A regulação e a titularidade dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil

Gloria Conforto*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Aspectos da regulação no setor de saneamento; 3. A regulação do setor em face das externalidades; 4. A questão da titularidade e impasses jurídicos; 5. Medidas no âmbito federal para a definição de diretrizes no setor; 6. Da implementação da regulação.

PALAVRAS-CHAVE: saneamento; privatização; regulação; marco regulatório; ente regulador; titularidade; usuário; reforma do Estado; serviço público.

Este artigo trata das questões da regulação e da definição da titularidade no setor de saneamento no Brasil, visando a contribuir para um melhor entendimento dos problemas setoriais e a avaliação das implicações destas questões na modernização e na maior eficácia da prestação dos serviços públicos de água e esgoto.

The regulation and sanitation sector authorities in Brazil

This paper deals with regulation and titleship issues in the sanitation sector in Brazil. It intends to contribute for a better understanding of the sectoral problems, evaluating the implications of those issues in the modernization and higher effectiveness of sanitation services.

1. Introdução

Ao tratarmos da prestação de serviços públicos, a questão da regulação é parte fundamental, em especial em relação ao setor de saneamento, serviço es-

* Gerente regional (RJ) da Maxsan.

sencial, porém configurado como um monopólio natural que é, apesar de bem universal, reconhecido como atividade econômica.

A qualidade e a continuidade dos serviços têm de ser garantidos através da sua remuneração pela tarifa, pela eficiência na gestão e pela compatibilidade econômica e financeira com os investimentos necessários, sem perder de vista a modicidade das tarifas. Aplica-se neste conjunto o conceito de *value for money* ou *willingness*, ou seja, de que o usuário está disposto a pagar pela qualidade, ampliação e/ou melhoria dos serviços.

A questão regulatória trata da regulação não somente do contrato específico de concessão, mas fundamentalmente desse mercado, para estabelecer níveis de eficiência, qualidade e redução dos custos operacionais e, minimamente, garantir a universalização e condições básicas de serviços e de regulação em todos os processos de concessão.

O que se coloca no momento, dada a atual ineficiência do setor, é a urgência na definição do marco regulatório como base legal, considerando as matérias e competências de interesses geral e específico, local ou regional, perpassando os três níveis de governo: federal, estadual e municipal. Neste marco incluem-se não somente as normas e o aparato legal, mas a institucionalização dos atos e ações regulatórias, com a criação dos entes reguladores e a regulamentação dos procedimentos.

Em outro artigo nosso (Conforto, 1998), citado pelo procurador do estado Marcos Juruena Villela Souto (2000), definimos como marco regulatório o conjunto de regras, orientações, medidas de controle e valoração que possibilitam o exercício do controle social de atividades de serviços públicos, gerido por um ente regulador que deve operar todas as medidas e indicações necessárias ao ordenamento do mercado e à gestão eficiente do serviço público concedido, mantendo, entretanto, um grau significativo de flexibilidade que permita a adequação às diferentes circunstâncias que se configuram.

Hoje, diante dos impasses da discussão acerca da titularidade dos serviços de saneamento e da conseqüente dificuldade na implementação de mudanças na gestão do setor, verificamos a urgência na definição dessas medidas.

Tal situação se agrava com as decisões políticas em avançar no processo de privatização da prestação dos serviços para garantir sua eficiência, apesar das pendências na questão regulatória.

2. Aspectos da regulação no setor de saneamento

Quando enfocamos a importância da implementação de um sistema transparente de regulação para o saneamento, temos em conta os inúmeros aspectos do problema, em especial quando da transferência da prestação dos serviços, por concessão, à iniciativa privada.

Trata-se de garantir a manutenção e modernização do patrimônio operacional transferido aos concessionários, estabelecer mecanismos de regulação do mercado com aferição da eficiência na operação, negociação e revisão de tarifas, bem como na arbitragem de conflitos entre usuários, concessionárias e o próprio poder público, dirimidos através de processos transparentes amplamente divulgados.

Porém, é importante enfatizar que, quer se trate de concessionário público quer do privado, persegue-se como fim a maximização da qualidade dos serviços e a alavancagem de altos investimentos, necessários à modernização do setor e universalização dos serviços, sendo a regulação imprescindível neste processo.

No entanto, a indefinição das questões fundamentais no ordenamento jurídico-legal do setor de saneamento vem dificultando sua modernização, tanto em referência aos processos de privatização quanto em relação à própria melhoria da gestão pública desses serviços essenciais.

