

O desenho regulatório do novo marco legal do saneamento básico no Brasil e a aparente dicotomia entre a regulação contratual e discricionária

The regulatory design of the new legal framework for basic sanitation in Brazil and the apparent dichotomy between contractual and discretionary regulation

Submetido(submitted): 13/05/2021

Parecer(revised): 20/05/2021

Aceito(accepted): 28/05/2021

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)
Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Alexandre Anderáos*
ORCID: 0000-0003-0457-9921

Abstract

[Purpose] To present the main points of the new legal framework for Water and Sanitation Services (WSS) in Brazil, shedding light on the frequent and not very well-structured discussion about an apparent dichotomy between a model of discretionary regulation and a model of contractual regulation (or regulation by contract).

[Methodology/approach/design] The apparent dichotomy between discretionary and contractual regulation is addressed, which is very much in the agenda with the approval of the new legal framework for WSS, seeking to identify where on the curve the Brazilian WSS sector is located.

[Findings] The Brazilian WSS adopts a hybrid model (contractual and discretionary regulation), however, as the new legal framework, it starts to lean towards contractual regulation. The calibration of the balance will depend, to a large extent, on the standard guidelines to be written by ANA and on its adherence by subnational agencies.

[Practical implications] The ideas brought up in this article may guide new research regarding the changes brought about by the new WSS legal framework, such as the new ANA attributions of oversight regulation of a sector whose ownership is not of the Union. In addition, it sheds some light on the apparent dichotomy between discretionary and contractual regulation.

*Engenheiro Civil pelo Instituto Mauá de Tecnologia (2000); Mestre em Saúde Segurança e Meio Ambiente- SSMA pelo Centro Universitário Senac (2005); Especialista em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (EAESP-FGV) (2006); graduado em Direito pelo Instituto Brasileiro de Direito Público- IDP (2020). Já atuou na área de desenvolvimento urbano na iniciativa privada. É Especialista em Recursos Hídricos e Saneamento Básico na Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico- ANA, desde 2010, atuando, atualmente, no Grupo de Trabalho de Saneamento Básico da ANA, desde junho de 2020, depois de 9 anos na Coordenação de Serviços Públicos e Segurança de Barragens da Superintendência de Regulação- SRE da ANA. E-mail: aleanderaos@gmail.com.

[Originality/value] *The paper brings insights, still not very debated in the academic environment, about the changes in the new legal framework of WSS and opens up possibilities for more in-depth investigations.*

Keywords: *Water and Sanitation. Water and Sanitation Regulation. Oversight Regulation. Contractual Regulation. Discretionary Regulation.*

Resumo

[Propósito] Apresentar os principais pontos do novo marco legal do saneamento básico no Brasil, jogando luz à frequente discussão, não muito bem estruturada, sobre uma aparente dicotomia existente entre um modelo de regulação discricionário e um modelo de regulação contratual.

[Metodologia/abordagem/design] Aborda-se a aparente dicotomia existente entre regulação discricionária e contratual, muito em pauta com a aprovação do novo marco legal do saneamento básico, buscando identificar em que ponto da curva o setor do saneamento brasileiro se encontra.

[Resultados] O setor de saneamento brasileiro adota um modelo híbrido (regulação contratual e discricionária), porém, com o novo marco legal, passa a pender mais para o lado da regulação contratual. A calibração da balança dependerá, em grande medida, das normas de referência a serem elaboradas pela ANA e da adesão pelas agências infranacionais.

[Implicações práticas] As reflexões trazidas neste artigo poderão balizar novas pesquisas jurídicas a respeito das mudanças trazidas pelo novo marco legal do setor de saneamento, a exemplo das novas atribuições da ANA de supervisão regulatória de um setor cuja titularidade não é da União. Ademais, jogam um pouco de luz sobre a aparente dicotomia entre regulação discricionária e contratual.

[Originalidade/relevância do texto] O artigo traz pontos, ainda pouco debatidos no meio acadêmico, sobre as mudanças no novo marco legal do saneamento e abre possibilidades para investigações mais aprofundadas.

Palavras-chave: Saneamento Básico. Regulação do Saneamento. Supervisão Regulatória. Regulação Contratual. Regulação Discricionária.

INTRODUÇÃO

O objetivo desse trabalho é apresentar os principais pontos do novo marco legal do saneamento básico no Brasil, setor da infraestrutura que, indiscutivelmente, estará em evidência nos próximos anos, jogando luz à frequente discussão não muito bem estruturada sobre uma aparente dicotomia existente entre um modelo de regulação discricionário e um modelo de regulação contratual.

A falta de saneamento básico é um dos grandes problemas brasileiros com impactos na saúde pública, no meio ambiente, no turismo e na qualidade

de vida da população, especialmente nos grandes centros urbanos, afetando milhares de pessoas em todas as regiões do país. O Brasil ainda se encontra distante da universalização do saneamento básico, especialmente em relação ao fornecimento de água tratada e tratamento de esgoto.

De acordo com os dados recentes do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento - SNIS (Brasil, 2020), 83,7% da população conta com atendimento dos serviços de abastecimento de água, sendo que as regiões Sudeste, Sul e Centro-Oeste superaram ou estão próximas a superar o índice de 90%; já as regiões Norte e Nordeste apresentam atendimentos de 57,5% e 73,9%, respectivamente. Já a situação de atendimento com rede coletora de esgoto é bastante precária, atingindo 54,1% da população.

Muitos esforços foram empreendidos nas últimas décadas visando à universalização desse serviço público tão essencial, com destaque ao Plano Nacional de Saneamento- Planasa e à Lei Federal 11.445/2007, também chamada de Lei de Diretrizes Gerais do Saneamento Básico (LDNSB), que estabeleceu o marco regulatório vigente até 2020.

Alguns dos grandes desafios do setor, que advêm principalmente do arcabouço jurídico e institucional, são a falta de padronização e efetividade regulatória, falta de concorrência e de atratividade para o setor privado e, conseqüentemente, a falta de investimentos.

Diante desse quadro, visando aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no país, e depois de muitas discussões no parlamento com duas medidas provisórias perdendo a eficácia, em julho de 2020 houve a promulgação da Lei 14.026/2020, inaugurando um novo marco para o setor de saneamento no Brasil.

Alguns dos principais pilares do novo marco são: incentivo à competição por novos contratos; estabelecimento de metas de universalização dos serviços (água e esgoto); o incentivo à prestação regionalizada; a uniformidade regulatória, com as novas atribuições da Agência Nacional de Águas (e “Saneamento Básico”, com o advento do novo marco) - ANA, com destaque à elaboração de normas de referência para o setor.

Dentre as futuras normas de referência a serem estabelecidas pela Agência federal, destacam-se vários elementos relacionados aos contratos a serem firmados entre os titulares do serviço e os prestadores de serviço. Por conta dessa padronização dos instrumentos negociais a cargo da ANA, somada à impossibilidade de novos contratos de programa (sem licitação), muito tem se falado que o setor migrou de um modelo de regulação discricionária, ou por agência, para um modelo de regulação contratual, em alusão à uma aparente dicotomia existente entre os estes modelos.

Entende-se que esses modelos não são mutuamente excludentes, mas existe um pêndulo que, a depender das particularidades de cada país ou setor econômico, pode se mover para um lado ou para o outro. No momento atual do setor, com o advento do novo marco legal, está pendendo para o lado da regulação contratual, sem eliminar, contudo, a regulação discricionária.

Embora o saneamento básico compreenda os serviços de fornecimento de água e tratamento de esgoto, resíduos sólidos urbanos e drenagem urbana, o presente trabalho foca nos serviços de água e esgoto, ainda que, em certa medida, as análises possam ser extrapoladas para os componentes do saneamento.

