

V-125 - JUDICIALIZAÇÃO DA REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ÁGUA E DE ESGOTO: ASPECTOS JURÍDICOS DO MODELO DA TARIFA COM PARTES FIXA E VARIÁVEL

Matheus Valle de Carvalho e Oliveira⁽¹⁾

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Sociologia pela Université Paris 3 e Doutor em Geografia pela mesma universidade. Chefe de Gabinete da ARSAE-MG.

Endereço⁽¹⁾: Rua Oriente, 313 / apto 4 - Serra - Belo Horizonte - MG - CEP: 30220-270 - Brasil - E-mail: matheus.valle@arsae.mg.gov.br

RESUMO

Desde o advento da Lei 11.445, de 2007, marco legal e institucional do setor de saneamento, cabe a um regulador independente estabelecer normas de caráter social, operacional e econômico, destacando-se nesse âmbito a definição das tarifas pagas pelos usuários dos serviços. Embora recente no setor, a regulação tem importante papel na definição e na execução de políticas do setor para a realização do objetivo maior da legislação, isto é, na promoção da universalização dos serviços, entendida como a ampliação gradual do acesso para todos, notadamente através da sua política tarifária. Entretanto, a recente fixação de interpretações legais pelo Judiciário quanto a alguns tipos de cobrança e a cristalização desses posicionamentos em sentenças dos tribunais superiores pode levar àquilo que tem-se chamado judicialização da política, nesse caso, da política tarifária, atribuída pela lei ao regulador. Neste trabalho discutem-se algumas decisões consideradas paradigmáticas para o entendimento de aspectos referentes às tarifas dos serviços de água e de esgoto.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação do Saneamento, Política Tarifária, Judicialização da Regulação.

INTRODUÇÃO

Desde o advento da Lei 11.445, de 2007, marco legal e institucional do setor de saneamento, cabe ao regulador estabelecer normas de caráter social, operacional e econômico, destacando-se nesse âmbito a definição das tarifas pagas pelos usuários dos serviços. Embora recente no setor, a regulação tem importante papel na viabilização de recursos financeiros para a realização do objetivo maior da legislação, isto é, na promoção da universalização dos serviços, entendida como a ampliação gradual do acesso para todos. Isso se deve notadamente às suas competências legais, pois, tendo em vista o fato de que o saneamento demanda a imobilização de um volume muito elevado de investimentos, a questão do financiamento torna-se estratégica.

A questão das fontes de recursos e dos fundamentos de seu emprego vai além do escopo deste trabalho. Cabe lembrar, contudo, que há basicamente duas fontes financeiras principais: orçamento e tarifa. Neste caso, apenas os cidadãos já incluídos nos serviços contribuem, enquanto no primeiro caso, toda a coletividade contribui, incluídos e excluídos. Por trás do uso de uma ou outra fonte, existe toda uma discussão sobre a aplicação da noção de justiça distributiva (QUEIROZ, 2016; PEIXOTO, 2013). Este trabalho aborda aspectos relativos às tarifas, na perspectiva das competências legais dos reguladores quanto à definição da política tarifária da prestação de serviços públicos de saneamento.

As tarifas podem ser entendidas do ponto de vista jurídico como contraprestação por um serviço público (ALMEIDA, 2009). Elas cumprem uma série de finalidades, desde a remuneração pela prestação dos serviços, cobrindo custos operacionais, de capital e investimentos, até funções de incentivos para os usuários e para o próprio prestador. Podem ter também funções redistributivas. Existem diferentes formas de cobrança, entre as quais destacam-se a com valor fixo e com valor variável em função do consumo. Geralmente, existem tarifas distintas para cada tipo de usuário, aplicando-se esquemas de blocos com progressividade e quase sempre a tarifa pelo serviço de esgoto corresponde a um percentual da de água (LENTINI; FERRO, 2014).

Na teoria regulatória, de origem marcadamente liberal, o mercado seria o espaço no qual a alocação de recursos se daria de forma mais eficiente, sendo a intervenção dos poderes públicos via de regra nociva. Nesse sentido, regulação serviria apenas para corrigir eventuais falhas de mercado. Há extensa discussão teórica

sobre os fundamentos e consequências desse discurso (SPRONK, 2010), que não será abordada. Entretanto, cabe notar que, desde os anos 90, existe uma retomada de um processo de agencificação em todo o mundo, que sempre argumenta sobre a importância de que entes reguladores sejam independentes dos governos, de modo a separar uma abordagem com viés político que teria potencial para interferir negativamente em decisões que seriam estritamente técnicas (JORDANA; RAMIÓ, 2010). Seria possível haver controle *a posteriori*, inclusive jurisdicional, mas este deveria limitar-se a aspectos fáticos e procedimentais (SMITH, 1997). Assim seria a teoria.

Embora as definições acerca do regime tarifário tenham sido atribuídas pela legislação ao regulador, vários questionamentos vêm sendo feitos perante o Judiciário, tanto por usuários privados quanto por órgãos de defesa do consumidor. Nesse ponto, o saneamento em pouco ou nada difere de outros setores, como saúde ou meio ambiente, para a qual se tem falado de judicialização da política. Em sistemas institucionais marcados pela existência de constituições programáticas, isto é, que declaram direitos e pautam a atuação dos poderes públicos para sua realização, os juízes são frequentemente chamados a intervir diante da inação dos poderes executivo e legislativo, através dos chamados remédios constitucionais.