A atividade de regulação pressupõe a observação de alguns princípios básicos como:

- simetria de informações, notadamente de custos, demanda e qualidade;
- objetivos claros para a eqüidade e eficiência do sistema;
- incentivos para os concessionários se integrarem no sistema de forma participativa e proativa, produzindo ganhos partilhados de eficiência.

A análise desses pontos deve ser relacionada com algumas características do setor: sua natureza de serviço essencial e de bem público, a estrutura do mercado e suas externalidades sobre a saúde pública e o meio ambiente e, ainda, as exigências de planejamento e coordenação setorial.

Não devemos perder de vista tais características ao analisar, sob a ótica das peculiaridades, as dificuldades que se apresentam no momento para o setor, em especial quanto à titularidade e à institucionalização da regulação do mercado.

3. A regulação do setor em face das externalidades

Ao considerarmos o setor de saneamento, suas externalidades e interfaces, a estrutura institucional regulatória e normativa apresenta-se distribuída nos três níveis de governo, tendo em vista a cooperação das esferas de poder e a descentralização de atuação, conforme previsto na Carta de 1998 e dentro dos princípios de competências constitucionalmente instituídas.

A função regulatória prevista no art. 174 da Constituição Federal institucionaliza a autorização legal para atuação da administração pública no interesse público, impondo-lhe o dever de agir no estabelecimento do serviço adequado, como direito do usuário, na garantia das condições econômico-financeiras dos contratos e na solução negociada de divergências entre as partes. Tal função é expressamente relevante e complexa no caso dos serviços públicos e atividades econômicas de caráter de monopólio.

Tentaremos apresentar um quadro sucinto da estrutura institucional e reguladora do setor, a fim de esclarecer os envolvimentos e intercâmbios pressupostos no controle da qualidade da prestação dos serviços de saneamento e nas disputas envolvidas quanto à sua titularidade.

Nível federal

O primeiro nível da estrutura institucional de regulação no saneamento é o federal, nos setores de planejamento e desenvolvimento urbano, meio ambiente e recursos hídricos, saúde e justiça. Cabem ao governo federal prerrogativas na definição das políticas nacionais e regras básicas que definem as condições de saúde e proteção ao cidadão. No momento, a estrutura para tanto se configura conforme descrito a seguir.

Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano da Presidência da República (Sedu-PR)

Criada em 1999, esta secretaria especial tem competência para a elaboração e coordenação da implementação da política nacional de desenvolvimento urbano, incluindo o saneamento básico. É sempre conveniente esclarecer que os órgãos reguladores da prestação dos serviços não deveriam formular políticas setoriais, nem os órgãos definidores destas políticas se envolver diretamente com a regulação dos serviços. Desta forma, a Sedu-PR vem atuando na política de saneamento e na viabilização das condições institucionais relativas à titularidade e diretrizes do setor, sem, no entanto, pretender atuar de qualquer forma no controle direto da prestação desses serviços.

Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama)

Este órgão do Ministério do Meio Ambiente, Recursos Hídricos e Amazônia Legal (MMM) é vinculado ao Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama), sendo responsável pelo estabelecimento de critérios e normas para: a prote-

ção do meio ambiente, o controle da poluição, a classificação de corpos hídricos e o licenciamento ambiental de projetos de saneamento.

A Política Nacional de Meio Ambiente é da competência do Sisnama, sendo executada através de órgãos e agências federais, estaduais e municipais. Assim, reproduzindo a estrutura federal, encontramos a atuação das secretarias estaduais e municipais de meio ambiente e a correspondente atuação dos conselhos estaduais de meio ambiente.

Secretaria de Recursos Hídricos (SRH)

Este órgão do Ministério do Meio Ambiente é responsável pela Política Nacional de Recursos Hídricos, instituída pela Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que determina a gestão descentralizada dos recursos hídricos, com a instituição de comitês de bacias hidrográficas e a participação do poder público, usuários e sociedade civil. Grande é a importância da institucionalização desta gestão descentralizada, pois constituirá, sem dúvida, uma das principais fontes de financiamento do setor, através do instituto da cobrança pelo uso dos recursos hídricos.

Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais e Renováveis (Ibama)

Também vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, é responsável por ações de fiscalização, em geral descentralizadas para as agências ambientais estaduais e municipais. Estes órgãos de controle do meio ambiente, embora não atuem diretamente na regulação dos serviços de saneamento, são parte integrante do marco regulatório e, portanto, da extensa cadeia institucional de controle, fiscalização e normatização.

