técnica.

1. OBJETIVO

A presente Nota Técnica vem trazer aos regulados sob a competência desta Agência, os pleitos encaminhados no sentido de atenuar os impactos econômicos financeiros que poderão se estender aos usuários, de modo geral, e assim, possibilitar medidas e ações mitigatórias, sem, contudo, causar desequilíbrios que pode, em futuro próximo, prejudicar em demasia toda a sociedade.

2. O PODER/DEVER LEGAL DA REGULAÇÃO NO SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO

Com a edição da Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007 e suas alterações, que fixa de forma clara, as diretrizes para o Saneamento Básico Nacional, a qual restou regulamentada através do Decreto Federal nº 7.217 de 21 de junho de 2010, que em seu artigo 11, inciso III, estabelece as condições de validade dos contratos e demais institutos legais que cuidam do Saneamento Básico, e dentre estas diretrizes legais, as normas de regulação, determinado estas sejam executadas por uma entidade pública independente, se convencionou chamar de Agência Reguladora.

Estes entes públicos, dentro do espectro legal, poderão ter sua constituição e competência a nível federal, estadual, regional ou municipal, cuja criação deverá ocorrer em estrita observância às regras constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis, e que já não comportam discussões em razão da consolidação dos conceitos, doutrinas e jurisprudência.

A legislação nacional, acima mencionada, mais precisamente em seu artigo 22, aponta quais os objetivos a serem perseguidos pela regulação, privativamente:

I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários;

II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas;

III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência;

IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.

Por outro lado, todas essas ações regulatórias, devem obrigatoriamente prever as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro desta prestação de serviços e dos

contratos firmados, tudo em observância aos princípios da eficácia e eficiência que regem os atos administrativos, razão pela qual dever ser observado o seguinte:

- a) O sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas;
- b) A sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas;
- c) A política de Subsídios.

Afora as razões supra, também é deveras importante frisar que os demais elementos legais da gestão pública não podem ser olvidados, como as limitações impostas pela LRF (Lei Complementar nº 101/2000) e outros normativos legais aplicáveis, que até poderão sofrer modificações e mitigações para adequar-se ao momento atual.

Neste viés, a AGIR – Agência Intermunicipal de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos Municipais do Médio Vale do Itajaí, foi regularmente constituída em forma de Consórcio Público, nos termos da Lei Federal nº 11.107, de 06 de abril de 2005, foi reconhecida por todos os seus atuais Municípios Consorciados, através de Lei Municipal própria, e que culminou com o reconhecimento do Novo do Protocolo de Intenções, que foi publicado no DOM/SC, na Edição nº 2256 de 18 de maio de 2017 (quinta-feira); páginas 1019/1069, e de acordo com o artigo 21 e seguinte da Lei nº 11.445/2007.

Por força deste documento denominado Novo Protocolo de Intenções, a AGIR tem por finalidade fiscalizar, orientar e regular os serviços de saneamento básico e de transporte coletivo municipal, sendo que no âmbito de suas competências compete-lhe editar normas técnicas, econômicas e sociais, daqueles serviços concedidos por cada entre municipal, per si.

Em razão deste arcabouço legal, a proporcionalidade regulatória deve ser medida e exercida com cuidados extremos, sob pena de trazer às partes, ou apenas uma delas, medidas que irão comprometer a existência do ente ou penalizar os usuários com o ônus que não foi por estes provocados, mesmo em se considerando o enfrentamento e combate da Pandemia neste momento.

3. PRERROGATIVA DO TITULAR

As competências originárias derivadas pela Constituição Brasileira determinam que os municípios sejam entes federativos autônomos, e que possuem capacidades (limitadas) legislativas de modo a se organizar e editar normas, estas de validade local, observadas aqui, em especial, os limites delimitados pela delegação às Agências Reguladoras. Sempre, na verdade, dentro dos limites constitucionais.

Por outro lado, diante de quadros de anormalidades e de imprevisibilidades, como ora se apresenta, cabe sim, ao poder originário (leia-se o executivo municipal) observado às regras constitucionais, inclusive de ordem legislativa, tomar medidas de efeito imediato e às vezes até impositivas, que venham a minimizar impactos de toda ordem.