Contudo, alguns atores apontam para excessos. Nesse processo, os juízes acabam por arrogar-se competências que não seriam suas na origem, fazendo as vezes de executor de políticas públicas, sem que tenham competências técnicas ou legitimidade política para tal. Afinal, argumentam os críticos, enquanto membros dos demais poderes são eleitos pelo voto popular e seu desempenho – pelo menos em tese – passa pelo crivo de eleições periódicas, os juízes assumem funções de caráter vitalício pela via do concurso público, são controlados apenas por seus pares de instâncias superiores e na maioria das vezes não possuem conhecimento técnico da área objeto de sua decisão.

Nesse contexto, este estudo discute algumas experiências da Agência Reguladora dos Serviços de Água e de Esgoto de Minas Gerais (Arsae). Criada em 2009, a Arsae regula e fiscaliza os serviços prestados por empresas estaduais (Copasa e Copanor) e entidades municipais (SAAE de Passos e Itabira e Cesama de Juiz de Fora). A Arsae tem entendido que a tarifa baseada no consumo mínimo, embora seja correta do ponto de vista técnico, tende a apresentar contradições com relação aos objetivos da legislação. Por isso, vem promovendo alterações no regime tarifário dos prestadores que regula. Entretanto, existe o risco de que interpretações judiciais relacionadas com o modelo da tarifa do consumo mínimo se estendam equivocadamente ao modelo da tarifa fixa e variável.

Para além de uma análise crítica do posicionamento de setores do Judiciário, atenta-se para as implicações da judicialização de questões de regulação econômica do saneamento. Este trabalho busca, por fim, contribuir para uma melhor compreensão dos impasses que podem vir a enfrentar os reguladores, uma vez que o uso de seus conceitos e metodologias pode vir a ser limitado por decisões judiciais que valem-se de interpretações nem sempre baseadas nos princípios e lógicas da legislação setorial.

OBJETIVO GERAL

Entender as diferentes formas de cálculo das tarifas de água e de esgoto, bem como as implicações de decisões judiciais selecionadas sobre a atividade regulatória e o setor de saneamento.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analisar forma como algumas decisões judiciais dispõem sobre as regras tarifárias sobre a cobrança pelo consumo mínimo em condomínios;
- Discutir a fundamentação dessas decisões à luz dos objetivos e diretrizes da legislação, dos conceitos de regulação econômica e das possíveis consequências de sua adoção e eventual generalização;
- Contribuir para o aprimoramento dos conhecimentos sobre a regulação do saneamento, notadamente de seus instrumentos econômicos, aproximando-os do mundo do direito.

MATERIAIS E MÉTODOS

O objeto de estudo é discutir a judicialização da regulação econômica, questionando fundamentos de decisões judiciais importantes a partir da discussão de dois modelos de cobrança dos serviços de água e de esgoto. Para isso, deve-se partir de dispositivos da Lei 11.445, de 2007. Como pano de fundo, mobilizam-se conceitos de regulação econômica, metodologias de cálculo e construção das tarifas e utilizam-se princípios legais para a estruturação de uma chave de análise dos diferentes modelos tarifários. Embora as principais decisões tenham origem em casos da CEDAE do Rio de Janeiro, vale-se de algumas experiências da Arsae e do setor em Minas Gerais, as quais podem ser estendidas e aplicadas a contextos de outros estados brasileiros. Busca-se confrontar a defesa feita por alguns teóricos da regulação no sentido da importância de se ter no juiz um agente que imponha limites *a posteriori* para a atuação dos reguladores. Ao contrário, mostra-se neste trabalho como a atuação do juiz pode, em situações extremas, impor um “risco regulatório” significativo.

PRIMEIRA ETAPA: CONSTRUÇÃO DA CHAVE DE ANÁLISE

Os princípios que orientam a prestação dos serviços de saneamento encontram-se definidos no art. 2 da Lei Federal 11.445/07, enquanto as diretrizes para a instituição das tarifas estão descritas no § 1º do art. 29 e os fatores que devem ser levados em conta pelo regulador para a construção do regime tarifário no art. 30. Com base no objeto do trabalho, foi feita a seleção daqueles elementos considerados pertinentes para a discussão dos diferentes modelos tarifários.

Os princípios e diretrizes, respectivamente nos art. 2 e 29, relacionam-se entre si, estabelecendo um *modus operandi* que determina os fatores da atuação do regulador na instituição das tarifas, objeto do art. 30. Esse ponto de partida na legislação do setor é importante, pois informa a chave de análise proposta. Parte-se da hipótese de que o Poder Judiciário não está familiarizado com os detalhes dos paradigmas da legislação específica do setor, pautando-se, sobretudo, na lógica do direito do consumidor e na jurisprudência anterior, o que tem implicações sobre a leitura que os juízes fazem a respeito das tarifas em específico e da atividade regulatória como um todo. A Tabela 1 apresenta sistematização dos princípios do art. 2, diretrizes do art. 29 e fatores do art. 30 de maneira correlacionada. Saliente-se que as correlações apresentadas têm caráter dinâmico e, portanto, que a sistematização trata de elementos que se influenciam de forma preponderante.