Agência Nacional de Águas (ANA)

Esta autarquia foi criada pela Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, sob regime especial e dotada de autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a competência de implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos. Tem função de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, do qual é integrante, juntamente com os seguintes órgãos: Conselho Nacional de Recursos Hídricos, conselhos de recursos hídricos dos estados e Distrito Federal, comitês de bacia hidrográfica, agências de água e demais órgãos dos poderes públicos federais, estaduais, municipais e

do Distrito Federal cujas competências se relacionem com a gestão dos recursos hídricos. Como braço executivo do Sisnama, tem função fundamental na estrutura regulatória vinculada ao setor de saneamento.

Sistema de Vigilância Sanitária Nacional

Vinculado ao Ministério da Saúde, é responsável pela definição do padrão de potabilidade da água para consumo humano e aprovação de produtos químicos utilizados em sistemas de tratamento, de acordo com o art. 200 da Constituição Federal. O sistema de controle é exercido nos três níveis de governo, de forma descentralizada, através de agências estaduais de vigilância sanitária.

As regras básicas e padrões nacionais de qualidade da água são definidas pela Portaria nº 36/90/GM, do Ministério da Saúde, podendo, no entanto, ser estabelecidas regras mais restritivas pelos estados e municípios. A Portaria nº 36/90 deverá ser objeto de revisão para atualização dos padrões e melhoria das condições de fiscalização e controle.

Fundação Nacional de Saúde (FNS ou Funasa)

Vinculada ao Ministério da Saúde, através do Departamento de Saneamento, atua na promoção da saúde junto aos municípios mais carentes, incluindo controle de vetores, fiscalização das condições de potabilidade da água e, em alguns casos, controle de efluentes sanitários. Por meio de convênios de cooperação técnica com alguns municípios, vem promovendo a melhoria dos índices de eficiência na gestão dos serviços municipais de saneamento, num modelo que, se dotado de mais recursos técnicos e financeiros, poderia contribuir de forma expressiva para a melhoria do saneamento num universo significativo de municípios carentes.

Sistema Nacional de Defesa do Consumidor

Vinculado ao Ministério da Justiça, relaciona-se, dentro do quadro regulatório de saneamento, através de agências (Procons, Decons etc.) em todos os níveis de governo, com ações descentralizadas. Os Procons estaduais vêm atuando decisivamente na formação da consciência dos direitos junto aos usuários, sendo muitas vezes a única forma de reivindicação encontrada por consumidores fora da alçada judicial. Cabe ressaltar que a cidadania passa pela conscientização da população sobre seus direitos e deveres, assim a correlação inequívoca da importância da atuação do Procon neste processo.

A Secretaria do Direito Econômico (SDE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), com atuação em defesa da concorrência e prevenção de abusos do poder econômico, vêm analisando e intervindo fortemente nos demais setores da prestação dos serviços públicos, como energia e telecomunicações. Em relação ao setor de saneamento, a partir de uma consolidação do processo de privatização é que tais órgãos passariam a ter maior participação, inclusive devido às inúmeras fusões e aquisições entre os setores de energia e saneamento envolvendo grandes grupos multinacionais.

Nível estadual

Nos estados a política de saneamento é, geralmente, atribuição de secretarias estaduais das áreas de recursos hídricos, obras ou infra-estrutura. Algumas vezes, são responsáveis ao mesmo tempo pelos setores de saneamento e de recursos hídricos, variando também a vinculação institucional e o controle das companhias estaduais de saneamento. Em vários estados já estão criadas agências reguladoras de serviços públicos, com competências para atuar também no setor de saneamento, mediante convênio ou delegação dos municípios titulares ou nas concessões outorgadas pelos estados.

Em nenhum dos estados onde funcionam estas agências a regulação do setor se verifica de forma efetiva e eficiente, não existindo regulação de fato em relação às companhias estaduais. Este ponto merece ser mais bem analisado pelos governos locais, pois a falta de controle externo ou regulação permitiu que as diversas companhias estaduais de saneamento permanecessem dissociadas do poder concedente municipal e dos usuários, numa situação de descaso e falência no cumprimento de metas de universalização dos serviços básicos, notadamente no atendimento das populações de baixa renda e na implantação da infra-estrutura de esgotos sanitários e seu tratamento.

A atividade de regulação econômica e da prestação dos serviços, incluindo aspectos tarifários, é geralmente exercida pela secretaria à qual se vincula a empresa estadual de saneamento. É comum, inclusive, que as tarifas e regulamentos dos serviços prestados, propostos pelas próprias companhias, sejam aprovados pelos conselhos de administração das empresas, majoritariamente compostos por representantes do governo estadual, que é o principal acionista. Desta forma, não se pode falar de regulação, sendo a definição das tarifas e seus reajustes uma função política, muitas vezes profundamente deturpada por questões partidárias, quando não meramente eleitoreiras.