Faz-se, inicialmente, um breve histórico do arcabouço legal do saneamento básico no país, a fim de se verificar a conformação do marco normativo com o desenvolvimento do modelo regulatório, culminando na LDNSB, de 5 de janeiro de 2007. Após, são tratados os principais pontos do novo marco legal, enfatizando as novas competências da ANA de elaborar normas de referência para o setor e os impactos no modelo regulatório. Por fim, é feita uma contextualização da aparente dicotomia existente entre regulação discricionária e contratual, buscando identificar em que ponto da curva o setor do saneamento brasileiro se encontra.

BREVE DIAGNÓSTICO DO SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Houve vários esforços nas últimas décadas no sentido de mitigar as mazelas relativas à falta saneamento básico como detalhou Lobo (2016), passando pelo Programa de Ação Econômica- PAEG, entre 1964 e 1968, expandindo os serviços de água e esgoto; pela instituição do Plano Nacional de Saneamento- Planasa, em 1967, com financiamento do Banco Nacional de Habitação; passando também pelo Decreto Lei 200, de fevereiro de 1967, que reformou a estrutura institucional da administração pública federal, lançando as bases para a descentralização dos serviços públicos, pavimentando o processo de concessões municipais dos serviços de saneamento para as empresas públicas estaduais.

O Planasa foi idealizado como uma política de envergadura nacional e visava oferecer serviços de saneamento em grande escala no país, a partir de uma estrutura administrativa e financeira centralizada no Banco Nacional de Habitação- BNH. Criou-se um sistema de financiamento centralizado, fomentando a criação de empresas estatais de saneamento.

Ferreira (2005) observa que a adesão por parte dos municípios ao Plano não foi total e muitos mantiveram prestação própria de serviços de água e esgoto, principalmente no estado de São Paulo. Oportuno observar, ainda nos

dias atuais, a predominância da prestação por empresas estatais, herança do Planasa, e pelas municipalidades, a partir de autarquias e até mesmo pela administração direta.

O Plano se desenvolveu bem até meados da década de 1980, principalmente em relação ao abastecimento de água; já com relação à coleta e tratamento de esgoto, os avanços foram tímidos.

A extinção do Banco Nacional de Habitação- BNH, em 1985, em um contexto de crise fiscal, marcou a estagnação das políticas de saneamento básico do Brasil. Após essa época, as atribuições relativas ao financiamento do saneamento passaram à Caixa Econômica Federal (LOBO, 2016).

Na visão de Turolla (1999), o modelo implementado pelo Planasa funcionou razoavelmente bem enquanto as fontes de financiamento da expansão dos sistemas geravam um fluxo líquido positivo. O esgotamento do Plano veio quando o fluxo de novos recursos se reduziu consideravelmente.

O vazio institucional com o fim do Plano só foi efetivamente rompido em 2007, com a publicação da LDNSB, que instituiu um marco regulatório dos serviços de saneamento no país, se tornando um grande divisor de águas para a prestação deste serviço público.

Oportuno observar que a influência do modelo instaurado pelo Planasa perdura, em certa medida, até os dias atuais, com grande participação de empresas estatais monopolistas. Além disso, o novo marco, de 2020, traz novamente o protagonismo da União para o setor.

No contexto do Planasa, oportuno citar a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978 (regulamentada pelo Decreto 82.587, de 6 de novembro de 1978), que dispôs sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento básico, a cargo do Ministério do Interior. Esta Lei estabeleceu que as tarifas deveriam obedecer ao regime do serviço pelo custo, garantindo ao responsável pela execução dos serviços a remuneração de até 12% (doze por cento) ao ano sobre o investimento reconhecido.

Observe que se tratava de uma regulação por custo do serviço, se aproximando de um modelo de regulação discricionária em que todos os custos incorridos na prestação são repassados para tarifa. Acrescente-se que nesse período, ainda, não havia a regulação por agências autônomas independentes, que só ocorreria a partir do Plano Diretor da Reforma do Estado, da década de 1990, mas pode-se dizer que função regulatória era exercida pelo Ministério do Interior¹, conforme o Decreto 82.587, de 6 de novembro de 1978.

¹(Decreto 82.587, de 6 de novembro de 1978) Art. 6º - Compete ao Ministério do Interior: a) - expedir normas gerais sobre a fixação de tarifas e o exercício da sua aplicação e fiscalização; b) - autorizar o reajustamento de tarifas, após sua aprovação

Ressalte-se que o setor de saneamento não foi atingido de forma drástica pelas reformas sofridas na década de 1990, como outros setores de infraestrutura durante o Governo FHC, não passando pela onda de privatizações (FERREIRA, 2005), ainda que tenha havido algumas concessões em municípios em que a prestação era feita pelo próprio município.

O desenvolvimento do setor, a partir do Planasa, foi delineando um modelo de regulação semelhante ao dos atuais contratos de programa, em que a maior parte das regras é definida não a priori, no contrato, mas, a posteriori, seja pelo próprio ente estatal, em um período anterior à 2005, ou por uma agência reguladora infranacional, a partir da Lei 11.107/2005 e, principalmente, da LDNSB, de 2007.

Antes de tratar das mudanças decorrentes da LDNSB, oportuno fazer um sobrevoos nos regramentos trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil- CRFB/1988 sobre o tema.

O art. 21, XX, atribuiu à União a competência legislativa de instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, entre as quais se situam as normas gerais dos serviços de saneamento básico². O art. 23, IX, estabeleceu a competência comum dos entes federados para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Já o art. 200, IV, trata do papel do SUS na execução de ações relacionadas ao saneamento básico.

E, finalmente, o art. 30, V, prevê cláusula genérica segundo a qual compete ao município prestar os serviços de interesse local. É justamente este artigo que fundamenta a competência municipal para a prestação do serviço básico, devido à predominância do interesse local.

Trata-se do denominado princípio da subsidiariedade, segundo o qual todos os serviços de interesse tipicamente local, isto é, que possam ser prestados adequadamente pelo município e se relacionem com sua realidade de forma específica, estejam no âmbito de competência desse nível federativo (BARROSO, 2007).

Acrescente-se que o art. 25, §3º, da CRFB, também de suma importância para a política de saneamento, estabelece a questão da instituição de regiões metropolitanas pelos estados, mediante Lei Complementar. Observa-se que apesar da titularidade do serviço ser municipal, é comum a infraestrutura de

pelo Conselho Interministerial de Preços (CIP); c) - propor ou destinar recursos a fundo perdido para investimentos na área do PLANASA; d) - estabelecer, na forma da lei, as penalidades e sanções a serem aplicadas em decorrência de eventuais irregularidades constatadas pela fiscalização.

²É justamente o art.21, XX, da CRFB que fundamenta a Lei 11.445/ 2007, a Lei de Diretrizes Nacional do Saneamento Básico- LDNSB.

saneamento ocupar vários municípios contíguos em regiões metropolitanas, gerando desafios para sua gestão.

Durante alguns anos houve uma dúvida de quem seria a titularidade do serviço cuja prestação extravase, pela sua própria natureza, os limites territoriais do município.

A questão foi aparentemente dirimida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842-R.J, que tinha como objeto a inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 87/1997, da Lei nº 2.869/1997 e do Decreto nº 24.631/1998 (ambos do Estado do Rio de Janeiro), que instituíram a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos.

Sedimentou-se a tese de que os municípios e o Distrito Federal possuem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico; porém, nas situações que caracterizem o interesse comum, o exercício da titularidade será realizado por meio de colegiado interfederativo, formado a partir da instituição de região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião, conforme o disposto na Lei 13.089/2015 (Estatuto da Metrôpole).