Tabela 1: Articulação entre dispositivos da legislação

Princípios do Art. 2	Diretrizes do Art. 29	Fatores do Art. 30
I. Universalização do acesso	III. Geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos do serviço	V. Ciclos significativos de aumento da demanda dos serviços, em períodos distintos
VII. Eficiência e sustentabilidade econômica	V. Recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência	II. Padrões de uso ou de qualidade requeridos
	VI. Remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços	IV. Custo mínimo necessário para disponibilidade do serviço em quantidade e qualidade adequadas
VIII. Utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas	II. Ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços	VI. Capacidade de pagamento dos consumidores
	VII. Estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços	III. Quantidade mínima de consumo ou de utilização do serviço, visando à garantia de objetivos sociais, como a preservação da saúde pública, o adequado atendimento dos usuários de menor renda e a proteção do meio ambiente
XIII. Adoção de medidas de fomento à moderação do consumo de água	IV. Inibição do consumo supérfluo e do desperdício de recursos	I. Categorias de usuários, distribuídas por faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo

RESULTADOS DA PRIMEIRA ETAPA

O regime tarifário constitui-se de três elementos principais: nível de receita, mercado de referência e estrutura tarifária. Nessa síntese dos dispositivos da legislação apresentada na Tabela 1, encontram-se elementos que informam a definição do primeiro e do terceiro elementos, levando em conta a evolução do segundo. No primeiro caso, trata-se do montante a ser arrecadado pelo prestador via tarifa paga pelo conjunto de usuários que constitui seu mercado, em função de aspectos relativos a tipo e qualidade do serviço prestado, custos eficientes incorridos e remuneração adequada do capital investido, entre outros. O segundo elemento, o mercado, é tomado na legislação nas duas acepções de mercado no presente e no futuro, considerando-se as necessárias expansões.

O foco deste trabalho é o terceiro desses elementos, a estrutura tarifária, referente à forma como se dá a divisão da receita necessária entre os componentes do mercado do prestador, isto é, de acordo com as categorias de usuários e do volume de água consumido. Trata-se de função precípua do regulador, que se baseia em estudos econométricos e estatísticos detalhados e se pauta pelos objetivos da legislação. Nesse sentido, cabe ao regulador, no momento de construção das regras tarifárias, utilizar conceitos e instrumentos de regulação econômica a respeito dos modelos de tarifas e de faturamento para atingir os objetivos postos. Note-se que a art. 30 da Lei 11.445/07 prevê dois modelos tarifários distintos: no inciso III, o modelo do consumo mínimo (relacionado a um volume de água) e no inciso IV o modelo da tarifa com partes fixa em reais e variável em função do consumo efetivo.

SEGUNDA ETAPA: DEFINIÇÃO DO CORPUS DE ANÁLISE

A partir da chave de análise proposta, passa-se à discussão crítica do fundamento das decisões judiciais consideradas importantes neste estudo. Trata-se de uma série de decisões judiciais, principalmente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que consolidaram a ideia de ser ilegal a cobrança do consumo mínimo multiplicado pelo número de economias no caso de condomínios com um único hidrômetro, devendo-se dar a cobrança pelo consumo real medido. Em geral, julgados mais recentes do STJ remetem à decisão REsp 1166561/RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, de 05/10/2010 como fundamento para considerar ilegal a cobrança do consumo mínimo multiplicado pelo número de economias em edifício onde há apenas um hidrômetro, com a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. FORNECIMENTO DE ÁGUA. TARIFA MÍNIMA MULTIPLICADA PELO NÚMERO DE UNIDADES AUTÔNOMAS (ECONOMIAS). EXISTÊNCIA DE ÚNICO HIDRÔMETRO NO CONDOMÍNIO.

- 1. A cobrança pelo fornecimento de água aos condomínios em que o consumo total de água é medido por único hidrômetro deve se dar pelo consumo real aferido.*
- 2. O Superior Tribunal de Justiça firmou já entendimento de não ser lícita a cobrança de tarifa de água no valor do consumo mínimo multiplicado pelo número de economias existentes no imóvel, quando houver único hidrômetro no local.*
- 3. Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil. (REsp 1166561 / RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 05/10/2010).*

Embora essa decisão seja considerada paradigmática, julgados anteriores já apresentavam entendimentos que posteriormente se consolidariam. Veja-se exemplo de 2002.

ADMINISTRATIVO – CONSUMO DE ÁGUA – PRÉDIO DIVIDIDO EM UNIDADES AUTÔNOMAS – HIDRÔMETRO – CONSUMO ARBITRADO.

Se o prédio dispõe de um hidrômetro, medindo o fornecimento de água a todas as salas não é lícito à empresa fornecedora de água desprezar o que nele foi registrado, para cobrar, em relação a cada unidade, um valor arbitrário. (EDcl no REsp 280115 / RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/05/2002, DJe 01/07/2002)

Dessas decisões serão retirados os principais argumentos utilizados pelos juízes e analisados diante dos princípios, diretrizes e fatores da Lei 11.445/07.

