

UC Berkeley

Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers

Title

O Pai que Acha que Ajuda o Filho: Marco Regulatório e Investimentos no Setor de Saneamento Básico

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/41t3r6n6>

Authors

Werneck, Bruno Dario
Coelho, Gustavo Flausino

Publication Date

2007-05-02

O Pai que Acha que Ajuda o Filho:
Marco Regulatório e Investimentos no Setor de
Saneamento Básico

Bruno Dario Werneck¹ e Gustavo Flausino Coelho²

¹ Graduado em Direito na USP e Pós-Graduado na Columbia University Law School. Professor de Pós-Graduação da Universidade Cândido Mendes e do Centro de Extensão Universitária (SP). Advogado do escritório Tauil, Chequer e Mello Advogados associados a Thompson & Knight LLP; bruno.werneck@tklaw.com.

² Graduando em Direito da FND/UFRJ; gustavo.coelho@tklaw.com

O Pai que Acha que Ajuda o Filho: Marco Regulatório e Investimentos no Setor de Saneamento Básico

Bruno Dario Werneck e Gustavo Flausino Coelho

Resumo

Este trabalho técnico visa analisar a jurisprudência dos Tribunais brasileiros e apontar decisões “paternalistas”, que, ao protegerem os consumidores dos efeitos da sua inadimplência, trazem insegurança para as empresas que atuam na prestação de serviços públicos no Brasil.

Será dada ênfase ao setor de saneamento básico em razão das suas altas externalidades positivas, por se tratar de um mercado que é intensivo em capital e de longa maturação dos investimentos, e ainda em razão de previsão contida no novo marco regulatório (Lei n. 11.445/2007), que determina que a interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a certas instituições (saúde, educacional) e a usuários de baixa renda obedeçam a prazos e critérios mínimos.

A partir da demonstração dos efeitos maléficos destas decisões judiciais no nível de investimento feito pelas empresas do setor de saneamento básico, será proposta uma forma de se regulamentar o dispositivo legal acima referido.

PALAVRAS-CHAVE: Investimento; Brasil; paternalismo; Poder Judiciário; saneamento básico; regulação; marco regulatório.

Abstract

This paper has the purpose of analyzing the case law of Brazilian Courts and appointing the “paternalist” decisions that, in order to protect the consumers from the effects of their defaults, brings uncertainty to the companies that render public services in Brazil.

The water and sewage sector will be emphasized because of the high positive externalities of this service, which demands intensive capital and long-term investments, and also because of the new regulatory framework (Law nr. 11,445/2007), that establishes that, in case of default, the interruption or restriction of water supply to certain institutions (health, educational) and to low-class users must follow certain terms and minimum criteria.

Once the harmful effects on the level of investment in the water and sewage sector caused by the judicial decisions referred to above are demonstrated, it will be proposed a way of regulating the legal provision mentioned above.

KEYWORDS: Investment; Brazil; paternalism; Judiciary branch; basic sanitation; regulation; regulatory framework.

O Pai que Acha que Ajuda o Filho: Marco Regulatório e Investimentos no Setor de Saneamento Básico

Por Bruno Dario Werneck e Gustavo Flausino Coelho

1. Introdução

O Brasil e os brasileiros têm cada vez mais se perguntado o que precisa ser feito para alcançar um crescimento sustentável e significativo. Uma das respostas a esta questão é a introdução de um marco regulatório moderno e estável que permita investimentos crescentes.

Não basta a edição de leis e a sua regulamentação neste sentido. É necessário que estas normas sejam respeitados pelo Poder Judiciário.

Infelizmente, a realidade brasileira demonstra a existência de correntes que, visando defender o lado mais fraco da equação econômica, acabam por prejudicar seriamente o nível de investimentos feitos pelas empresas.

Um exemplo emblemático desta situação são as decisões que impedem que empresas prestadoras de serviços públicos suspendam a prestação do serviço mesmo diante da inadimplência do consumidor.

Estas decisões também atingem o setor de saneamento básico, no qual os investimentos, que também já são afetados por outros fatores, cheguem a níveis muito abaixo do aceitável.

Este trabalho apresentará este fenômeno jurisprudencial descrito acima e seus efeitos sobre o nível de investimento e apontará soluções regulatórias e contratuais que podem ser adotadas para combater este mal no setor de saneamento básico.