Com relação aos aspectos de saúde pública, as vigilâncias sanitárias estaduais têm, como já exposto, atribuição de monitoramento e fiscalização, verificando, por amostragem, as análises realizadas pelas concessionárias. Num processo regulatório adequado, proativo e interativo, as atividades de fiscalização deverão ser coordenadas, de maneira a proporcionar um incremento na

qualidade dessa atuação, em substituição à situação atual de sobreposição de tarefas com perda de qualidade e integração.

As agências ambientais, normalmente autarquias ou fundações, são encarregadas da formulação de regras e padrões complementares concernentes à proteção do meio ambiente, inclusive os procedimentos de licenciamento ambiental (para projeto, construção e operação de sistemas), observadas as normas do Conama. Usualmente, as agências não atuam na fiscalização da operação dos sistemas de abastecimento, salvo no controle de qualidade dos efluentes. Fica clara, a partir das evidentes interfaces, a importância da integração das agências e órgãos de meio ambiente na definição do marco regulatório do saneamento e como um dos mecanismos de influência do Estado na definição dos parâmetros básicos e metas de cobertura de serviços, estabelecendo um padrão mínimo a ser seguido, inclusive, por sistemas municipais autônomos ou privatizados.

Os Procons estaduais têm atuado, como já citado, de forma efetiva, especialmente no processamento e equacionamento de reclamações dos usuários. No caso do saneamento, a maioria delas se refere a faturamento, medição e cobrança de tarifas. Devemos reiterar a importância dos Procons no processo de cidadania e conscientização da participação do usuário.

Nível municipal

Via de regra, as capitais de estado reproduzem estruturas administrativas similares às dos estados; porém, nas municipalidades de menor porte ou importância, a estrutura conforma-se com o mínimo exigido por lei. Além deste fato, inúmeras prefeituras não contam com quadros técnicos qualificados para prestar e muito menos regular seus serviços públicos de saneamento. Dentro desta realidade é que vemos se desenvolver as disputas acerca da titularidade da prestação dos serviços, em geral totalmente atrelada à sua regulação. Pouco se tem discutido sobre a possibilidade de assunção, pelo estado, de parte da questão regulatória, notadamente na definição das metas e condições mínimas de cobertura e qualidade de serviços.

4. A questão da titularidade e impasses jurídicos

O abastecimento de água e o esgotamento e tratamento sanitários são serviços públicos essenciais, prestados diretamente pelo poder público ou mediante concessão ou permissão, através de processo licitatório. Desta forma, sua regulamentação, controle e regulação são responsabilidades indelegáveis do poder

público e fundamentais na garantia da qualidade e universalização dos serviços, e modicidade das tarifas.

A regulação e o controle da prestação dos serviços são constituídos pelo arcabouço institucional, legal e contratual nomeado, como já vimos, pela expressão *marco regulatório*.

Conforme o disposto na Constituição Federal, verificamos que os três níveis de governo possuem competências para definição de componentes do marco regulatório dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, havendo sido consolidados entendimentos específicos quanto à sua titularidade.

Em relação à União, verificamos basicamente algumas competências diretas como:

- definição de diretrizes gerais para o saneamento básico — art. 21, inciso XX;
- estabelecimento de normas de cooperação com os demais entes federados, em matéria de competência comum — art. 23, inciso IX e parágrafo único.

Os estados têm a competência de legislar concorrentemente à União em direito econômico e do consumidor, bem como na proteção do meio ambiente e vigilância sanitária, de forma mais restritiva, o que envolve o estado na regulação dos serviços, ainda quando não detenha a titularidade pela prestação dos serviços.

A grande discussão jurídica sobre a evocação do poder concedente pelo estado nas organizações territoriais legalmente constituídas em conformidade com o art. 25 da Constituição Federal vem-se dando a partir da edição da Lei Complementar nº 87/97, do estado do Rio de Janeiro, onde a titularidade dos sistemas integrados de saneamento na Região Metropolitana do Rio de Janeiro fica delegada ao estado, em decorrência daquele diploma legal invocar o predominante interesse comum. No entanto, o texto constitucional daquele artigo define a competência para criação dessas organizações e não estabelece a titularidade dos serviços.

Se, no art. 30 da Constituição Federal, os municípios detêm a titularidade dos ditos serviços públicos de interesse local, o art. 23 adota a competência comum da União, estados e municípios na promoção de melhorias das condições do saneamento básico, o qual se reveste de interesse nacional, aguardando-se a edição da lei federal complementar, prevista no inciso IX daquele artigo, para definir as formas de cooperação entre os níveis da Federação.