RESULTADOS DA SEGUNDA ETAPA

No voto que consolidou o entendimento, o Min. Relator inicia retomando citando os artigos 29 e 30 da Lei 11.445/07. Prossegue afirmando que a legislação teria instituído a “tarifa mínima”, modalidade de cobrança que permitiria aos concessionários “a cobrança de um valor mínimo pelo fornecimento de água, ainda que o consumo tenha sido inferior ao determinado na tarifa mínima”. Em seguida, discorre sobre o que entende como a “função social no serviço de fornecimento de água”, que permitiria aos “usuários mais pobres um consumo expressivo de volume de água a preços módicos”. Além disso, essa tarifa proporcionaria “a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do sistema”, pois “o custo desse tipo de subsídio é diluído em função da cobrança da tarifa mínima de água”. Tudo isso o leva a concluir que “o consumo de água em volume inferior ao estipulado como necessário para a manutenção do sistema de fornecimento de água deverá ser sobre-tarifado, ainda que o volume consumido não corresponda à tarifa cobrada.”

Depois desse longo introito, o Ministro muda de direção, pois o tema em discussão “versa sobre questão diversa”. No caso de condomínio com apenas um hidrômetro, “admitir-se o cálculo da tarifa mínima em função do número de economias” significaria “presumir a igualdade de consumo de água pelos condôminos, obrigando os que consumiram aquém do mínimo, não só a pagar a diferença necessária à consecução dos fins sociais do serviço público de saneamento básico, assegurando o equilíbrio econômico-financeiro da concessionária, mas também a concorrer no pagamento devido pelo usuários que consumiram água para além do limite mínimo de consumo.” Assim, estaria violado o princípio da modicidade tarifária. Por fim, possivelmente respondendo à argumentação do prestador, salienta que “se a relação jurídica se estabelece tão

somente com o condomínio-usuário do serviço público de fornecimento de água, o cálculo da tarifa, com desprezo do volume de água efetivamente registrado, implica a cobrança em valor superior ao necessário para cobrir os custos do serviço, configurando enriquecimento indevido por parte da concessionária.” (trechos retirados de REsp 655130 / RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2007, DJe 28/05/2007 p. 287)

Esses são, em síntese, os argumentos que sustentam o posicionamento do STJ. Outras decisões sustentam não ser “lícito à empresa fornecedora de água desprezar o que nele foi registrado, para cobrar, em relação a cada unidade, um valor arbitrário”. Isso porque a intenção da lei com a “tarifa mínima” seria “assegurar a viabilidade econômico-financeira do sistema e não para proporcionar lucros abusivos à custa dos usuários.” Usando o direito do consumidor, reafirma-se “a proteção contra práticas abusivas no fornecimento de serviços (...) sendo vedado ao fornecedor condicionar o fornecimento de serviço, sem justa causa, a limites quantitativos, exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva, bem como elevar sem justa causa o preço de serviços.” (trechos retirados de AgRg no REsp 988588 / RJ, Rel. Ministro LUIS FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 15/12/2008)

Para uma análise crítica da jurisprudência, importa discutir a seguir os seguintes conceitos e instrumentos de regulação: tarifa com base no consumo mínimo e tarifa com partes fixa e variável; faturamento por ligação e por economia; progressividade das tarifas.

DISCUSSÃO

TARIFAS COM CONSUMO MÍNIMO E COM PARTES FIXA E VARIÁVEL

A tarifa com consumo mínimo, que vem dos tempos do Plano Nacional de Saneamento (Planasa), explicava-se pelo objetivo que se tinha, então, de garantir um nível mínimo de consumo para fins de saúde e higiene a todos os usuários. O Planasa foi elaborado no final dos anos 1960, quando o processo de urbanização do Brasil estava a pleno vapor. Por isso, seu foco era a equalização do problema básico do saneamento da época, isto é, o abastecimento de água nas cidades que cresciam vertiginosamente. Estabelecendo-se uma regra de cobrança baseada em um consumo mínimo, esperava-se conciliar a recuperação de custos com a garantia de que os usuários tivessem uma quantidade mínima de água. Em geral, o consumo mínimo por economia costumava ser de 10 m³.

Entretanto, o modelo apresenta algumas contradições, que tem sido o mais utilizado no País há décadas. Como o valor pago pelo usuário que consumia entre 0 e 10 m³ era o mesmo, a mensagem que se dava para o usuário, mesmo em tempos de escassez, era que pouco adiantaria se ele economizasse. Esse ponto foi bastante debatido na mídia e criticado pela população no período de escassez hídrica vivido no estado de Minas Gerais em 2015. Os prestadores orientavam os usuários a reduzir o consumo de água, mas nenhum incentivo era observado na fatura de quem consumia menos que o volume mínimo estabelecido. Embora tenha sido importante para alcançar os objetivos da época, esse sistema de faturamento já não se mostra como o mais adequado no contexto atual. Para aprimorar os serviços e, simultaneamente, estimular o uso sustentável dos recursos hídricos, introduziu-se um novo modelo de estrutura da tarifa com uma parte fixa (relacionada com os custos fixos de implantação e manutenção da infraestrutura) e outra variável (em função do volume efetivamente consumido).