2. Paternalismo dos Tribunais Brasileiros

No Brasil, país também conhecido pela histórica desigualdade social, o Estado tenta promover a defesa das classes menos abastadas, assegurando a elas condições mínimas de vida. A grande inspiração para esta atuação assistencialista do Estado é a Constituição Federal de 1988, que, em português mais coloquial, basicamente assegura o direito de todos a tudo.

A Constituição Brasileira mostra desrespeito às leis que regem o funcionamento da economia, ao prever, por exemplo, o pleno emprego como uma de

suas metas. Muitos autores alegam se tratar de normas programáticas, que apenas indicam rumos a serem seguidos.

Programáticas ou não, a verdade é que o fundamento de qualquer sistema jurídico, ainda que se discorde da teoria formulada pelo jurista Hans Kelsen, é a sua Constituição (norma fundamental na visão kelseniana). Portanto, além de desrespeitar as leis econômicas, como ilustrado acima, a Constituição Brasileira também mostra desprezo pela sua importância, criando o perigoso precedente de não cumprimento das normas jurídicas, já que não tal situação não é sustentável.

Inspirados na nossa Constituição, muitos juízes e Tribunais Brasileiros, na tentativa de proteger as classes menos afortunadas, adotam decisões proibindo que as regras econômicas funcionem normalmente.

Um exemplo disto são as decisões que, não obstante o inadimplemento no pagamento mensal, determinam que as empresas prestadoras de serviços públicos continuem a prestar o serviço ao consumidor inadimplente, sendo impedidas de interromper a prestação dos mesmos.

Em vez de zelar pelas leis e preservar a segurança jurídica, alguns juízes pátrios buscam às expensas de terceiros (empresas prestadoras dos serviços) fazer assistência social.

A análise da jurisprudência dos Tribunais Brasileiros permite constatar a existência, com significativa presença, deste posicionamento jurisprudencial “pró-consumidor”. Seguem abaixo, a título de ilustração, decisões nesse sentido adotadas pelos Tribunais de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Estado do Paraná referentes à prestação de serviços de saneamento básico:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FORNECIMENTO DE ÁGUA. CORTE. IMPOSSIBILIDADE. **O fornecimento de água é dever** do Município (CF, art. 30, V), cuja prestação pode ser delegada, mas respeitados os direitos dos usuários e a obrigação de manter serviço adequado (CF, art. 175, IV). **Tratando-se de bem essencial, o princípio é o da continuidade**, sendo que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos (CDC, art. 22). **O inadimplemento não autoriza o corte no fornecimento, pois tal representa exercício arbitrário das próprias razões**, vedada a justiça privada pelo sistema jurídico pátrio, não podendo a credora utilizar-se da suspensão do fornecimento como

meio coercitivo para o pagamento de débitos. Precedentes da Câmara. A suspensão no fornecimento não pode ser feita por débitos passados, principalmente nos casos em que a própria dívida ainda está em discussão. RECURSO PROVIDO, NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA. [Grifos nossos]

(Agravado de Instrumento nº 70018156141, Segunda Câmara Cível, TJ/RS, Relator: Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano).

1) DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. FORNECIMENTO DE ÁGUA À PESSOA EM ESTADO DE MISERABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CORTE. a) O corte do fornecimento de água em caso de inadimplemento de usuário em situação de miserabilidade constitui ato reprovável e atentatório à dignidade da pessoa humana, vez que se trata de um serviço essencial de natureza contínua e ininterrupta. Pode-se, na espécie, dizer-se em estado de miserabilidade da mulher, caso da autora, que está desempregada, tem sete filhos e o marido se encontra na prisão, cumprindo pena. b) A concessionária dispõe de meios legais para efetuar a cobrança do devedor, sendo inviável a utilização da justiça privada em detrimento do Estado-Juiz. c) O consumidor inadimplente favorecido com o religamento do fornecimento de água não tem direito, entretanto, à indenização por dano moral. 2) APELO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

(Apelação Civil, nº 0281660-8, Décima Câmara Cível, TJ/PR, Relator: Des. Leonel Cunha).

Ao tentar preservar o direito de um consumidor, os Tribunais ignoram o mal maior causado a toda a coletividade da qual aquele indivíduo é membro. Esta lesão coletiva decorre da instabilidade econômica gerada por estas decisões.

A decisão de investir em um determinado país e setor da economia leva em consideração, além dos fatores de mercado, a previsibilidade e estabilidade das regras que o agente econômico terá que seguir. A ausência de regras claras e estáveis afasta o investidor ou, na melhor das hipóteses, faz com que ele só aceite realizar o investimento se tiver altos retornos. A consequência lógica deste fenômeno é a ausência do produto ou serviço, ou o seu encarecimento.

