

Agências reguladoras e o caso de Mirassol

Autor(a): Mauricio Portugal Ribeiro

Publicado em: 26 de fevereiro de 2021

Publicação: jota_import

Link JurisTube:

<https://juristube.com.br/colunistas/mauricio-portugal-ribeiro/agencias-reguladoras-e-o-caso-de-mirassol>

Fonte original: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/agencias-reguladoras-mirassol-stj>

Identificador citável:

juristube.com.br/colunistas/mauricio-portugal-ribeiro/agencias-reguladoras-e-o-caso-de-mirassol#ep-6535a12a

Resumo

Regulação das concessões: para que serve a independência das agências reguladoras e quais os seus limites?

Texto integral

Para que serve a independência das agências reguladoras e quais os seus limites? Criadas como “autarquias de regime especial” no contexto das desestatizações que acompanharam a reforma do Estado brasileiro dos anos 90, essas entidades foram dotadas de um grau reforçado de autonomia administrativa, orçamentária e financeira para assegurar que atuassem de forma técnica, imparcial e independente de pressões políticas ou do mercado na regulação das concessões. Acreditava-se que essa independência decisória seria a pedra angular na construção de um ambiente institucional estável, que gerasse nos investidores privados a confiança de que os contratos de concessão seriam cumpridos. Evitar que fatores externos à concessão causassem a sua instabilidade era a sua finalidade. Respeitar o previsto no contrato de concessão era o seu limite. Essa lógica, contudo, corre o risco de ser subvertida em caso pendente de julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), envolvendo o município de Mirassol, a ARSAE – agência reguladora municipal – e a concessionária dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. O caso de Mirassol [1] Em 2007, o município de Mirassol, no Estado de São Paulo, resolveu fazer uma concessão dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Em dezembro daquele ano, foi assinado o contrato de concessão com a empresa vencedora da licitação. Quando do início da licitação, a agência reguladora municipal, a ARSAE, ainda não havia sido criada. Por isso, a minuta de contrato de concessão não a mencionava e ela terminou não assinando o contrato de concessão, apesar de ter sido criada meses antes da sua assinatura pelo Município e pela concessionária, que ocorreu em dezembro de 2007. Em 2012, a concessionária pleiteou reequilíbrio econômico-financeiro perante a ARSAE, em processo de revisão ordinária do contrato, por eventos cujo risco entendia ter sido atribuído pelo contrato ou pela lei ao poder concedente, mas que tinham produzido sobre ela impactos negativos (aumentos de custo ou reduções de receita). Após processo administrativo, a ARSAE entendeu que a concessionária não tinha direito ao reequilíbrio, por não ter documentado adequadamente a ocorrência dos eventos e seus impactos. Discordando dessa decisão, em 2014, a concessionária resolveu contra ela se insurgir na via arbitral. O contrato previa a arbitragem como meio de solução de conflitos entre as partes e a Câmara de Mediação e Arbitragem da FIESP/CIESP, como instituição que processaria a arbitragem e indicaria o árbitro. Ciente da