Desta maneira, a referida lei complementar poderá definir a titularidade dos sistemas integrados e instituir de forma inequívoca o conceito de predominância do interesse envolvido na necessária cooperação entre os poderes, superando-se o atual impasse.

Como vimos, as recentes disputas político-jurídicas em torno da titularidade do serviço desenvolvem-se invocando a qualidade do interesse local ou regional. A partir de uma análise jurídico-legal, as questões mais urgentes que afetam o setor se referem à definição das diretrizes nacionais para a regulação dos serviços de saneamento, norteando as ações dos municípios, e à definição da titularidade da prestação dos serviços, considerando o interesse comum, especialmente nas regiões metropolitanas e/ou onde ocorram sistemas integrados de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário.

A implementação de processos de reestruturação do setor, incluindo as concessões dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário a empresas privadas, com a desestatização ou municipalização das companhias estaduais, vem sendo fortemente dificultada por essas indefinições. Esta situação permite, inclusive, que municípios concedam seus serviços locais através de contratos falhos, inadequados ou insuficientes do ponto de vista regulatório, ou mesmo quanto às metas de cobertura, eficiência alocativa e qualidade dos serviços.

A falta de clareza e as discussões acerca do poder concedente e um mecanismo consolidado de regulação fazem crescer a percepção de riscos, especialmente para a preservação do interesse público e dos usuários. Os investidores privados, por seu turno, são especialmente sensíveis aos riscos políticos e regulatórios, o que provoca uma depreciação dos recursos alocáveis no negócio, bem como impactos fiscais e sociais negativos.

Em relação à titularidade dos serviços de interesse local, existe um consenso a respeito do poder concedente municipal, em conformidade com o art. 30 da Constituição Federal. Neste quadro caberia apenas a hipótese do poder do estado na definição de diretrizes mínimas. A grande e crucial discussão se coloca em relação aos ditos sistemas integrados, situação da maioria das regiões metropolitanas, onde não há definição clara legal e institucional quanto à titularidade dos serviços.

É atribuído ao estado, através do art. 25 da Constituição Federal, a competência para instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões. No entanto, como já vimos, não há atribuição direta a este ente federado da titularidade dos serviços de saneamento básico de interesse comum, muito embora esta indefinição encoraje a inovação, conforme o disposto na Lei Complementar nº 87/97, promulgada pelo estado do Rio de Janeiro e objeto de várias ações diretas de inconstitucionalidade.

Verificamos, ainda, que no art. 23, quando se trata das competências comuns, a Constituição inclui, no inciso IX, a melhoria das condições de saneamento básico, o que reforçaria a tese da instituição, pelo estado, de diretrizes básicas, com o fim de aumentar as garantias de qualidade, cobertura dos serviços e de monitoramento e fiscalização.

Esta questão básica de definição da titularidade e da competência de regulação dos serviços é, sem dúvida, o primeiro passo para a implantação de modelos eficientes de gestão pública ou privada e alavancagem de financiamento para os altos investimentos requeridos pelo setor.

5. Medidas no âmbito federal para a definição de diretrizes no setor

A definição de diretrizes nacionais permitirá nortear a prestação dos serviços, sua regulação e os processos de delegação. Apesar da urgência, algumas alternativas para equacionar essas questões vêm sendo encaminhadas de forma ineficaz e muitas vezes sucumbindo as prioridades de ordem política e partidária que protelam há anos uma solução negociada no Congresso.

Estamos acompanhando há mais de quatro anos a tramitação do PLS nº 266 (projeto do então senador José Serra), cujo texto traz importante contribuição e avanços, disciplinando matérias, definindo conceitos e criando as condições para a implementação da política nacional de saneamento básico. Especificamente, ao tratar da parceria público-privada, propicia o ambiente jurídico adequado e seguro para a alavancagem dos investimentos necessários ao setor.

Embora inúmeras contribuições tenham sido enviadas para o aprimoramento do projeto, entendido como ferramenta fundamental para a regulamentação e o avanço da modernização do setor, existe o entendimento de que a lei ordinária não é o instrumento mais adequado para tratar do tema da titularidade.

Assim, encontra-se também em tramitação o PLC nº 72/99, do deputado federal Adolfo Marinho, que trata do tema da titularidade, trazendo para a lei complementar, porém, temas que certamente deveriam ser tratados em lei ordinária, podendo levantar novamente discussões quanto à sua constitucionalidade. O referido projeto de lei complementar tem como objeto principal a cooperação entre a União e os demais entes federados, especificamente em relação à titularidade comum, disciplinando as atuações previstas no art. 23 da Constituição Federal em relação ao saneamento. No entanto, aborda matérias, como a constituição do Fundo Nacional para Universalização dos Serviços de Saneamento, que deveriam ser tratadas em lei ordinária federal.