Apesar de o Superior Tribunal de Justiça demonstrar posição jurisprudencial no sentido de assegurar o direito das prestadoras de serviço de suspender o fornecimento no caso de inadimplência do consumidor, ainda há votos e decisões (alguns dos quais transcritos abaixo) em sentido contrário, mantendo acesa a chama da insegurança jurídica:

ADMINISTRATIVO. CORTE DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR. LEGALIDADE.

1. A 1ª Seção, no julgamento do RESP nº 363.943/MG, assentou o entendimento de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei 8.987/95, art. 6º, § 3º, II).

2. Ademais, a 2ª Turma desta Corte, no julgamento do RESP nº 337.965/MG entendeu que o corte no fornecimento de água, em decorrência de mora, além de não malferir o Código do Consumidor, é permitido pela Lei nº 8.987/95.

2. Não obstante, ressalvo o entendimento de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica – como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida, curvo-me ao posicionamento majoritário da Seção.

3. Em primeiro lugar, entendo que, hoje, não se pode fazer uma aplicação da legislação infraconstitucional sem passar pelos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiado na Constituição Federal.

4. Não estamos tratando de uma empresa que precisa da energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa miserável e desempregada, de sorte que a ótica tem que ser outra.

Como disse o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins noutra ocasião, temos que enunciar o direito aplicável ao caso concreto, não o direito em tese. Penso que tínhamos, em primeiro lugar, que distinguir entre o inadimplemento de uma pessoa jurídica portentosa e o de uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica. É mister fazer tal distinção, data maxima venia.

5. Em segundo lugar, a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa não fazer o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, não o de uma pessoa que não possui 40 reais para pagar sua conta de luz, quando a empresa tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre patrimônio devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa!

6. No meu modo de ver, data maxima venia das opiniões cultíssimas em contrário e sensibilíssimas sob o ângulo humano, entendo que 'interesse da coletividade' refere-se aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atinge interesse plurissubjetivos.

7. Por outro lado, é preciso analisar que tais empresas têm um percentual de inadimplemento

na sua avaliação de perdas, evidentemente. Pelo que se houve falar, e os fatos notórios não dependem de prova, a empresa recebe mais do que experimenta tais inadimplementos. Tenho absoluta certeza que, dos dez componentes da Seção, todos pagamos a conta de luz diuturnamente. Então, é uma forma da responsabilidade passar do patrimônio do devedor para sua própria pessoa.

8. Com tais fundamentos, e também outros que seriam desnecessários alinhar, sou radicalmente contra o corte do fornecimento de serviços essenciais de pessoa física em situação de miserabilidade e absolutamente favorável ao corte de pessoa jurídica portentosa, que pode pagar e protela a prestação da sua obrigação, aproveitando-se dos meios judiciais cabíveis.

9. Recurso especial provido, por força da necessidade de submissão à jurisprudência uniformizadora.

(REsp 617.588/SP, voto do relator Min. Luiz Fux, 1ª Turma).

CORTE NO FORNECIMENTO DE ÁGUA. INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR. ILEGALIDADE.

1. É ilegal a interrupção no fornecimento de água, mesmo que inadimplente o consumidor, à vista das disposições do Código de Defesa do Consumidor que impedem seja o usuário exposto ao ridículo.

2. Deve a concessionária de serviço público utilizar-se dos meios próprios para receber os pagamentos em atrasos.

3. Recurso não conhecido.

(REsp 122.812/ES, rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, unânime).

Argumentações como a do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, transcrita acima, inspiram juízes e Tribunais inferiores ao redor do país a proferirem decisões contrárias às empresas prestadoras de serviços públicos.

Dessa forma, ainda que as empresas consigam reverter estas decisões no STJ, o tempo despendido para tanto, os custos incorridos e o risco de não alcançar a decisão judicial almejada (em razão de fatores como a não admissão de recursos ao STJ), fazem com que os custos causados pelas decisões equivocadas produzam estragos irreparáveis.

3. Análise legislativa

Até 2007, dois eram os diplomas infraconstitucionais que regulavam a questão do corte de fornecimento de água por falta de pagamento.