divergência da concessionária em relação à sua decisão, a própria ARSAE formalmente sugeriu que a controvérsia fosse dirimida pela arbitragem e entendeu que a agência não deveria ser parte da arbitragem. Foi, então, instaurada a arbitragem para analisar o pleito da concessionária de revisão ordinária do contrato. O município de Mirassol, após ter requerido a instauração da arbitragem em conjunto com a concessionária, se negou a assinar o termo de arbitragem. Apesar de não ter assinado o termo de arbitragem, participou ativamente do processo, manifestando-se nos momentos cabíveis. É importante notar que o Município tentou tumultuar o processo, primeiro desistindo da arbitragem, alegando tratar o contrato de serviços públicos essenciais, o que, no seu entendimento, caracterizaria direito público indisponível, não sujeito à arbitragem e nessa linha pediu, em preliminar, a declaração da incompetência da câmara arbitral – o que evidentemente não faz o menor sentido, uma vez que a arbitragem era sobre questões econômico-financeiras que, conforme expressamente reconhecido pela legislação brasileira [2], se caracterizam como direito patrimonial disponível. Alegou, ainda, não ser viável a arbitragem em face de decisão do Tribunal de Contas de São Paulo que teria constatado supostas irregularidades na licitação do contrato de concessão – esse tema, contudo, nada tinha a ver com a discussão do processo arbitral. Superadas essas questões, o município alegou ser necessária a participação do Ministério Público no processo arbitral, o que, evidentemente, também não faz o menor sentido. O árbitro habilmente impediu a perturbação do processo, realizou os atos necessários ao seu regular andamento (produção de provas, perícias etc.) e conduziu o processo para decisão de mérito. É importante notar que não encontramos qualquer indício de que os direitos das partes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa tenham sido violados nessa arbitragem. Em 23 de janeiro de 2017, o árbitro decidiu que a concessionária tinha direito ao reequilíbrio do contrato de concessão e definiu a nova tarifa a ser praticada para que o contrato restasse equilibrado. Ao tentar iniciar a cobrança da tarifa de equilíbrio, a concessionária se defrontou com uma portaria emitida pela ARSAE que a proibiu de praticá-la, sob pena de caducidade da concessão! A ARSAE, portanto, se negou a cumprir a decisão arbitral, alegando que a decisão arbitral não valia contra a ARSAE porque ela – entidade responsável por lei por analisar e autorizar revisões tarifárias e reajustes de tarifa – não havia participado da arbitragem. A concessionária se viu forçada a recorrer ao Poder Judiciário para obter a anulação da decisão da ARSAE. Lamentavelmente, o entendimento do Poder Judiciário até aqui – o caso já está para decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) – tem sido de que a decisão arbitral não pode ser oposta a ARSAE porque ela não foi parte da arbitragem. Muito além de Mirassol: o que está em jogo na decisão a ser tomada pelo STJ? Em nossa opinião, contudo, esse caso levanta reflexões maiores que os aspectos formais que foram foco da análise do Poder Judiciário até aqui. A questão central nos parece ser aquela que apresentamos logo no início deste artigo: para que serve a independência das agências reguladoras e quais os seus limites? Não temos dúvida de que, na construção do modelo de Estado regulador brasileiro, a opção por se atribuir às agências independência decisória e autonomia funcional tinha por objetivo dotá-las dessas prerrogativas para cumprir (compliance) e fazer cumprir (enforcement) os contratos, inclusive – e principalmente – para resistir a pressões contrárias ao cumprimento do contrato eventualmente realizadas pelo poder concedente, pelo concessionário ou pelos usuários do serviço. O interesse dos investidores privados nas oportunidades de negócio de longo prazo nos diferentes setores de infraestrutura que lhes são ofertadas pelo Estado depende da confiança desses investidores quanto ao cumprimento dos contratos. A independência decisória e a autonomia funcional das agências reguladoras são, portanto, no nosso sistema jurídico, meios para atingir um fim específico: o cumprimento dos contratos. Eis que, no caso de Mirassol, a ARSAE usa a sua