Na discussão acerca da titularidade dos serviços, encontramos, ainda, a interposição de ações diretas de inconstitucionalidade impetradas junto ao Supremo Tribunal Federal quando da edição da Lei Complementar nº 87/97 pelo estado do Rio de Janeiro. As referidas ações aguardam decisão do STF, existindo uma visão geral de que, pelo alto grau de polêmica e delicadeza política de que se reveste tal disputa, o assunto não será julgado, e a questão será definida e solucionada pela via legislativa, através de amplo acordo político.

Além desses projetos, encontra-se em tramitação o PLS nº 560/99, do senador Paulo Hartung, apensado ao PLS nº 266/96. Este projeto, que também busca regulamentar o tema da titularidade dos serviços de água e esgotos, tem seu conteúdo tratado igualmente na proposta da lei federal complementar. Complementando o quadro dos projetos legislativos, tramita ainda o PLS nº 610/

99, do senador Geraldo Melo, que trata da fixação de tarifas para os serviços de água e esgotos e da desestatização de empresas estaduais.

Estes temas devem, na realidade, ser abordados e definidos na proposta de lei ordinária federal das diretrizes nacionais para o saneamento básico.

Inúmeros estudos jurídicos e debates técnicos e políticos efetivados sobre a questão remeteriam à proposta de edição de emenda constitucional explicitando a titularidade dos serviços. Observa-se, no entanto, haver uma grande dificuldade de tramitação de emenda constitucional sobre a matéria no Congresso Nacional. Portanto, esta é uma alternativa repleta de impedimentos políticos neste momento.

Para buscar a melhor alternativa para o equacionamento da questão regulatória dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, o tema foi recentemente abordado no âmbito da Agenda Brasileira de Poupança e Investimento, tendo-se concentrado na elaboração de propostas de lei federal complementar (titularidade e cooperação) e lei federal ordinária (diretrizes para a regulação), sob a coordenação da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda e da Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano da Presidência da República, separando-se a titularidade das diretrizes nacionais.

Foi proposta uma minuta de lei federal complementar regulamentando o inciso IX e o parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, a qual trata definitivamente dos temas da titularidade e da cooperação da União em matéria dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

Para um entendimento claro da discussão sobre titularidade dos serviços, deve-se considerar que as etapas da prestação dos serviços em direta relação com os usuários (distribuição de água tratada e coleta de esgotos) são sempre de titularidade municipal. As demais etapas ou atividades (captação e transporte de água bruta, tratamento de água, transporte de água tratada, transporte de esgotos coletados até o tratamento, e tratamento e disposição final dos esgotos) só deverão ser entendidas como de exclusiva titularidade municipal quando exercidas exclusivamente nos limites do território do município. Verificamos que em inúmeros casos a prestação dos serviços, no todo ou em parte, integra área de mais de um município, quando se deverá invocar a titularidade consorciada do estado com os municípios envolvidos, podendo ser utilizada também a figura dos consórcios entre municípios, estabelecidos nos moldes do art. 241 da Constituição Federal.

Quanto à questão da regulação e sua competência, neste projeto são definidas, ainda, as normas para a cooperação da União com os estados, o Distrito Federal e os municípios, o que permitirá conduzir a implementação cooperativa de marcos regulatórios adequados.

Reiteramos não considerar adequadas e aceitáveis teses de exclusividade regulatória quando as interfaces do setor e suas externalidades apontam claramente para uma prática de regulação cooperativa e complementar entre os entes federados.

A observância de critérios ambientais e epidemiológicos, definidos através de índices nacionais específicos de avaliação das condições de vida destas populações, e o estabelecimento de condições mínimas de cobertura de serviços — fatores de desenvolvimento social e urbano — consolidam, a nosso ver, a proposta de regulação cooperativa e concorrente.

A referida proposta de lei federal ordinária definindo as diretrizes nacionais para o saneamento básico atuaria de forma cooperativa com lei federal complementar, com tratamento específico para os serviços de água e esgotos. especialmente num maior detalhamento das diretrizes para a regulação.

O tema da titularidade ficaria adequadamente tratado, do ponto de vista jurídico, em lei federal complementar.

Dentro das diretrizes tratadas pelo projeto no tocante à titularidade, são firmadas as obrigações dos titulares com relação à política nacional, a contribuição para um fundo estadual de universalização dos serviços de saneamento básico e o tratamento dos sistemas integrados envolvendo diferentes titulares e/ou prestadores de etapas dos serviços.