Entretanto, cabe salientar dois pontos importantes: (i) a passagem de um modelo ao outro deve-se sobretudo a uma atualização no entendimento técnico da matéria; (ii) não é possível que se mesquem os modelos, ou utilize-se um ou o outro; (iii) independentemente do modelo, a receita total do prestador com a tarifa praticada tem de ser a mesma e suficiente para cobrir os custos e permitir investimentos para a universalização dos serviços. Esse terceiro ponto é extremamente importante, pois, por trás de questionamentos a respeito da tarifa com consumo mínimo, existe a ideia de que o prestador cobra “a mais” do que deveria, isto é, de que estaria “lucrando indevidamente” às custas do usuário. Tal entendimento é equivocado, pois o nível de receita do prestador é definido pelo regulador, seguindo os princípios legais da modicidade tarifária e da sustentabilidade econômico-financeira dos serviços. Obtido o nível de receita necessário, é feito o rateio entre os usuários de acordo com a forma de cobrança.

Em vista disso, alguns reguladores estão promovendo a troca desses modelos Assim, à medida em que foi realizando as revisões tarifárias dos prestadores que regula – momento mais adequado para fazer essa transição

–, a Arsae foi implantando a tabela de tarifas com partes fixa e variável. Mesmo que alguns usuários não consumam água em determinado mês, o custo relacionado à manutenção da infraestrutura continua existindo, motivo pelo qual essa cobrança fixa é fundamental. O componente fixo refere-se à socialização dos custos permanentes com o sistema como um todo, com o objetivo de que todos aqueles que têm acesso aos serviços de água ou esgoto contribuam para sua disponibilização. A parte variável da tarifa cobre os custos voláteis, como energia elétrica, materiais de tratamento, combustíveis, serviços de terceiros, etc. Essa parte variável é paga em função do consumo efetivo, medido no hidrômetro.

Nota-se que no modelo da tarifa com partes fixa e variável, qualquer alteração no volume consumido tem reflexo na conta de água. E, mais importante, usuários com uso consciente nas primeiras faixas são contemplados com reduções de fatura. Em tempos de mudanças climáticas e escassez hídrica, quando mudanças de hábito estão na ordem do dia e quando se exige dos usuários esforço de diminuição no consumo, nada mais justo do que a repercussão nas faturas. Uma maneira de fazê-lo, sem prejudicar a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços, é adequando a forma de cobrança, como a Arsae e outros reguladores têm feito para os prestadores regulados. Atualmente, mais de 5 milhões de economias são assim faturadas em Minas Gerais por definição do regulador desse estado.

FATURAMENTO POR ECONOMIA E POR LIGAÇÃO

Outro ponto que tem motivado questionamentos no judiciário, inicialmente no Rio de Janeiro mas também em Minas Gerais e outros estados, é a cobrança do valor fixo ser feita por economia e não por ligação. Ligação é a conexão do ramal predial ao sistema público de abastecimento de água ou de esgotamento sanitário, enquanto economia é o termo usado para referir-se à unidade usuária, isto é, o imóvel ou parte de um imóvel que é objeto de ocupação independente, que utiliza os serviços públicos de água ou de esgoto, mesmo que por meio de ligação única.

Para definir o valor das tarifas com partes fixa e variável, o regulador faz duas operações. Primeiramente, para a parte variável, ajusta a progressividade ao longo das faixas de consumo de acordo com o perfil de consumo de cada categoria, de acordo com os objetivos que a lei indica. Já para obter o valor das tarifas fixas, divide-se os custos da disponibilização e manutenção da estrutura dos sistemas pelo número de unidades usuárias, ou seja, economias do prestador, ponderando pela capacidade de pagamento de cada categoria – por exemplo, as tarifas fixas residenciais costumam ser menores do que a comercial, industrial e pública.

Entende-se que a divisão dos custos fixos dos sistemas pelo número de economias é mais adequada, pois garante a isonomia entre as unidades usuárias, conforme a própria definição pressupõe. Assim, cada economia com acesso aos serviços de água ou esgoto é igualmente responsável por cobrir os custos relativos à disponibilização, não havendo motivo para o tratamento diferenciado na cobrança das faturas entre as pessoas que residem em casas (ligações com uma economia) e aquelas que moram em condomínios (ligações com duas ou mais economias).

Se o cálculo fosse modificado para o estabelecimento de tarifa fixa por ligação, os mesmos custos fixos seriam divididos por cada ligação, implicando considerável aumento nas faturas de imóveis que possuam apenas uma economia. Neste caso, não estaria sendo respeitado o princípio da isonomia, visto que usuários residentes em prédios arcariam com faturas muito menores do que usuários residentes em casas. Ao mesmo tempo, a modicidade tarifária para estes usuários seria notadamente violada, desvirtuando um dos princípios da Lei 11.445/07.

Ressalta-se ainda que o faturamento por ligação é contrário ao que foi estabelecido pela Lei Federal 13.312/16, cujo artigo 1º torna obrigatória a medição individualizada do consumo hídrico nas novas edificações condominiais. A medição individualizada visa exatamente à cobrança por economia, tornando isonômica a cobrança entre casas e apartamentos. Ademais, é justamente no nível da menor unidade de consumo, a economia, que as decisões sobre o aumento ou a diminuição no consumo são tomadas. Em um edifício, quem abre e fecha as torneiras não é o edifício como um todo (ligação), mas cada um dos apartamentos ou escritórios (economia).