Destaca-se também a Adin 2.077/BA, segundo a qual o Estado da Bahia atribuiu a si próprio a titularidade do serviço de saneamento, quando sua prestação utilizasse recursos ou infraestrutura fora do território municipal. Em 6 de março de 2013, o STF suspendeu cautelarmente a eficácia do art.59, V, da Constituição Estadual da Bahia, sob o argumento de que o referido dispositivo estaria por transferir dos Municípios ao Estado a competência para regular o saneamento básico.

Já no plano infraconstitucional, ressalta-se a promulgação da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos- PNRH, criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e regulamentou o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal. Digno de nota também foi a criação da ANA, autarquia federal criada pela Lei nº 9.984, de julho de 2000.

É provável que a Política Nacional de Recursos Hídricos tenha lançado as bases para o arcabouço regulatório atual do saneamento (ou vigente até 2020, se preferirem), que seria aprovado dez anos depois. No Brasil, à época da criação da ANA, a visão era que o setor de saneamento básico seria um dos usuários dos recursos hídricos, como irrigação, indústrias, e hidroeletricidade e, como tal, deveria ser tratado da mesma forma, daí por que a Lei de criação da ANA não lhe atribuiu funções relacionadas à regulação da prestação do serviço de saneamento básico.

Observa-se que as prestadoras de serviço de saneamento estão submetidas ao regime jurídico da outorga de uso de recursos hídricos pela ANA,

no caso de rios de domínio da União, ou pelo órgão gestor de recursos hídricos estadual, no caso de rios de domínio do respectivo estado. Isso se deve ao regime da dupla dominialidade estabelecido pela Constituição Federal de 1988, à exceção das águas subterrâneas, cuja titularidade é sempre do estado.

No que tange a LDNSB, que estabeleceu o marco regulatório de saneamento, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 7.217/2010, em síntese estabeleceu: definição de conceitos dos serviços abrangidos pelo saneamento³ e dos seus princípios fundamentais; o reconhecimento sobre a possibilidade de delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação dos serviços⁴, o estabelecimento dos conteúdos mínimos para a formulação de políticas pelos titulares; a estipulação da obrigatoriedade de celebração de instrumento contratual quando o prestador não integre a administração do titular; a fixação de requisitos para a validade dos contratos; regramentos sobre planos de saneamento básico; a formulação de normas sobre regulação, inclusive sobre os aspectos técnicos, econômicos e sociais da prestação dos serviços.

Vale destacar as atividades ou fases no ciclo de gestão do saneamento que são: a titularidade⁵; a prestação do serviço, que pode ser realizada diretamente pelo titular ou delegada; ainda, há a regulação do serviço, que pode ser realizada sob diversas configurações ou arranjos regulatórios (agências municipais, intermunicipais ou estaduais); e, finalmente, o planejamento que, como visto, é competência do titular do serviço.

Um dos grandes avanços trazidos pela LDNSB foi a clara separação entre os diferentes papéis exercidos pelos diversos atores do saneamento: atividades de planejamento, regulação e prestação dos serviços.

Visando à delegação da prestação do serviço de saneamento, e seguindo lógica semelhante à do Planasa, os municípios passaram a celebrar convênios de cooperação com os estados, possibilitando assim que as empresas estatais de

³Oportuno delimitar o conceito de saneamento básico em consonância com a Lei 11.445 (Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico- LDNSB), de 5 de janeiro de 2007: a atividade compreende os serviços de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos, drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.

⁴Observa-se que o planejamento é indelegável, devendo ser realizado pelo município. Nada obstante, com o novo marco legal de 2020 o planejamento pode ser realizado por um conjunto de municípios regionalizados, por meio de um Plano Regional de Saneamento Básico.

⁵Em regra, a titularidade é do município à exceção das regiões metropolitanas devidamente estabelecidas por lei pelos estados da Federação, conforme a ADI nº 1.842/RJ, ou pelas novas formas de regionalização trazidas pelo novo marco legal do saneamento básico de 2020.

saneamento firmassem contratos de programa⁶ (sem um processo licitatório) com os municípios, substituindo os contratos de concessão anteriormente ajustados, em consonância ao disposto no art. 137 da Lei nº 11.107/05.

Ressalta-se que o marco legal de 2007 segue a lógica do Planasa no que tange o protagonismo das empresas estatais, mas sem o papel central da União na condução da política, que retorna agora com o marco de 2020.

A despeito dos avanços trazidos pelo regramento de 2007, passada mais de uma década, o país convive com um arranjo institucional muito fragmentado. Segundo estudos recentes da ANA (não publicado), há mais de 80 agências infranacionais de saneamento básico, entre estaduais, inter-municipais e municipais.

Como consequência desse arranjo institucional, decorrente do arcabouço jurídico, em particular da titularidade do serviço, verifica-se uma falta de padronização regulatória e custos de transação relevantes aos prestadores públicos e privados, que são regulados, muitas vezes, por diferentes entidades, em diferentes localidades, devendo se adaptar a regras regulatórias potencialmente muito diferentes na prestação de um mesmo serviço.

O contexto regulatório atual do setor se caracteriza por alta assimetria procedimental, material e organizacional, já que os agentes econômicos interessados em transitar por diferentes municípios devem realizar investimentos significativos para compreender e dominar tecnicamente o arcabouço regulatório aplicável ao mesmo serviço nas diferentes localidades (MARRARA, 2020).

Para Marques (2020), a situação atual em que cada regulador Infranacional estabelece os seus normativos (ou muitas vezes não estabelece), não promove a coesão e a qualidade da regulação no país e não é sustentável a longo prazo. Ademais, em várias questões essenciais da prestação do serviço não se justifica ter dispositivos distintos no país.

⁶Conforme inciso XVI do Decreto nº 6.017/07: XVI - contrato de programa: instrumento pelo qual devem ser constituídas e reguladas as obrigações que um ente da Federação, inclusive sua administração indireta, tenha para com outro ente da Federação, ou para com consórcio público, no âmbito da prestação de serviços públicos por meio de cooperação federativa (...).

⁷Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos (...).

A Exposição de Motivos Interministerial (EMI) da MP 844/188 (sem efeito) assinada pelos Ministros das Cidades, do Meio Ambiente e do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão apresentou um diagnóstico apontando que a despeito dos avanços da Lei nº 11.445/2007, a população brasileira ainda enfrenta graves problemas de acesso aos serviços públicos de saneamento básico. Destacou que, ao longo dos últimos anos, a grande variabilidade de regras regulatórias se consolidou como um obstáculo ao desenvolvimento do setor e à universalização dos serviços. E ainda, reguladores do serviço de saneamento com baixa capacidade regulatória somado à falta de padronização regulatória entre os diversos reguladores infranacionais vêm gerando custos de transação relevantes aos prestadores, públicos e privados, que prestam serviço para diferentes titulares e são regulados por diferentes entidades.

Emergem, portanto, grandes desafios relacionados à regulação do saneamento. Diferente dos avanços que houve no setor elétrico e de telecomunicações – ambos setores com marco regulatório dos anos 1990, serviços públicos de titularidade da União, regulados por Agências Reguladoras Nacionais (ANEEL e ANATEL) – o serviço público de saneamento básico não teve o mesmo passo.

Nota-se que a questão da titularidade municipal e a multiplicidade de arranjos possíveis para a prestação e a regulação do serviço acarretam uma complexidade que não se verifica em outros setores da infraestrutura. Há casos, por exemplo, em que a prestação do serviço é realizada pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto (SAAE), que geralmente é uma autarquia municipal; outros, por um Departamento de Águas e Esgoto-DAE, órgão da administração direta; há casos em que o serviço é prestado por uma empresa estatal do Estado, por meio de contrato de programa, ou até mesmo do município; e ainda, pode ocorrer a concessão do serviço público para um prestador privado.