Especificamente em relação ao nosso tema de regulação, o projeto aborda a obrigatoriedade do estabelecimento de marcos regulatórios estadual e municipal com conteúdo mínimo e a definição de entidade ou órgão encarregado da regulação e fiscalização e seus requisitos básicos, inclusive com a participação dos usuários e mecanismos de controle e informação.

O projeto cria regras básicas e conteúdo mínimo para as leis autorizadoras de concessões, destacando-se aspectos sociais: clara definição do escopo da concessão; contribuição para fundos estaduais; defesa da concorrência e do consumidor; critérios objetivos para julgamento de licitações de concessões; tratamento dos ativos operacionais; aspectos tarifários, incluindo reajustes e revisões; obrigações dos prestadores dos serviços e direitos dos usuários; garantias de consumo mínimo essencial à preservação da vida e da saúde pública; especificidades da prestação dos serviços em comunidades de pequeno porte por organizações sociais.

Dentro da definição da Política Nacional de Saneamento, são estabelecidos parâmetros mínimos de potabilidade e metas nacionais para a prestação dos serviços, considerando as disparidades sociais e territoriais entre os entes federados e as diversas regiões brasileiras. São instituídos: o Conselho Nacional de Saneamento; sistemas de informações; fundos estaduais de universalização dos serviços de saneamento; conselhos estaduais de saneamento para acompanhar execução do fundo e conselhos municipais de saneamento.

Desta forma, podemos considerar de fundamental importância a implementação desse mecanismo jurídico legal de ordenamento do setor, que possui os elementos necessários à garantia da institucionalização de procedimentos minimamente adequados de regulação, de forma concorrente e cooperativa, entre a União, na definição das normas gerais, e os estados e municípios, na sua implementação e normatização complementar.

6. Da implementação da regulação

Para complementar esta exposição sobre a regulação dos serviços de saneamento, e considerando algumas experiências traumáticas no início da existência de agências reguladoras estaduais, podemos fazer uma abordagem sucinta, reforçando os principais pontos referentes à estruturação de agência reguladora. São questões básicas, que esclarecem nossas explanações anteriores e a importância da aprovação dos projetos de lei específicos para o setor.

É, pois, fundamental a definição:

- dos papéis jurisdicionais das autoridades locais, estaduais e federais e do ente regulador, bem como das interfaces institucionais, tendo em vista suas externalidades;
- do desenho institucional, em especial quanto ao grau de independência da agência, aos mandatos e salvaguardas contra demissões (e admissões) arbitrárias, à relação entre reguladores setoriais e regulamentações ambientais e antitruste, às instâncias de apelação, e à participação dos usuários no controle da qualidade, na implementação dos investimentos previstos e no controle contra abusos do próprio poder público.

Uma das questões clássicas na estruturação da agência reguladora é a eqüidistância entre usuários, poder concedente e concessionária, numa composição que, ao menos, dificulte sua "captura" por qualquer área de interesse vinculada à prestação do serviço. Na correlação de forças no triângulo das relações regulatórias, a capacidade da concessionária é muito maior que a do cidadão-usuário, e as pressões político-partidárias podem tornar relativa a almejada "independência" da agência.

Assim é que, além da autonomia financeira da agência, da qualificação técnica de seus quadros e da determinação de prazos dos mandatos dos conselheiros, é vital o estabelecimento do controle social desde o início do processo regulatório.

São considerados princípios básicos da estrutura regulatória:

- independência — de forma a facilitar o equilíbrio governo/consumidores/operadores;
- incentivos para operação eficiente — de forma a atuar com o operador proativamente, para garantir ganhos de eficiência;
- controle sobre os resultados, não influindo nos meios e propiciando a utilização de novas tecnologias;

- tarifas adequadas em função dos investimentos necessários, considerando a exigência de eficiência do operador;
- transparência, tornando amplamente divulgadas e direcionadas ao usuário as informações de *performance*, qualidade e investimentos, bem como convocando o usuário à participação no processo de regulação e *accoutability* do ente regulatório;
- legitimidade — com o exercício das funções dentro das bases preconizadas.

Do ponto de vista institucional, espera-se que a agência exerça efetivamente seu papel, sendo fundamental para garantir uma boa regulação que os instrumentos licitatórios e o contrato de concessão contenham todos os elementos de regulação necessários no ato de sua implementação. Deverão nele constar as metas de cobertura e qualidade de serviço, bem como de renegociação frente às exigências e variações econômico-financeiras e de qualidade que surgirem ao longo do período de vigência contratual.