O Código de Defesa do Consumidor (“CDC” – Lei nº 8.078/1990) estipula no seu artigo 22:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código. [Grifos nossos]

Por meio deste artigo, os juristas supostamente afeitos aos interesses dos usuários inadimplentes pleiteiam a ilegalidade da suspensão no fornecimento de água.

No entanto, a Lei das Concessões (lei nº 8.987/1995) regulou a matéria, deixando claro em seu artigo 6º que os serviços públicos, tais como o de água, podem ser interrompidos por inadimplência do usuário:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. [Grifos nossos]

Todavia, a Lei do Saneamento Básico (lei nº 11.445/2007), que criou um marco regulatório moderno para o setor, traz previsão que pode incitar aqueles que

defendem a continuidade do fornecimento de água aos consumidores mesmo diante de sua inadimplência:

Art. 40. Os serviços poderão ser interrompidos pelo prestador nas seguintes hipóteses:

I - situações de emergência que atinjam a segurança de pessoas e bens;

II - necessidade de efetuar reparos, modificações ou melhorias de qualquer natureza nos sistemas;

III - negativa do usuário em permitir a instalação de dispositivo de leitura de água consumida, após ter sido previamente notificado a respeito;

IV - manipulação indevida de qualquer tubulação, medidor ou outra instalação do prestador, por parte do usuário; e

V - inadimplemento do usuário do serviço de abastecimento de água, do pagamento das tarifas, após ter sido formalmente notificado.

§ 1º As interrupções programadas serão previamente comunicadas ao regulador e aos usuários.

§ 2º A suspensão dos serviços prevista nos incisos III e V do caput deste artigo será precedida de prévio aviso ao usuário, não inferior a 30 (trinta) dias da data prevista para a suspensão.

§ 3º A interrupção ou a restrição do fornecimento de água por inadimplência a estabelecimentos de saúde, a instituições educacionais e de internação coletiva de pessoas e a usuário residencial de baixa renda beneficiário de tarifa social deverá obedecer a prazos e critérios que preservem condições mínimas de manutenção da saúde das pessoas atingidas. [Grifos nossos]

4. Reflexos do paternalismo: redução de investimentos

Os gráficos abaixo ilustram o nível de investimento no setor de saneamento no Brasil.

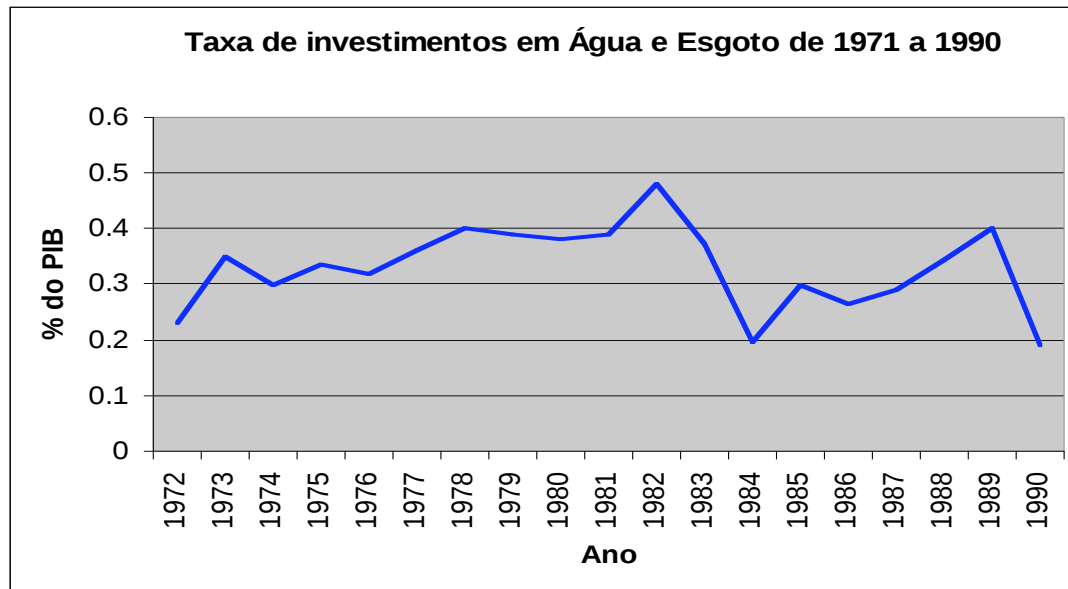
No período compreendido entre 1972 e 1990 os investimentos no setor de saneamento representaram em média 0,33% do PIB nacional. No período a partir de 1990, estes investimentos representam em média apenas 0,22% do PIB nacional.