Ressalte-se que o setor de saneamento no Brasil é altamente monopolizado, o que é natural pelas suas características e da infraestrutura necessária ao serviço, sendo que as estatais, como herança do Planasa, têm forte predomínio na prestação dos serviços (EMI nº 00017, 2018).

Conforme dados do SNIS (2018).

⁸Em 6 de julho de 2018, o Governo Federal editou a Medida Provisória 844, que pretendeu atualizar o atual marco regulatório e garantir maior segurança jurídica aos investimentos no setor de saneamento básico. A referida proposta, que ficou conhecida como a “MP da privatização”, sofreu grande resistência de setores da sociedade e não chegou a ser votada.

Região	Companhia Estadual	Serviço Municipal	Companhia Privada	Total
Norte	225	56	77	358
Nordeste	1488	304	4	1796
Sudeste	1066	669	50	1785
Sul	857	318	12	1187
Sudoeste	294	92	37	423
Total	3930	1439	180	5549

Tabela 1 - Prestação de serviço de água e esgoto por número de municípios servidos

Observe-se que a participação privada no setor é ínfima, dificultando o fluxo de capital privado para investimento nesse setor da infraestrutura. Outra consequência da prestação majoritariamente pública, como será abordado mais a frente, é o modelo de regulação, que tem sido predominantemente discricionário.

A despeito dos avanços promovidos pela LDNSB, a população brasileira ainda enfrenta sérios problemas de acesso aos serviços públicos de saneamento básico. Quando se analisa o serviço de forma regionalizada, a situação é ainda mais preocupante. A região Norte possui um déficit de 89,5% de coleta de esgoto e 44,6% de água tratada; já o Sudeste, apesar de ser a região com os melhores níveis de atendimento, ainda possui um déficit de 21,4% de coleta de esgoto e 8,8% da população não é atendida com água tratada (INSTITUTO TRATA BRASIL, 2019).

O Centro de Estudo em Regulação e Infraestrutura- CERI/FGV (DUTRA, 2019, p.14) faz o seguinte diagnóstico do setor:

I. A titularidade municipal e a consequente pulverização da regulação são encaradas como um obstáculo à promoção da necessária estabilidade regulatória no setor de saneamento e, consequentemente, um inibidor da atração de investimentos;

II. A arquitetura institucional fragmentada e concentrada em entes subnacionais aumenta potencialmente os riscos do setor, uma vez que estes entes muitas vezes apresentam problemas relacionados à governança assim como carecem de capacidade técnica e institucional;

III. A baixa concorrência existente no setor limita o incentivo à eficiência na prestação do serviço, já que há incentivo para que os titulares firmem contratos com entidades públicas.

Araujo e Bertussi (2018) apontam que a falta de investimentos está relacionada, em certa medida, à falta de uma regulação efetiva, permitindo práticas tarifárias que deixam as principais empresas de saneamento em situação deficitária, e mesmo quando superavitária, com baixa capacidade para realização de investimentos.

Nota-se, portanto, que o arcabouço jurídico vigente até julho de 2020, apesar dos avanços, não deu passos firmes rumo à universalização do acesso ao saneamento básico. Além da falta de recursos para investimento e a ínfima participação privada, há um problema estrutural de pulverização da regulação e ausência de diretrizes claras para o setor, perpetuando um ciclo vicioso de baixo investimento, dependente quase que exclusivamente de recursos públicos.

E justamente para reverter esse quadro que o Poder Legislativo vem debatendo, já há algum tempo, um novo marco legal para o setor, tendo sido aprovado em julho de 2020 com a promessa de mudar o cenário atual a avançar rumo a universalização.

O NOVO MARCO E O PAPEL DA AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO BÁSICO (ANA)

Pretende-se destacar os principais pontos do novo marco, sem, contudo, exauri-lo, trazendo alguns aspectos dos impactos no modelo regulatório do setor. Seus grandes pilares são: incentivo à competição por novos contratos com a impossibilidade, doravante, de se firmar contratos de programa; estabelecimento de metas de universalização dos serviços (água e esgoto); o incentivo à prestação regionalizada; a uniformidade regulatória, com as novas atribuições da ANA, com destaque à elaboração de normas de referência para o setor.

A vedação de se firmar novos contratos de programa teve como principal objetivo estimular a competição e a entrada de prestadores privados no setor. Este ponto foi, provavelmente, um dos que recebeu mais resistência de determinados setores da sociedade na aprovação novo marco, sob o argumento de que com fim dos contratos de programa⁹, a iniciativa privada se interessaria apenas por grandes municípios, com infraestrutura instalada e maior capacidade

⁹Os contratos de programa em vigor poderão ser mantidos até à data do seu término, desde que as empresas estaduais consigam assegurar a capacidade econômica e financeira necessária para atingir as metas de universalização e de qualidade de serviço, adaptando-os em conformidade.

de pagamento de tarifas por parte dos usuários, afetando a política de subsídios cruzados¹⁰ dita como essencial ao setor.

O fim dos contratos de programa e a competição pelo mercado têm um impacto importante no modelo de regulação, pois as regras deixam de ser estabelecidas predominantemente a posteriori pelos entes reguladores para ser estabelecida a priori, já na fase de modelagem das concessões.

Há potenciais mudanças na própria regulação tarifária, como por exemplo nas Revisões Tarifárias Periódicas-RTP, que deixam de existir ou terão, provavelmente, um escopo mais reduzido.

Camacho e Rodrigues (2014), por exemplo, sustentam que em um modelo regulatório contratual não haveria, por exemplo, a RTP. Não obstante, se observarmos as recentes modelagens do BNDES, em Alagoas e Rio de Janeiro, há a previsão de RTP's, porém com um escopo bem mais reduzido do que ocorre, geralmente, nos contratos de programa. Possivelmente não haverá uma regulação por incentivo com preço teto (*price cap*), porquanto, no leilão, o preço apresentado, em tese, já leva em conta o ganho de produtividade projetado para o período contratual.

No que tange às metas de universalização, o novo marco estabeleceu 99% de cobertura de abastecimento de água e 90% de cobertura de saneamento até o ano de 2033 e, excepcionalmente, 1º de janeiro de 2040, se preenchidos alguns critérios, dentre eles: se os estudos para a licitação da prestação regionalizada apontarem para a inviabilidade econômico-financeira da universalização até 2033. Acrescente-se que os contratos existentes poderão¹¹ ter as novas metas incorporadas até o final de março de 2022 e, com isso, passarão provavelmente por um processo de reequilíbrio econômico-financeiro.

Com relação à prestação regionalizada, o novo regramento incentiva a prestação regionalizada e inova ao tratar sobre a formação de blocos para prestação regional. Isso porque setor de saneamento, em especial água e esgoto, requer grandes investimentos e se beneficia de ganho de economia de escala, daí a importância da regionalização da prestação com vistas a universalização. Há no Brasil muitos pequenos municípios sem qualquer capacidade financeira, técnica e operacional para viabilizar uma prestação adequada dos serviços.

Alguns dos incentivos dados à regionalização são a prioridade por parte dos municípios que aderirem a estas regiões para o recebimento de recursos

¹⁰O subsídio cruzado se caracteriza por um excedente econômico dos sistemas superavitários financiando os sistemas deficitários.

¹¹É dito que “poderão”, pois o poder concedente tem a opção de escolher outros caminhos, como fazer uma nova contratação para uma área não abrangida pelos atuais contratos, como, por exemplo, áreas de habitações subnormais; ou até mesmo partir para um processo de encampação.

públicos da União e a possibilidade de ampliação de prazo para atingimento das metas de universalização como visto acima.