Nas decisões judiciais sobre a matéria, parece não haver a distinção clara entre “consumo mínimo” e “tarifa com parte fixa”, adotando-se indistintamente termos como “tarifa mínima” ou “taxa mínima” para falar de ambos os modelos. Esse equívoco conceitual de parte do Poder Judiciário pode trazer como consequência uma confusão a respeito de modelos tarifários muito diferentes. Por isso, é importante que a regulação amplie os espaços de discussão sobre as regras tarifárias. Ainda assim, a intenção do STJ está clara nos acórdãos: ainda que outros setores apliquem a mesma lógica (telefonia, por ex.), o que se quer evitar é que edifícios que contam com apenas uma ligação e várias economias paguem por aquilo que consideram “um consumo virtual”, o que apenas pode ocorrer no caso do consumo mínimo em m³.

PROGRESSIVIDADE DAS TARIFAS

O principal objeto dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário é o atendimento do consumo humano (do usuário da categoria residencial, na terminologia dos reguladores), pensando-se também em sua capacidade de pagamento. A abordagem do direito humano à água permite que se incorporem aos estudos tarifários discussões sobre o nível de comprometimento da renda de usuários mais pobres com o pagamento de serviços básicos (A/HRC/30/39, 2015). As categorias comercial e industrial podem em parte repassar seus custos a seus clientes ou buscar fontes alternativas de abastecimento. Para a categoria pública, deve-se definir uma tarifa média mais aderente ao custo de produção, visto que sua tarifa recai indiretamente sobre os demais usuários através dos impostos cobrados.

Seguindo os objetivos da legislação, o regulador deve procurar incentivar o consumo consciente através de tarifas progressivas, independentemente do tipo de usuário. Assim, dentro de cada categoria, as tarifas aumentam conforme a faixa de consumo, o que significa dizer que quanto maior o consumo, maior o valor do m³. A progressividade é um pouco maior para a categoria residencial, de modo que o uso essencial é associado a tarifas menores e o consumo supérfluo é desestimulado. As faixas de baixo consumo têm tarifas subsidiadas, pois entende-se tratar de volume destinado a necessidades básicas de consumo, higiene e saúde, em linha com a própria abordagem do direito humano à água.

As faixas intermediárias referem-se a uso misto, agrupando famílias maiores (algo menos comum nos dias de hoje para as classes média e alta, mas ainda frequente nas classes mais baixas) que possuem consumo consciente e famílias com poucos integrantes, mas que consomem acima do necessário. Estas faixas devem possuir tarifas intermediárias, sem subsídios e próximas do custo médio de produção. Já faixas de consumos maiores caracterizam-se por agrupar unidades com consumo supérfluo, variando em grande medida devido ao nível de riqueza do usuário e à pouca preocupação com o uso consciente da água. Neste caso espera-se que haja uma tarifação elevada, que busque inibir excessos dos usuários e que permita, em parte, o financiamento de subsídios.

No caso das categorias não residenciais, a progressividade das tarifas pode ser mais amena, pois o consumo de usuários de maior porte é naturalmente mais elevado, não indicando necessariamente o desperdício de recursos. Enquanto residências apresentam perfil de consumo mais semelhante (cerca de 80% das residências consomem até 20 m³), o consumo em uma escola ou um hospital costuma ser muito superior ao de uma residência mas este vai variar em função do número de estudantes ou leitos. No caso de indústrias ou comércios, cujos consumos dependem sobretudo da natureza das respectivas atividades econômicas, tarifas muito progressivas poderiam levar esses usuários a buscarem fontes próprias de abastecimento, prejudicando os usuários como um todo, na medida em que haveria menos usuários devendo arcar com custos semelhantes.

A TARIFA COM PARTES FIXA E VARIÁVEL E O ENTENDIMENTO DO STJ

Tem havido uma série de dúvidas quanto ao entendimento que vem firmando o STJ, no sentido de considerar ilegal a cobrança do consumo mínimo multiplicado pelo número de economias no caso de condomínios com um único hidrômetro, insistindo em se estabelecer a cobrança pelo consumo real medido. A estrutura tarifária com partes fixa e variável não contradiz o entendimento do STJ, uma vez que, embora haja um componente fixo, não se adota para ele um consumo mínimo mas sim um valor fixo e o volume efetivamente consumido é integralmente considerado pela via da parte variável da tarifa. Isto é, nesse modelo, o chamado “consumo virtual” é impossível.

De todo modo, o entendimento do STJ acerca do faturamento em edifícios com múltiplas economias aplica-se apenas aos casos de imóveis dotados de um único hidrômetro cuja cobrança é dada com base na presunção de consumo mínimo em cada economia, dentro do modelo da tarifa com consumo mínimo. A decisão não é aplicável ao mecanismo tarifário desvinculado do consumo mínimo em sua parcela fixa e vinculado ao consumo real em sua parcela variável, na forma como alguns reguladores vem introduzindo para os prestadores regulados.