Estas medidas, contudo, devem ser balizadas por limitações temporais e espaciais, com a coerência mínima necessária e factível, de modo que não se ponha em risco o próprio cidadão e o estado, que é, em última análise, para bem ou para o mal, o maior provedor e executor, no atual desenho institucional em vigor.

Para assim agir, há necessidade de ser demonstrado o impacto, de modo claro, para a sociedade, e este impacto não pode ser apenas de ordem pessoal, mas coletivos e relacionados com os recursos humanos, materiais, financeiros e institucionais. O que no momento se vivencia é bem essa situação.

Alerta-se, contudo, que, diante de legislação vigente, para que o ente municipal ou seus órgãos diretos e ou indiretos assim procedam, existe a necessidade da declaração e validação do estado de emergência ou de calamidade pública, dentro das regras vigentes, que até a presente data no estado de Santa Catarina não restou alterada.

Por isso, conclui-se que, editados os decretos de emergência e/ou de calamidade pública, pode sim, o poder público ser utilizado como instrumento para uma reorganização temporária da prestação dos serviços e de outros comandos de gestão, respeitadas, evidentemente, os contratos naquilo que for aplicável.

Esta autonomia, conforme preleciona Hely Lopes Meirelles: “É mais que delegação; é faculdade política, reconhecida na própria constituição da República”. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. 6ª ed. at. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 81.

4. DOS PLEITOS EM ANÁLISE E AQUELES A SEREM APRECIADOS

Em sucinta apreciação, mas que abarca todos os pleitos, os prestadores dos serviços de água tratada para o uso do consumo humano, do esgotamento sanitário e de resíduos sólidos urbanos, de natureza doméstica, todos derivados do Saneamento Básico regulado, estão buscando, dentro do atual quadro da Pandemia do COVID-19, suavizar os impactos aos cidadãos.

Dentre as medidas solicitadas estão as prorrogações da aplicação dos reajustes já concedidos pela AGIR e, muito provavelmente, também aqueles que irão ocorrer nos próximos meses por força dos prazos contratuais e ou legais, dentre outros pedidos.

Em um primeiro momento, é possível verificar que algumas medidas necessitam de um estudo técnico mais detalhado, para evitar que a desproporcionalidade possa influenciar nas atividades fins precípuos, que são as do saneamento básico visando a sua universalização de acesso, disponibilidade, segurança quanto a qualidade e regularidade, eficiência e sustentabilidade econômica.

Desta feita, já restou definido através do Decreto nº 074/2020 da AGIR, publicado no DOM/SC, Edição nº 3092, de 26 de março de 2020, página 1050, que o corte de água ficará suspenso pelo prazo de 60 (sessenta) dias, em virtude da inadimplência, fato que por si só, em tese, já pode provocar um desequilíbrio na arrecadação, visto que é sabido que as empresas municipais têm pouco fôlego de caixa, cujas razões entende-se não ser possível tratar neste momento.

Essa situação, porém, não pode ser estendida como indefinidamente, e mais, deve sim haver um cuidado para que o não pagamento não se torne regra para beneficiar o mau pagador, cujo fato, após superada a transitoriedade desta pandemia, não venha a se tornar motivo de pedido de revisão, e com isso levar os reflexos aos usuários em geral.

Também é dever do regulador, evitar que ações tomadas em situações extremas venham a ser objeto de barganhas de qualquer tipo, por partes dos gestores públicos e, por isso, não basta que ocorra tão somente a postergação em si, tanto dos vencimentos das contas como também das postergações do início dos reajustes/revisões.

Não restam dúvidas que a situação é caracteriza como situação extraordinária (caso fortuito, força maior ou fato do príncipe) e danos são, ou serão provocados, e nos casos de concessão e até de contratos de programas, não há como, s.m.j. dizer que tais riscos devem ser assumidos pelo concessionário ou contratado.