Além disso, o novo marco estabelece que as normas de referência a serem elaboradas pela ANA deverão incentivar a regionalização da prestação dos serviços, de modo a contribuir para a viabilidade técnica e econômico-financeira, a criação de ganhos de escala e de eficiência e a universalização dos serviços.

Provavelmente, a maior inovação trazida pelo novo marco seja o novo papel da ANA de supervisão regulatória no setor de saneamento, com vistas a trazer um direcionamento regulatório para um setor que, como visto, é composto por dezenas de entidades reguladoras infranacionais. A inovação pretende dirimir a grande variabilidade e baixa qualidade regulatória.

Destaca-se um estudo feito por Ribeiro (2016), para o Ministério das Cidades, em que ele diz que apesar de a União não poder invadir a esfera de competência municipal para regular diretamente os serviços de saneamento básico, ante o cenário de baixa qualidade da atividade regulatória, seria necessário que o Governo Federal tomasse providências e mantivesse um acompanhamento mais próximo das entidades reguladoras, no sentido de acompanhar e apoiar suas atuações.

Em artigo da Revista de Direito Setorial e Regulatório, Andrade (2018) defendeu a atribuição da ANA no saneamento, sustentado que autarquia já possui know-how na regulação de recursos hídricos, além de capilaridade e relacionamento no setor, em função da atuação nos recursos hídricos e em conselhos participativos relacionados ao setor de águas. Asseverou, ainda, que isso poderia permitir avaliações integradas para a formulação de políticas públicas que consideram o saneamento no planejamento de investimentos de infraestrutura hídrica, bem como estabelecer mecanismos de regulação técnica do setor de modo integrado com a dimensão de recursos hídricos por meio do estabelecimento de indicadores que considerem o impacto de um no outro.

A ideia central por trás da Lei 14.026/2020, ao criar o instituto das normas de referência, não é propriamente a de fazer que a ANA substitua as agências infranacionais, mas sim a de edificar um mosaico regulatório, ou seja, um bloco de peças diferentes, mas alinhadas sob uma lógica única, nacional (MARRARA, 2020).

As normas de referência da ANA balizarão os regulamentos das agências infranacionais e os contratos a serem firmados entre os titulares e os prestadores do serviço. Essas novas funções da Agência se coadunam com um modelo de regulação mais contratual, uma vez que tendem a mitigar a incompletude dos contratos existentes e, conseqüentemente, diminuem a discricionariedade das agências infranacionais, que serão vinculadas, também, aos contratos.

Segundo Duarte (2019) com a uniformização de regras regulatórias de saneamento em todo país e consequente melhoria da segurança jurídica e estabilidade do setor, estariam criadas as condições de estímulo e incremento de investimentos públicos e privados para a universalização dos serviços. Para o autor, a dupla função da ANA em relação à gestão dos recursos hídricos e à coordenação regulatória do setor de saneamento, com a articulação entre o Plano Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), o Plano Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) e o Plano Nacional de Saneamento Básico (Plansab), poderá resultar em maior integração entre essas políticas públicas e seus gestores, com ganhos sociais e econômicos ainda não alcançados.

Para Dutra (2019, p.18):

As alterações propostas contribuem para aumentar a uniformidade e transparência do processo regulatório do setor. O desafio posto com relação a este tema é a operacionalização por parte da ANA desta nova competência (supervisão regulatória dos serviços de saneamento) (...)

As principais funções atribuídas à ANA podem ser agrupadas em três funções principais: (I) elaboração diretrizes regulatórias para o setor, inclusive sobre governança regulatória; (II) fortalecimento da regulação infranacional, por meio de treinamentos e elaboração de manuais; (III) mediação e arbitramento de conflitos envolvendo concessionárias de água, municípios e agências reguladoras.

Oportuno observar que não há que se falar em esvaziamento nem submissão da competência executiva ou regulatória dos municípios, uma vez que as normas serão referenciais, ainda que seu atendimento condicione o recebimento de recursos públicos federais, pelo chamado “*spending power*” da União.

É notório, contudo, que para muitos municípios, a baixa capacidade de investimento e os precários índices de cobertura de rede de água e esgoto fazem com que necessitem de recursos da União, sejam onerosos ou não onerosos, daí o incentivo trazido pelo novo marco para a observância das normas de referências a serem elaboradas pela ANA.

O curioso nesse ponto é que os destinatários diretos das normas de referência são as agências infranacionais, que terão que transpor as diretrizes para suas respectivas normas. Sendo que a não observância penalizará o poder concedente, impedindo que recebam recursos da União. De qualquer forma, está ao alcance dos poderes concedentes delegarem a regulação para outras entidades se acharem conveniente.

Sobre as normas de referência, a linha que as separa – enquanto diretriz – e o poder normativo conferido ao regulador infranacional, segundo Oliveira

(2020), é tênue e deve prestigiar o nível de tecnicidade e as características locais e regionais.

Com relação ao conteúdo das normas, destacam-se vários elementos relacionado aos contratos, começando pela padronização de instrumentos negociais, matriz de risco, regras para o reequilíbrio econômico-financeiro, reajustes e revisões tarifárias, metodologia de indenização de ativos não amortizados quando da extinção do contrato, metas de universalização, indicadores de desempenho, infrações e penalidades, parâmetros para caducidade etc.

Por conta desses aspectos somados à impossibilidade de novos contratos de programa (sem licitação), muito tem se falado de que seria o fim da regulação discricionária no saneamento básico no Brasil e uma nova era para um modelo de regulação contratual, em alusão a uma aparente dicotomia existente entre os modelos de regulação contratual e discricionária.

O NOVO MARCO E A APARENTE DICOTOMIA ENTRE REGULAÇÃO CONTRATUAL E DISCRICIONÁRIA?

Antes de adentrar na análise específica do setor de saneamento e tecer algumas reflexões sobre o modelo regulatório, oportuno buscar compreender o que seria uma regulação contratual e uma regulação discricionária.

Para isso é oportuno entender que o tema do modelo de regulação apresenta íntima ligação com a função da regulação econômica, traduzida como uma espécie de emulação de pressões que ocorreriam em mercados concorrenciais, com o intuito de estabelecer, alterar, monitorar tarifas e padrões aceitáveis de serviços (EHRHARDT, D. et al; 2007), sendo que esses mecanismos podem estar definidos, a priori, em contrato, ou podem ser definidos pela entidade reguladora ao longo do tempo.

Outro aspecto relevante é que os contratos, para além de simples instrumentos regentes de operações econômicas específicas, podem também servir como verdadeiros ordenamentos privados, capazes de reger conjuntamente uma operação econômica complexa e diferida no tempo (CARVALHO, 2019) como é o caso das concessões de serviço público.

Eberhard (2007) diz que a experiência internacional indica que a maioria dos modelos regulatórios empregados se enquadra em quatro categorias amplas: regulação pelo próprio governo, regulação por uma entidade com autonomia, regulação por contrato e terceirização de funções regulatórias a terceiros, incluindo painéis de especialistas. Segundo o autor o maior grau de discricionariedade estaria na regulação realizada pelo governo; já o maior grau de discricionariedade regulatória é associado à regulação por regulador

independente, que é responsável pelo estabelecimento de tarifas e padrões de serviço.

Em sentido semelhante, Jensen e Wu (2017) explicam que os dois principais modelos de regulação adotados são a regulação contratual e a discricionária, também chamada de regulação por agência.