independência exatamente para o objetivo oposto ao de sua criação, isto é, para não cumprir o contrato; para não cumprir a decisão de árbitro nomeado conforme o edital para dirimir os conflitos em torno da execução do contrato e, assim, dizer qual é a regra contratual a ser cumprida (também pela agência!) no caso concreto. A ARSAE renunciou nesse caso ao papel de guardiã da estabilidade do ambiente institucional regulatório para se tornar, ela própria, a causadora da instabilidade regulatória. Trata-se, ao nosso ver, de um claro desvio de finalidade. A ARSAE foi criada por lei para dar cumprimento aos contratos celebrados pelo Município de Mirassol, pouco importando se ela é ou não signatária do contrato, e se ela é ou não parte dos litígios que determinam os fatos e o direito em torno do contrato. Tanto é assim que ela regula e fiscaliza contrato que não assinou. Por isso, não faz qualquer sentido que ela maneje prerrogativas (como independência, autonomia etc.) que recebeu para cumprir contratos com a finalidade de descumpri-los. Além de desvio de finalidade, há também violação dos limites da independência decisória que lhe foi conferida. Como visto, a atuação independente da agência reguladora encontra balizas nas regras do contrato. De maneira que a competência atribuída à ARSAE pela lei municipal de sua criação para “ analisar e autorizar a revisão das tarifas ” nada mais significa senão “ analisar e autorizar a revisão do valor das tarifas (tal qual definido na licitação) nas hipóteses e segundo o procedimento e metodologia previstos no contrato, inclusive no que diz respeito ao mecanismo de resolução de conflitos estabelecido entre as partes ”. O país passa por um momento de esforço para universalizar os serviços de saneamento, usando a expertise, agilidade e capacidade de financiamento da iniciativa privada. Para isso, foi aprovado um novo marco legal do setor, passo importante para melhorar o ambiente de negócios de modo a viabilizar investimentos privados de grande monta em benefício de cerca de 35 milhões de brasileiros que ainda não têm acesso a água tratada e cerca de 100 milhões de brasileiros que ainda não contam com a coleta e tratamento de esgoto. [3] O cumprimento e a execução dos contratos pelas agências reguladoras e a certeza da exequibilidade das decisões arbitrais contrárias à Administração Pública são elementos essenciais para a estabilidade regulatória e segurança jurídica desse ambiente de negócios. Sem a certeza de que as agências cumprirão e farão cumprir os contratos e de que o resultado das controvérsias submetidas à arbitragem será respeitado, os investimentos ou (a) não serão realizados pela iniciativa privada, ou (b) serão realizados a preços muito mais altos, o que significará uma redução relevante do ritmo de universalização dos serviços. Nesse contexto, caberá ao STJ decidir não apenas sobre o destino dos serviços públicos de água e esgoto de Mirassol, mas sobre as condições para que esses serviços se tornem realidade para centenas de milhões de brasileiros. O caso relatado acima representa uma oportunidade para o STJ deixar claro que as agências reguladoras se destinam a cumprir e a fazer cumprir os contratos e que, nesse sentido, devem obediência às decisões dos árbitros quanto às controvérsias que, nos termos da lei e dos contratos, possam ser submetidas à arbitragem. O episódio 49 do podcast Sem Precedentes faz uma análise sobre o que o Supremo Tribunal Federal precisa dizer sobre a prisão de deputados. Ouça: <https://youtu.be/9Tv7gNDT4Rw>

[1] Os autores deste artigo nunca foram contratados pela concessionária dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário de Mirassol, embora já tenham atuado em casos de empresas do mesmo grupo econômico da concessionária. Além do nosso interesse acadêmico nas questões envolvidas no presente caso, preocupa-nos, como advogados atuantes em diferentes setores de infraestrutura, a grave repercussão entre potenciais investidores privados de uma decisão do STJ que confirme as decisões das instâncias inferiores do Judiciário no caso analisado neste artigo e admita que uma agência reguladora possa se negar a cumprir uma decisão arbitral que diz qual a regra contratual aplicável a um caso concreto. [2] Cf. Art. 31, § 4º, I, da Lei Federal nº

13.448/2017. [3] Ver a respeito os números divulgados pelo Instituto Trata Brasil na página “Principais Estatísticas” de seu sítio eletrônico (disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas> . Acesso em 18/02/2021).

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

RIBEIRO, Mauricio Portugal. Agências reguladoras e o caso de Mirassol. *jota_import*, 26 fev. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/agencias-reguladoras-mirassol-stj>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/mauricio-portugal-ribeiro/agencias-reguladoras-e-o-caso-de-mirassol>. Acesso em: 26 ago. 2026.

APA 7ª edição

Ribeiro, M. P. (2021, February 26). Agências reguladoras e o caso de Mirassol. **jota_import**. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/agencias-reguladoras-mirassol-stj>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

RIBEIRO, Mauricio Portugal. 2021. “Agências reguladoras e o caso de Mirassol.” **jota_import**, February 26. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/agencias-reguladoras-mirassol-stj>

BibTeX

```
@article{mauricio-portugal-ribeiro-ag-ncias-reguladoras-e-o-caso-de-mirasso-2021,
author = {Ribeiro, Mauricio Portugal},
title = {Agências reguladoras e o caso de Mirassol},
journal = {jota_import},
year = {2021},
url = {https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/agencias-reguladoras-mirassol-stj},
urldate = {2021-02-26}
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgal 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>