No caso da Arsa, o novo modelo já foi implantado para todos os prestadores regulados (Saae de Passos, Saae de Itabira, Cesama, Copasa e Copanor), verificando-se tendência semelhante em reguladores de outros estados brasileiros. O argumento geralmente utilizado é que esse modelo tarifário é mais efetivo para o cumprimento dos objetivos do setor, quais sejam, universalização, eficiência, modicidade tarifária e, principalmente, promoção do consumo consciente. Já existe inclusive jurisprudência que corrobora esse entendimento, proveniente do Rio Grande do Sul.

TJ-RS - Apelação Cível AC 70058236068 RS (TJ-RS)

Data de publicação: 18/03/2014

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO-ESPECIFICADO. CORSAN. COBRANÇA DE SERVIÇO BÁSICO POR UNIDADE CONDOMINIAL COM HIDRÔMETRO ÚNICO. POSSIBILIDADE. DISTINÇÃO DE TARIFA MÍNIMA. INEXISTÊNCIA DE CONSUMO PRESUMIDO. Os arts. 89 e 92, da Resolução da CORSAN, e 30, IV da Lei Federal nº 11.445 /07, permitem a cobrança de tarifa de serviço básico multiplicada pelo número de economias, na hipótese de condomínio com apenas um hidrômetro. O sistema tarifário da CORSAN engloba o consumo de cada unidade condominial, que no caso não é presumido, e o serviço básico, que tem a finalidade de manter o sistema de distribuição. Inaplicável ao presente feito o entendimento apontado do STJ, por não haver aqui discussão sobre "tarifa mínima", que é presumida, como se dá nos casos julgados naquela Corte Superior. Reconhecimento pelo STJ no AgRg nos EDcl no AREsp nº 12679 da distinção entre as hipóteses de cobrança de consumo mínimo e de tarifa básica, no caso da CORSAN. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. (Apelação Cível Nº 70058236068, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 12/03/2014)

CONCLUSÕES

Desde seu advento em 2007, a regulação do saneamento visa contribuir para a eficiência e melhoria dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Neste estudo, buscou-se discutir de maneira sistemática as principais implicações de decisões judiciais que levam em consideração aspectos limitados e um olhar parcial dos problemas do saneamento. Espera-se, assim, avançar no sentido de difundir informações úteis sobre os objetivos e conceitos de regulação econômica, aproximando titulares, usuários e outros atores relevantes, notadamente do mundo jurídico.

Existe certo consenso nos meios acadêmicos e técnicos sobre a importância do regulador naqueles setores que, como o saneamento, se caracterizam pelo monopólio natural, isto é, aqueles em que altos custos fixos, barreiras técnicas e de infraestrutura impedem que haja concorrência, colocando-se o prestador em uma posição de proeminência em detrimento de usuários e poderes concedentes. Some-se a isso o fato de o saneamento ainda ser um setor extremamente carente de investimentos, com atendimento e abrangência em termos quantitativos e qualitativos ainda aquém do aceitável, o que coloca nosso País, notadamente os setores mais desfavorecidos, em uma situação de extrema vulnerabilidade sanitária e ambiental.

Universalizar os serviços de água e de esgoto é, portanto, um objetivo civilizacional que merece toda atenção da sociedade brasileira, para o qual o regulador também deve colaborar, no marco de suas competências. Para além de sua função clássica de corrigir falhas de mercado, o regulador deve pautar sua atuação – notadamente na regulação econômica – enquanto agente responsável pela construção de políticas públicas inclusivas, com tecnicidade, autonomia e transparência. Assim é também com a política tarifária do regulador. Quando judicializa-se tema tarifário, existe o risco de que o juiz mescle aspectos privados com públicos, utilizando argumentos tecnicamente frágeis e que podem prejudicar o setor como um todo.

Analisando a judicialização da saúde em São Paulo, Mapelli Jr. (2015) sustenta que haveria tendência de aumento no número de processos judiciais e no custo das condenações para o Estado e que inexistiria padronização e forte incidência de condenações para prestações atípicas, que não guardam relação com o setor de saúde. Mostra que as decisões judiciais ocorrem em geral sem que haja pareceres de técnicos da saúde, prevalecendo a origem dos processos majoritariamente em hospitais privados, muitos deles com concessão de liminar no início do processo. De acordo com seu estudo, o fator econômico não sensibilizaria os juízes, sendo irrelevantes a reserva do possível e a escassez de recursos como argumentos da defesa. Dessa forma, ele conclui que os juízes estariam favorecendo a supremacia do interesse individual em detrimento do interesse público.

Ora, esse risco existe para os serviços de água e de esgoto, pois questões tarifárias frequentemente são levadas aos juízes, como este trabalho mostrou. É fundamental que a regulação e os reguladores juntem forças com prestadores regulados para promover junto aos demais interessados uma melhor compreensão sobre o setor. Geralmente, as demandas questionando tanto as tarifas com consumo mínimo quanto as com partes fixa e variável surgem de parte de profissionais liberais (edifícios comerciais) ou de usuários de classe média (condomínios residenciais). Com argumentos frágeis do ponto de vista técnico, convencem juízes a tomarem decisões que podem vir a prejudicar as políticas tarifárias do regulador e, no médio e longo prazo, a comprometer a própria qualidade do serviço. Afinal, a correta solução pelo regulador da equação 'investimento, serviço e tarifa' no meio urbano é possível mantendo-se uma tarifa razoavelmente módica, mas a inclusão dos mais pobres tornaria a equação mais complexa (FRANCEYS, 2008).