Os países com laços coloniais com a Grã-Bretanha, geralmente mais associados ao *common law*, adotam um modelo mais próximo de uma regulação discricionária com agências independentes, no qual as decisões tarifárias são feitas a critério dos reguladores para equilibrar os interesses dos prestadores de serviços, consumidores, governos e outras partes interessadas. Já os países em desenvolvimento com histórias coloniais ligadas à Europa continental, França e Espanha, por exemplo, tendem a adotar um modelo de regulação por contratos, com regimes de fixação de tarifas pré-estabelecidos, administrados dentro de uma tradição da *civil law* (EBERHARD, 2007).

Dutra e Loureiro (2021) lembram que o suposto embate entre esses modelos de regulação não é novo. Nos Estados Unidos, uma versão dele tomou conta das primeiras décadas do século XX, em que se contrapunha a *regulation by (municipal) franchise* à *regulation by commissions*. Já no Brasil a dicotomia foi particularmente intensa no setor elétrico, a partir de meados dos anos 30 do século passado, quando a União resolveu regular as empresas, a despeito dos contratos que elas tinham celebrado com os municípios ainda nos primórdios do século XX.

Os referidos autores conceituam em matéria recente:

(...) “regulação contratual” como a disciplina normativa que, versando sobre um tópico específico do serviço, encontra-se positivada no instrumento formalizador da concessão (“o contrato”) e que, além disso, cobre todos os elementos mais relevantes do tópico em questão, por meio de textos que cobrem a formulação de interpretações muito discrepantes entre si. (...)

(...) Já “regulação discricionária” haverá quando estivermos diante de um sujeito especificamente dotado de competências para disciplinar o serviço, competências essas estabelecidas em normas superiores (leis) as quais lhe estabelecem parâmetros materiais e procedimentais para o exercício das atividades de regulação e fiscalização do serviço público que foi concedido por meio de um instrumento contratual.

Nada obstante os dois modelos regulatórios apresentados, é preciso compreender que são tipos ideais de regulação e dificilmente um modelo regulatório será totalmente discricionário ou totalmente contratual, mas uma combinação de ambos em variados arranjos.

Além disso, um modelo discricionário puro pode parecer irrealista, pois os investidores exigem maior segurança contra decisões discricionárias ou arbitrárias. Já um modelo contratual puro, por outro lado, apresenta riscos significativos de comportamento oportunista pelas partes contratantes, e o

descaso de outras considerações importantes para além dos interesses imediatos e diretos dessas partes. (JENSEN; WU, 2017).

Na visão de Ibáñez (2003) a regulação por contrato seria mais clara e específica, fazendo uso de competição pelo mercado para determinar custos. Por outro lado, a discricionária seria mais flexível a mudanças e a trazer respostas para circunstâncias imprevistas. Além disso, a regulação contratual pode ser mais sustentável quando é acompanhada por entidades reguladoras independentes (EBERHARD, 2007).

Acrescente-se que a construção de uma noção de função regulatória dos contratos se faz necessária a partir do momento em que os instrumentos contratuais se colocam como os regulamentos primordiais para disciplinar a atividade dos agentes econômicos em relações de longo prazo, inclusive acompanhando mudanças conjunturais e prevendo mecanismos de adequação de comportamento (CARVALHO, 2019).

Ehrhardt et al. (2007) sustentam que regras com baixa discricionariedade podem fornecer maior segurança institucional, tornando os resultados das decisões regulatórias mais claros e previsíveis e têm o condão de aumentar a transparência na forma como os reguladores ou formuladores de políticas tomam decisões, além de diminuir o risco de que pressões externas influenciem essas decisões ao longo do tempo. E que à medida que a competência organizacional e a experiência aumentem, é possível permitir um maior grau de discricionariedade.

No entanto, Dutra e Engel (2020) observam uma dificuldade com relação à regulação por contrato, que é a incompletude contratual inerente a contratos de longo prazo, em que a necessidade das partes é incerta e complexa. Já a regulação discricionária enfrenta a dificuldade de inferir custos e o risco de pressões externas, ou seja, o risco de captura.

Para Gomes (2018), enquanto na regulação típica, a agência busca o interesse público e se adapta às suas mudanças ao longo do tempo, por meio da simples atualização das normas regulatórias, na regulação contratual essa atualização sofre limitações do próprio contrato, cujas condições iniciais devem ser preservadas de forma definitiva. O autor coloca a seguinte questão: “*como alterar/atualizar um contrato público de longo prazo diante de mudanças na configuração do interesse público no longo prazo?*”. Entende-se que a resposta a este questionamento vai no sentido de que alguma discricionariedade deve ser deixada ao regulador para atualizações futuras não captadas no momento da modelagem da concessão.

De qualquer forma, sob condições institucionais adequadas, com uma boa governança regulatória, qualquer um dos modelos pode contribuir para a realização dos principais objetivos perseguidos, como equilibrar os interesses

do consumidor e da empresa, fornecer incentivos para a melhoria da eficiência e garantir a sustentabilidade financeira (JENSEN; WU, 2017).

A predominância de um mecanismo de regulação sobre o outro em um contexto de um modelo regulatório híbrido pode variar ao longo do tempo a depender do contexto, como por exemplo, assimetrias de informação e capacidade regulatória.

Não obstante, para Jensen e Wu (2017), a agência que atua em um modelo híbrido enfrenta um conflito irreconciliável entre seus papéis em manter e fazer cumprir o contrato, por um lado, e defender o interesse público, por outro. Diante da visão desses autores, pode-se perguntar se cumprir os contratos não iriam também ao encontro do interesse público? Mesmo porque o próprio contrato, principalmente os administrativos, devem ser desenhados sem perder de vista o interesse público e a função social dos contratos.

Com relação aos desenhos institucionais possíveis de regulação contratual, Eberhard (2007) observa que há três arranjos: auto-regulação das partes (contratante e contratado); um terceiro contratado para exercer a função de regulador, como por exemplo um painel de especialistas; e, por fim, com uma entidade reguladora independente. O autor observa, ainda, que o modelo de regulação contratual é geralmente construído no contexto da participação do setor privado.

E é justamente por este processo que o setor de saneamento no Brasil está passando com o novo marco, com o fim dos contratos de programa e com uma maior participação do setor privado, a exemplo dos recentes processos de concessão conduzidos pelo BNDES em Alagoas e no Rio de Janeiro.

Somam-se a isso os comandos no novo marco sobre a padronização dos instrumentos negociais, mediante, principalmente, as normas de referência a serem elaboradas pela ANA.

Ribeiro (2020) apresenta uma relação lógica existente entre os contratos de programa e a regulação discricionária. Diz que nos contratos de programa o objetivo de ambas as partes contratantes é atender ao interesse público, alcançando as metas almejadas por um determinado programa executado de forma intergovernamental, não havendo propriamente um sinalagma e que, a princípio, uma parte não tem o direito de ser remunerada em razão do que fez no interesse da outra parte, justamente porque os interesses são comuns. Razão por que a remuneração está, geralmente, fora do contrato, reservada à atividade regulatória (*lato sensu*). Com isso, na visão do autor, não haveria que se falar em regulação contratual, mas tão somente, em regulação discricionária.

Dutra e Loureiro (2021), com uma visão ligeiramente diferente, alertam que a dicotomia “regulação discricionária” e “regulação contratual” não se confunde com outros pares e classificações com os quais costumeiramente são

associados. Sustentam que há espaço para implementar diferentes arranjos econômicos de prestação de serviço e construção de tarifas – *priccap*, custo do serviço, *yardstick regulation*, etc– em qualquer dos casos. E também não se confunde com a classificação que trata das diferentes formas de prestação do serviço, se por concessão comum, por PPP, por contrato de programa ou mesmo por prestação direta.