Este ponto propicia garantias aos usuários, ao poder concedente e ao operador privado num ambiente de transparência nas relações.

Como últimos comentários acerca dos instrumentos regulatórios, as questões ambientais são elementos-chave do marco regulatório. De forma genérica dentro do princípio regulador, mas claramente na questão ambiental, é fundamental a qualidade do produto, seja água, seja o tratamento dos efluentes.

Considerando o arcabouço legal e institucional nos vários níveis — federal, estadual e municipal —, verificamos com clareza as regras e normas ambientais, bem como as competências. É adequado que figurem de forma clara nos contratos, peças fundamentais do marco regulatório da concessão, os tópicos ambientais e parâmetros a serem observados, a própria estrutura institucional e as interfaces com a estrutura regulatória específica do setor de saneamento.

Por fim, devemos mais uma vez ressaltar que, muito embora possamos estruturar adequadamente os mecanismos institucionais e jurídico-legais da regulação, a garantia da eficácia e transparência de uma agência reguladora é diretamente proporcional ao controle social exercido. Desde nossos primeiros trabalhos e publicações, e como exposto em artigo nosso publicado na *RAP* (Conforto, 1998), sempre reiteramos este ponto, por absolutamente imprescindível como mecanismo de garantia contra possibilidades de captura da agência, assim como pela participação dos usuários e cidadãos no processo, já que são parte do tripé concedente/concessionária/usuário.

É através desta participação desde o início, já na fase de implementação, que o controle social deve contribuir com sua atuação, aprendendo e atuando no jogo regulatório, passo a passo com os agentes regulatórios e governamentais.

Referências bibliográficas

Acqua-Plan Estudos, Projetos e Consultoria; Ministério do Planejamento e do Orçamento; Secretaria de Política Urbana & Ipea. *Flexibilização institucional da prestação de serviços de saneamento*, Brasília, Ipea, 1995. (Série Modernização do Setor de Saneamento.)

Ashley, Patrícia. Mercado interno nos governos locais da Grã-Bretanha e o surgimento da Enabling Authority. *Rev. Adm. Mun.* Rio de Janeiro, *41*(211):19-30, abr./jun. 1994.

Bendell, Tony; Boulter, Louise & Kelly, John. *Implementing quality in the public sector*. Pitman Publishing, 1994.

Conforto, Gloria. Descentralização e regulação da gestão de serviços públicos. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, FGV, *32*(1), jan./fev. 1998.

Fundap. *Discussão de alternativas de modelo de gestão de saneamento*. 1994.

Gray, Philip. [Palestra sobre o tema.] In: Seminário Novos Modelos de Gestão do Setor do Saneamento. Rio de Janeiro, Sosp, 1995. mimeog.

Grupo de Trabalho Ipea/Sedu-PR. *O estado das artes e propostas de atuação: subsídios para a área de saneamento*. 1999.

Lazaroff, Leon. Quatro grupos privados para revisar um sistema. S*tockholm Water Front*. Sweden, (2), June 1994.

Núcleo de Pesquisas em Informações Urbanas da Universidade de São Paulo; Ministério do Planejamento e Orçamento; Secretaria de Política Urbana & Ipea. *Fundamentos e proposta de reordenamento institucional*. Brasília, Ipea, 1995. (Série Modernização do Setor de Saneamento.)

Pereira, Dilma. [Abertura]. In: Seminário Novos Modelos de Gestão do Setor do Saneamento. Sosp, Rio de Janeiro, 1995.

Smith, Warrick & Shin, Ben. *Regulating infrastructure, funding regulatory agencies*. Washington, D.C., The World Bank Country Dept., Latin America and Carribbean Region, 1995a. (The Word Bank Economic Notes, 5.)

——— & ———. *Regulating Brazil's infrastructure. Perspectives on decentralization*. Washington, D.C., The World Bank Country Dept., Latin America and Carribbean Region, 1995b. (The Word Bank Economic Notes, 6.)

——— & Tilmes, Klauss. *Regulatory issues for the private provisions of public utility services*. Washington, D.C., The World Bank Country Dept., Latin America and Carribbean Region, 1995.

Souto, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*. Lumen Juris, 2000.

Triche, Thelma. *A estrutura institucional e o marco regulatório para o abastecimento de água e esgotamento sanitário: os papéis do público e do privado*. Banco Mundial, 1993. (W&S, 9.)

Yassuda, Eduardo Riomey. Modelo para gestão do saneamento básico no estado de São Paulo. *Revista de Engenharia*. São Paulo, (506), 1955.