Em uma perspectiva redistributiva, são justamente os edifícios comerciais e os condomínios residenciais de classe média que tem condições de compensar eventuais reduções nas tarifas dos usuários mais carentes, através de subsídios cruzados aplicados pelo regulador. As tarifas com partes fixa e variável parecem trazer incentivos mais corretos no sentido de um consumo mais consciente. Assim, a parte fixa cobrada de cada economia visaria à socialização dos custos fixos do prestador, entre outros, com a implantação da infraestrutura, a manutenção das redes, etc. A parcela variável da tarifa, por sua vez, cobriria custos variáveis, como energia elétrica, e se alteraria a cada metro cúbico consumido, de modo qualquer queda do consumo reduz as faturas.

Como é no nível da economia que ocorrem as decisões para aumentar ou diminuir o consumo, entende-se que a cobrança da tarifa fixa deve ser realizada a partir de cada unidade usuária, ou seja, cada economia (ex. apartamento ou casa). Dessa forma, trata-se de forma igualitária imóveis com uma economia por ligação e imóveis com várias economias por ligação. Esse ponto e outros da política tarifária têm sido questionados judicialmente, em Minas Gerais e em outros estados brasileiros. Caso o faturamento fosse feito a partir da ligação, usuários residentes em prédios que tivessem o mesmo consumo de usuários residentes em casas receberiam faturas menores de maneira injustificada e ferindo, assim, o princípio da modicidade tarifária.

Quando estabelece alguma regra tarifária, o regulador analisa a prestação de serviços como um todo, atentando para a capacidade de pagamento dos usuários, o equilíbrio econômico-financeiro da prestação e a necessidade de investimentos. Ainda que esteja muito empenhado, um juiz não tem condições de olhar a demanda com a mesma abrangência. Para que o controle jurisdicional da atividade regulatória seja eficaz, é necessário que o regulador seja ouvido (não apenas o prestador de serviços) e que o juiz entenda as motivações das políticas tarifárias, fundamentadas em uma análise da situação fática da prestação e em perspectiva com os objetivos da legislação setorial. Do contrário, a judicialização da regulação pode tornar-se risco regulatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. A/HCR/30/39. Report of the Special Rapporteur on the Human Right to safe drinking Water and Sanitation. n. A/HCR/30/39, 2015, disponível no site <http://www.ohchr.org/>
2. ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Câmara. As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
3. ARSAE. Nota Técnica CTRFEF nº 5/2012 - Reajuste Tarifário da Copasa MG. Agência Reguladora dos Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais. Disponível em: http://arsae.mg.gov.br/images/documentos/nota_tecnica_05_2012_reajuste_copasa_2012.pdf, acesso em 23/02/2012.

4. ARSAE. Nota Técnica CTRFEF nº 32/2016 - Estrutura Tarifária – 1ª Etapa da Revisão Tarifária Periódica da Companhia de Saneamento de Minas Gerais - Copasa MG 2016. Agência Reguladora dos Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais. Disponível em: http://www.arsae.mg.gov.br/images/documentos/10_2016/NTCRFEF_32_EstruturaTarifaria_RevCopasa_2016.pdf, acesso em 31/01/2017.
5. BRITTO, Ana Lúcia. Tarifas sociais e justiça social no acesso aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil. O direito à água como política pública na América Latina: uma exploração teórica e empírica / editores: José Esteban Castro, Léo Heller, Maria da Piedade Morais. Brasília: Ipea, 2015, p. 209-225.
6. FRANCEYS, Richard. Regulating water and sanitation for the urban poor. In. Regulating water and sanitation for the poor: economic regulation for public and private partnerships. (coord.) Richard Franceys e Esther Gerlach. – Londres: Earthscan, 2008, p. 1-20.
7. JORDANA, Jacint; RAMIÓ, Carles. Delegation, Presidential Regimes, and Latin American Regulatory Agencies. In. Journal of Politics in Latin America n. 2, 1, 2010, p. 3-30.
8. MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo. Judicialização da saúde e políticas públicas: assistência farmacêutica, integralidade e regime jurídico-constitucional do SUS. Tese para obtenção do título de Doutor em Ciências da USP. Orientador Prof. Giovanni Guido Cerri, 2015.
9. PEIXOTO, João Batista. Aspectos da gestão econômico-financeira dos serviços de saneamento básico no Brasil. In. na organização dos serviços de saneamento básico. In. HELLER, L.; CASTRO, J. E. Política pública e gestão do saneamento. Belo Horizonte: Editora Fiocruz e Editora UFMG, 2013.
10. QUEIROZ, Vitor Carvalho. Avaliação de fundos como instrumentos de universalização dos serviços de saneamento. Dissertação para obtenção do título de Mestre em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos da UFMG. Orientador Prof. Nilo de Oliveira Nascimento, 2016.
11. SMITH, Warrick. Utility Regulators – Decisionmaking Structures, Resources, and Start-up Strategy. In. Public Policy for the Private Sector Note n. 129, The World Bank Group, October 1997.
12. SPRONK, Susan. Water and sanitation utilities in the Global South: re-centering the debate on 'efficiency'. In. Revue of Radical Political Economics n. 42(2), 2010, p. 156-174.