Nada obstante à visão dos autores (e também concordando!), no Brasil, por exemplo, a regulação por *priccap* ou por custos do serviço tem sido utilizadas no setor de saneamento em um contexto de regulação mais discricionária, pelos motivos já explicitados, em particular, em virtude dos contratos de programa e da ausência de competição pelo mercado, fazendo com que o regulador tenha estabelecer os custos eficientes, investimentos prudentes, cancelar a base de ativos regulatória e estabelecer, periodicamente, a tarifa.

Pelo fato de nos contratos de programa não ter havido um processo licitatório, estabelecendo uma equação econômico-financeira, na qual os competidores apresentam as projeções de ganhos de eficiência no período contratual, a regulação discricionária se faz necessária para que o regulador emule os custos eficientes e o nível tarifário do prestador periodicamente. E práticas tarifárias como o *price cap* em um contexto de regulação por incentivo, sem fazem necessárias para criar incentivos para ganhos de eficiência.

Por outro lado, a aparente dicotomia entre os dois modelos de regulação é limitada pela incapacidade do processo licitatório de prover todos os elementos necessários para a adequada provisão dos serviços por todo o período de vigência contratual, deixando, assim (na regulação contratual) uma margem para uma regulação discricionária (DUTRA, ENGEL, 2020).

Ou seja, pela incompletude e mutabilidade dos contratos, ao longo dos anos, sempre haverá decisões regulatórias, não previstas, a serem tomadas. De qualquer forma, contratos mais completos e detalhados podem proporcionar conforto aos investidores, mas podem ter que ser renegociados posteriormente. Aumentar a discricionariedade nos sistemas regulatórios pode facilitar o ajuste a novos eventos proporcionando mais flexibilidade, mas expõe os investidores a riscos políticos e regulatórios. No final, haverá uma necessidade inevitável de alguma forma de discricionariedade (EBERHARD, 2007).

Marque (2020) observa que um dos grandes desafios para a regulação no Brasil está associada ao fato de o modelo de regulação de saneamento do Brasil ser híbrido, onde a regulação por agência ou discricionária convive com a regulação contratual. Esta circunstância tanto pode levar ao melhor ou ao pior de dois mundos (exclusiva regulação por contrato, como acontece em Espanha ou França ou exclusiva da regulação por agência como são os casos dos EUA ou do Reino Unido).

Prossegue o professor português observando que melhor de dois mundos ocorrerá se os modelos forem complementares e a regulação por contrato mitigue a discricionariedade da regulação por agência e, por conseguinte, do risco regulatório, e esta, também, minimize a imperfeição e incompletude dos contratos, típicos da regulação contratual. Observa que até aos dias de hoje este problema não tem sido muito relevante, porque a presença do setor privado (ou público através de contratos de concessão) no setor de saneamento brasileiro era reduzida, mas com a perspectiva de crescimento exponencial, o paradigma muda e esta compatibilização entre os dois mundos referidos precisa de ser bem efetuada.

Não há, rigorosamente, um embate entre regulação contratual de um lado e regulação discricionária de outro, mas sim um *continuum* que vai da “regulação (preponderantemente) contratual” até “regulação (preponderantemente) discricionária”, com incontáveis situações intermediárias que desafiam a angústia classificatória e a obsessão pela nomenclatura miúda (DUTRA; LOUREIRO, 2021).

O cenário brasileiro do setor de saneamento, no qual há inúmeras agências infranacionais, em virtude do arcabouço jurídico, muitas com baixa capacidade técnico-operacional, somando-se a influências políticas nessas entidades, muitas delas municipais, além do risco de captura regulatória, sugere que uma regulação menos discricionária seja salutar para o setor, e essa foi a intenção do legislador com o novo marco legal.

Ao mesmo tempo, a mudança legislativa traz também um fortalecimento da capacidade regulatória, por exemplo, com as novas funções da ANA de promover a capacitação de recursos humanos para a regulação adequada e eficiente do setor de saneamento básico. Além disso, uma das normas de referência a serem elaboradas pela ANA é sobre governança regulatória das agências infranacionais.

Pode-se prever também que com a inevitável tendência de regionalização da prestação do serviço, por consequência, ocorrerá uma regionalização da regulação, ou seja, um ganho de escala na regulação também, sendo que, possivelmente, algumas agências infranacionais deixem de existir. Além, é claro, dos incentivos aos municípios que ainda não delegaram a regulação de fazerem para não ficarem impedidos de receber recursos da públicos federais.

Com isso, se por um lado o novo marco busca estabelecer uma regulação mais contratual; por outro há um fortalecimento da regulação infranacional, o que leva a crer que a regulação por agência, ou discricionária, coexistirá com a regulação contratual, enfraquecendo a tese da dicotomia existente entre os dois modelos.

Com o novo marco legal e com as novas atribuições da ANA, com o fim dos contratos de programa, pode-se dizer que o setor de saneamento no Brasil passa a pender mais para uma regulação contratual, porém sem eliminar a regulação discricionária. Com o fortalecimento das agências infranacionais, futuramente, o pêndulo pode voltar em direção a uma regulação mais discricionária. É preciso que a transição dos modelos ocorra sem criar insegurança jurídica e que as diretrizes da ANA respaldem o processo de transição.

CONCLUSÃO

Apesar dos avanços nas últimas décadas, o setor de saneamento básico é um dos últimos grandes setores de infraestrutura brasileiro que não foi universalizado no Brasil, ao contrário de outros setores como energia e telecomunicações.

Um marco importante de desenvolvimento do setor foi o Planasa, estimulando que cada estado brasileiro tivesse sua própria companhia de água e esgoto. O Plano também criou uma estrutura administrativa e financeira centralizada no Banco Nacional da Habitação - BNH, que era responsável pela fixação das tarifas das empresas. Porém, com a dissolução do BNH, em 1985, no contexto da crise fiscal do país naquela década, o setor passou por uma estagnação de décadas, só rompida com a Lei 11.445 / 2007 (LDNSB), que instituiu o marco legal do saneamento vigente até julho de 2020.

A LDNSB trouxe avanços importantes, como a separação clara dos diferentes papéis desempenhados pelos diversos atores: planejamento, regulação e atividades de prestação de serviços. No entanto, os números de cobertura de atendimento dos serviços permaneceram longe do ideal.

Além disso, o país tem tido que lidar com um arranjo institucional muito fragmentado, em virtude, principalmente, da titularidade do serviço, além da dispersão regulatória, situação que tem criado entraves à promoção da necessária estabilidade setorial.

Outro grande obstáculo tem sido a possibilidade (até o novo marco) dos municípios firmarem contratos de programa com as empresas estatais sem um processo competitivo, criando uma barreira à entrada do setor privado. Esse processo foi importante durante um período, mas se esgotou com a falta de capacidade financeira dos governos estaduais e municipais de investirem em infraestrutura visando ampliar a cobertura.

Nesse sentido, a Lei 14.026/2020, que instituiu um novo marco legal para o setor, pretende mitigar a dispersão regulatória, incentivar a regionalização e a concorrência no setor, além de trazer diretrizes para uma padronização dos instrumentos negociais.

Por isso, muito tem se falado que o setor estaria migrando de um modelo de regulação discricionária para um de regulação contratual.

O diagnóstico é que o setor continuará com modelo regulatório híbrido, porém pendendo para o lado da regulação contratual. A calibração da balança dependerá, em grande medida, das normas de referência a serem elaboradas pela ANA, da adesão pelas agências infranacionais e do fortalecimento da capacidade regulatória do setor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, N. R. Regulação Responsiva no Setor de Águas: Propostas de Aperfeiçoamento do Desenho Regulatório Responsivo Brasileiro. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 41-60, outubro 2018.

ARAÚJO, F. C. de; BERTUSSI, G. L. Saneamento Básico no Brasil: Estrutura Tarifária e Regulação. **Revista Planejamento e Políticas Públicas**. n. 51.jul/dez. 2018. p. 198.