Embora inúmeros outros fatores influenciem os investimentos no setor de saneamento, estes números permitem constatar que o nível de investimentos no setor reduziu-se em cerca de 50% após o ano de 1990 (ano em que foi editado o Código de Defesa do Consumidor).

Os investimentos no setor de saneamento tiveram um aumento significativo a partir de 1995 (ano em que foi editada a Lei de Concessões). No entanto, a relutância

dos Tribunais em seguir as previsões deste diploma jurídico protetor do investidor (na medida em que permite a interrupção do fornecimento em razão da inadimplência), parece ter voltado a influenciar as inversões no setor, que voltaram a patamar baixo.

Gráfico 1



Fonte: EDU/PR

Gráfico 2



Fonte: AESBE – Associação das Empresas de Saneamento Básico Estaduais

5. Estabelecimento de Regras Claras: Necessidade de regulamentação

Embora, como visto, a Lei do Saneamento Básico estipule que os serviços poderão ser interrompidos na hipótese de inadimplência do usuário, ela também prevê

um tratamento diferenciado para (i) estabelecimentos de saúde, (ii) instituições educacionais, (iii) instituições de internação coletiva de pessoas e (iv) usuários residenciais de baixa renda beneficiários de tarifa social.

Pode ser justificado um tratamento extraordinário a certos grupos de consumidores em virtude de interesse público que o justifique. No entanto, este tratamento não pode jamais ousar revogar as leis que ditam o funcionamento da economia. Nenhum agente econômico racional presta um serviço sem receber uma contraprestação.

Isto não quer dizer que não possam ser estipuladas tarifas sociais (dotadas de subsídio), desde que estejam contempladas as fontes de receitas adicionais para as empresas prestadoras dos serviços que compensarão o serviço prestado abaixo de seu custo.

A nova lei, ao inserir a previsão de tratamento especial a certos grupos de consumidores, permite que a tese da não possibilidade de interrupção dos serviços em caso de inadimplência ganhe força.

A fim de evitar este mal, é necessário que o Poder Executivo regule esta previsão legal, por meio de Decreto Presidencial que estipule de forma clara e detalhada quais são os prazos e critérios que deverão ser observados pelas empresas prestadoras de serviços de saneamento básico quando forem interromper o fornecimento de água a estes grupos de usuários.

Caso esta regulamentação não seja editada pelo Poder Executivo, resta às empresas prestadoras de saneamento básico regular, no contrato que mantém com os consumidores, estes prazos e critérios especiais a que os referidos grupos de consumidores estão sujeitos, a fim de que seja possível a interrupção dos serviços diante do inadimplemento.

É importante que estes contratos sejam entregues aos consumidores, utilizando-se as empresas da via postal, por exemplo. A disponibilidade no *website* da empresa tem a vantagem de reduzir custos, mas pode ser questionada do ponto de vista legal.

6. Conclusão

Tendo em vista os prejuízos acarretados pelas decisões dos Tribunais brasileiros, que introduzem um alto grau de instabilidade no marco regulatório dos serviços públicos, como no setor de saneamento básico, é importante que haja uma

conscientização dos efeitos destas decisões paternalistas nos investimentos realizados pelas empresas.

Regras claras e estáveis são imprescindíveis para o desenvolvimento de qualquer setor econômico de um país.

A Lei do Saneamento Básico, que modernizou o marco regulatório do setor, precisa ser regulada, como descrito acima, a fim de que evite ser usada como um instrumento de amparo para as criticadas decisões paternalistas.

Caso esta regulação não ocorra, restam às empresas utilizar-se da via contratual para proteger seus direitos e assegurar o funcionamento incontestado das leis da economia.

7. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Edmar. MULDER, Nanno. *Enhancing Brazil's Regulatory Framework for Network Industries: The case of electricity, oil and gas and water and sanitation*. OCDE, Paris, 2005.

CLARKE, George R. G.. KOSEC, Katrina. WALLSTEN, Scott. *Has Private Participation in Water and Sewerage Improved Coverage? Empirical Evidence from Latin America*. Banco Mundial. Washington, 2004

DI PIETRO, Maria Sylvia Z. *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. Editora Fórum. São Paulo, 2003.

NAÇÕES UNIDAS. *Sanitation: policy options and possible actions to expedite implementation. Relatório do Secretário-Geral*. Nova York, 2004.