Por isso, juntados os textos leis, como o artigo 65, II, da Lei nº 8.666/1993, o artigo 9º da Lei nº 8.987/1995, mais o artigo 3º, § 1º, da Lei 13.979/2020, a atual interferência estatal, induz ao direito à recomposição dos contratos e ou concessões. Não há porque perquirir, na atual situação, se tais atos estatais são legítimos e ou desproporcionais, como mencionam Cesar Pereira e Rafael Wallbach Schwind¹: “O direito ao reequilíbrio derivados de atos estatais, independe de sua ilegitimidade ou ilicitude...”

Diante deste quadro, a AGIR recomenda as seguintes medidas e ações:

- Que os serviços de leituras e faturamento sejam mantidos, ou em sua impossibilidade, a cobrança por média, nos termos da legislação própria;

¹ Pandemia de COVID-19 e o Equilíbrio Econômico-Financeiro das Concessões, in Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 157, março 2020.

- Que o serviço de corte, por inadimplemento, seja mantido pelos prazos ajustados em as partes ou em razão de legislação superveniente, respeitadas as regras regulatórias;
- Faturas de serviços com vencimento poderão ser parcelados a critério do usuário conforme condições estipuladas por cada prestador, sem inclusão de multas, juros por atraso, salvo juros por parcelamento e correção monetária, devendo o usuário exercer o seu direito/interesse, em até 90 (noventa) dias, do ajuste entre as partes;
- Os prestadores poderão isentar as faturas dos clientes cadastrados na categoria Social;
- Poderão a seu critério, postergar os reajustes já concedidos, devidamente e previamente informando a esta Agência Reguladora do ato e em caso das concessões, após ajustes firmado em entre as partes;
- Nos municípios que a prestação dos serviços se dá por meio de concessão, deverá a postergação do reajuste, ter o aceite da concessionária por tratar-se de regra contratual, além de prever, dentro do possível, as condições e meios e modos de ajustes;
- Independentemente das ações tomadas, é necessário observar o artigo 11, inciso IV, alínea b, artigo 12, caput, § 2º, inciso V, artigo 23, inciso VI, artigo 37, artigo 39, parágrafo único, todos da lei nº 11.445/2007, mais o item I do artigo 1º c/c o parágrafo único do artigo 5º da Resolução Normativa nº 008, de 05 de junho de 2019, da AGIR.

Postas essas premissas, há de se ter em conta que postergação do pleito/aplicação de reajustes inflacionários dos preços dos serviços regulados pela AGIR, já previstos, pode-se considerar:

I - A postergação do pleito ou da aplicação dos reajustes não causará prejuízos no curto prazo que sejam irrecorríveis.

II - O reajuste inflacionário equivale a atualização do poder de compra dos prestadores de serviços em decorrência da deterioração causada pela inflação. Serve especificamente para atualizar a receita em relação aos aumentos das despesas.

III - Os reajustes postergados poderão ser concedidos com os percentuais já decididos ou atualizados.

IV - A postergação do pleito de reajuste poderá ser calculada para o período já estabelecido ou compreender mais alguns meses, ultrapassando 12 (doze) meses.

V - A Lei Federal nº 11.445/2007 e as resoluções da AGIR não autorizam reajustes tarifários em um intervalo menor que 12 (doze) meses. A postergação do reajuste poderá, em alguns casos, alterar a data base de aplicação dos mesmos.

VI - Caso ocorram desequilíbrios extraordinários os prestadores de serviços poderão recorrer à RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 009, de 15 de agosto de 2019 da AGIR e requerer revisão extraordinária, ou, dentro da melhor ótica regulatória, preferencialmente ajustada no momento do aceite das medidas apontadas pelo Concedente e ou contratante.

5. CONCLUSÃO

Diante dos apontamentos expostos por intermédio desta Nota Técnica, recomenda-se a aplicação da mesma para as providências, que forem adotadas, durante esse período de excecionalidade, emergencial e ou de calamidade pública atípicos para o enfrentamento da pandemia do COVID-19, objetivando orientar os prestadores, os titulares e os demais entes envolvidos, sobre as ações a serem tomadas durante o referido período.

A presente Nota Técnica restou elaborada pela equipe técnica, administrativa e jurídica da AGIR, cada uma no âmbito de suas competências.

De acordo, encaminhe-se para as providências necessárias.

Blumenau, 6 de abril de 2020.

HEINRICH LUIZ PASOLD

Diretor Geral da AGIR