BARROSO, Luís Roberto. Saneamento Básico: Competências Constitucionais da União, Estados e Municípios. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo e Econômico (REDAE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, agosto/setembro/outubro, 2007. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: fev. 2021.

Brasil. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: **24º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos – 2019**. Brasília: SNS/MDR, 2020.

CARVALHO, A. G. P. de. A função regulatória dos contratos: regulação e autonomia privada na organização do poder econômico. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 91-114, maio 2019.

DUARTE, Stênio. **Ambiente Regulatório do Setor de Saneamento no Brasil**: Limites e Possibilidades de Atuação da Agência Nacional de Águas Junto aos Entes Federados Subnacionais. 2019. 27 f. Monografia (Especialização) - Curso de Políticas de Infraestrutura, Escola Nacional de Administração Pública (Enap), Brasília, 2019.

DUTRA, Joisa et al. (2019). **Reformulação do Marco Legal do Saneamento no Brasil**. FGV-CERI (Fundação Getúlio Vargas - Centro de Educação

- em Regulação e Infraestrutura). Disponível: <https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2019-06/Reformulação%20do%20Marco%20Legal%20do%20Saneamento%20no%20Brasil.pdf>. Acessado em: março de 2021.
- DUTRA, Joisa; ENGEL, Pedro. Regulação no amanhecer da reforma. **Revista Conjuntura Econômica**, v. 74, n. 8, p. 51-53, 2020.
- DUTRA, Joisa; LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **Regulação contratual ou discricionária no saneamento**. Jota (online). Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulacao-contratual-ou-discricionaria-no-saneamento-05042021>>. Acesso em abr.2021.
- EBERHARD, Anton. **Infrastructure regulation in developing countries: an exploration of hybrid and transitional models**. In: African Forum of Utility Regulators 3rd Annual Conference. 2007.
- EHRHARDT, D. et al. **Economic Regulation of Urban Water and Sanitation Services: Some Practical Lessons**. World Bank Water Sector Board. Discussion Paper No. 9. 2007.
- FERREIRA, Fernanda Meirelles. **Regulação por contrato no setor de saneamento: o caso de Ribeirão Preto**. 2005. 129 f. Dissertação apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas como requisito para obtenção do título de Mestre em Administração Pública e Governo.
- GOMES, M. C. Regulação deliberativa: em busca do interesse público na regulação de contratos de concessão de longo prazo. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v.4, n. 1,p. 79-110, maio 2018.
- INSTITUTO TRATA BRASIL (2017). **Benefícios Econômicos e Sociais da Expansão do Saneamento no Brasil**. Disponível em: <<http://tratabrasil.org.br/datafiles/estudos/beneficios-ecosocio/relatorio-completo.pdf>>. Acesso em: abr. 2021.
- JENSEN, Olivia; WU, Xun. The hybrid model for economic regulation of water utilities: mission impossible? **Utilities Policy**, v. 48, p. 122-131, 2017.
- LOBO, Rodrigo Luiz Nascimento. **O saneamento básico no Brasil: um estudo sobre a distribuição de investimentos públicos federais nas cidades médias entre 2004 e 2013**. 2016.172 f. Dissertação (Mestrado em Planejamento Urbano e Regional)- Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

MARQUES, Rui Cunha. *A reforma do setor de saneamento no Brasil: O reforço da regulação e do papel da ANA*. In GRANZIERA, Maria; OLIVEIRA, Carlos (coord). Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil. Editora Foco: Indaiatuba, 2020, p. 37–56.

MARRARA, Thiago. *"Mosaico Regulatório": as normas de referência da ANA para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico à luz da Lei 14.026/2020*. In GRANZIERA, Maria; OLIVEIRA, Carlos (coord). Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil. Editora Foco: Indaiatuba, 2020; p. 57–71.

OECD. *“Case Studies of RegWatch Europe regulatory oversight bodies and of the European Union Regulatory Scrutiny Board”*. OECD, 2018, Paris.

OLIVEIRA, Carlos Roberto. *A regulação infranacional e o novo marco regulatório*. In GRANZIERA, Maria; OLIVEIRA, Carlos (coord). Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil. Editora Foco: Indaiatuba, 2020; p. 73–87.

RIBEIRO, Wladimir Antonio. Ministério da Cidades. Série *“Apoio e Acompanhamento da Regulação do Saneamento Básico”*. Relatório IV – Contribuições para o aprimoramento da atividade regulatória, 2016. Disponível em: http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/Arquivos_PDF/regulacao/relatorio4/serie_regulacao_relatori_o_IV_vf.pdf. Acesso em ago.2018.

_____. *O contrato de programa*. In GRANZIERA, Maria; OLIVEIRA, Carlos (coord). Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil. Editora Foco: Indaiatuba, 2020; p. 115–139.

TUROLLA, Frederico Araújo. *Provisão e Operação de Infraestrutura no Brasil: no Setor de Saneamento*. 1999. 94f. Mestrado em Economia. São Paulo. EAESPFGV, São Paulo, 1999.

Normas e Julgados

BAHIA. (Estado). Constituição (1989). Constituição do Estado da Bahia de 1989. Bahia, 5 out. 1989.

BANCO MUNDIAL. Contribuições Para Água e Esgoto Urbano (Sumário Executivo). 2018. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/750841521485336025/pdf>

/124417-PORTUGUESE-BRI-PUBLIC-NT-Urbano-final-A4.pdf> .

Acesso em: abr. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 1967.

BRASIL. Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978, Dispõe sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento básico, e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 82.587, de 6 de novembro de 1978. Dispõe sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.

BRASIL. Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA.

BRASIL. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o Saneamento Básico e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 6.017, de 17 de janeiro de 2007. Regulamenta a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos.

BRASIL. Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2011. Regulamenta a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. ADI 1842/RJ. Relator: Ministro Luis Fux. 06 de março de 2013. Diário de Justiça eletrônico. Publicado em 16 de setembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.077/ BA. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, n. 197, 9 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 13.089. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Brasília: Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 mar.2015.

BRASIL. Medida Provisória nº 844, de 06 de julho de 2018 (sem efeito). Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas competência para editar normas de referência nacionais sobre o serviço de saneamento, e dá outras providências.

EMI nº 00006/2018 MCidades MMA MP, de 06 de julho de 2018. Exposição de Motivos de Medida Provisória MP 844/2018.

EMI nº 00017/2018 MCidades MMA MP, de 17 de dezembro de 2018. Exposição de Motivos de Medida Provisória MP 868/2018.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei Complementar nº 87, de 16 de dezembro de 1997. Dispõe sobre a região metropolitana do Rio de Janeiro, sua composição, organização e gestão, e sobre a microrregião dos Lagos, define as funções públicas e serviços de interesse comum e dá outras providências.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei nº 2.869, de 19 de dezembro de 1997. Dispõe sobre o Regime de Prestação do Serviço Público de Transporte Ferroviário e Metroviário de Passageiros no Estado do Rio de Janeiro e sobre o Serviço Público de Saneamento Básico no Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências.

RIO DE JANEIRO (Estado). Decreto nº 24.631, de 3 de setembro de 1998. Aprova as condições de alienação das ações representativas do capital social da Companhia Estadual de Águas e Esgotos -CEDAE, de propriedade do estado do Rio de Janeiro, e de outorga da concessão dos serviços públicos de saneamento básico na região metropolitana do Rio de Janeiro.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação direta de inconstitucionalidade. Instituição de região metropolitana e competência para saneamento básico. ADI 1842/RJ. Relator: Ministro Luis Fux. 06 de março de 2013. Diário de Justiça eletrônico. Publicado em 16 de setembro de 2013.

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>