Regulação no amanhecer da reforma

Joisa Dutra
Professora da FGV EPGE e diretora do FGV CERI

Pedro Engel
Pesquisador do FGV CERI

A aprovação da Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020, que instituiu um novo marco legal para o saneamento, é um marco do governo Bolsonaro no avanço da regulação das indústrias de rede. Apesar de muito esperada e bem-vinda, para sair do papel e produzir os resultados esperados, a reforma tem longo caminho a percorrer para que sua implementação atinja o objetivo de promover acesso universal fechando o *gap* de 35 milhões de brasileiros sem acesso à água potável e 100 milhões sem esgoto tratado.

Um dos pilares da reforma é a tentativa de uniformização ou mitigação do ambiente de negócios. Esse desafio é quase hercúleo diante da fragmentação do setor, que tem no município o ente federativo titular da prestação dos serviços. A regionalização (ou agrupamento de municípios) já havia sido tentada permitindo agrupamento no conceito de região metropolitana; porém, a solução não produziu resultados efetivos. Economias de escala e escopo na prestação de serviços eram exploradas através das companhias estaduais de saneamento básico (CESBs), que atendem a cerca de 70% dos municípios; contudo, de modo geral, essas empresas revelam grandes ineficiências e incapacidade de atender aos objetivos de política. À semelhança do que aconteceu em telecomunicações e eletricidade, é preciso atrair capitais privados para complementar investimentos e gerar pressões por melhoria de *performance*.

A atração de capitais privados depende de um ambiente de negócios caracterizado por segurança jurídica e adequada governança regulatória. Para alcançar esse objetivo, a nova lei atribui à Agência Nacional de Águas (ANA) a competência de supervisor regulatório. Cabe a esta estabelecer normas de referência (diretrizes) para determinar tarifas e padrões de qualidade dos serviços. A regulação das indústrias de rede tem entre outros objetivos o papel de evitar preços e tarifas elevados (abuso de poder de mercado quando há restrição de entrada no mercado, o que é o caso) e degradação de qualidade dos serviços decorrentes do exercício do poder de monopólio, característica comum a firmas que operam neste tipo de mercado. Para garantir a eficiência alocativa, a regulação necessita de capacidade técnica, informação de qualidade e instrumentos que garantam o cumprimento das suas determinações (*enforcement*).

O novo marco busca uniformizar as normas regulatórias que atualmente se veem fragmentadas em um ambiente em que atuam mais de 50 agências reguladoras infranacionais.[1] Ademais, estabelece os critérios que devem ser avaliados pelos reguladores e define metas de universalização para 2033. A fragmentação regulatória é considerada problemática por diversos motivos, sendo um deles os custos adicionais impostos às empresas que desejam investir em mais de uma área de concessão. Tais empresas teriam que interagir com mais de um regulador e se adequar a mais de um procedimento regulatório, reduzindo sua capacidade de explorar potenciais ganhos de escala. Perdem assim os consumidores e as empresas. Além disso, a fragmentação regulatória reduz o poder de fiscalização e *enforce-*

ment das agências. Muitas vezes as agências infranacionais sofrem pressão de interesses locais e outras limitações de recursos. Seu funcionamento resta prejudicado.

A lei dispõe que os contratos de saneamento deverão conter metas de universalização que garantam o atendimento de 99% da população com água potável e 90% da população com coleta e tratamento de esgotos até 2033. Na situação em que os contratos existentes não estejam adequados a estas metas, o titular deverá buscar alternativas para atingir as metas como uma prestação direta da parcela remanescente, uma licitação complementar ou ainda aditamento de contrato com eventual reequilíbrio econômico-financeiro, desde que em comum acordo entre as partes. Ficou estabelecido que os contratos existentes devem conter, sob pena de nulidade, cláusulas essenciais, além de metas para expansão dos serviços, redução de perdas na distribuição de água, metodologia de cálculo para indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados em caso de extinção do contrato e repartição de risco entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Essa determinação é muito bem-vinda, pois na análise de mais de 1.000 contratos de programa entre as CESBs e municípios por elas atendidos, na Região Sudeste, verifica-se que mais de 55% dos contratos carecem de metas definidas (FGV CERI, 2020).

A lei determina ainda que o cumprimento das metas de universalização, não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento deverá ser verificado anualmente pela agência reguladora, observando-se um intervalo dos últimos cinco anos, nos quais as metas deverão ter sido cumpridas em pelo menos três.

> O novo marco busca uniformizar as normas regulatórias que atualmente se veem fragmentadas em um ambiente em que atuam mais de 50 agências reguladoras infranacionais

Revisitando o dilema regulação

O regulador infranacional enfrenta uma série de restrições para garantir o cumprimento das metas estabelecidas pelo poder concedente. A primeira delas é a dificuldade de aferir custos uma vez que esta é uma informação privada da empresa. Esse é o cerne das modernas (agora já nem tanto) teorias de regulação econômica, que investigam as consequências dessa assimetria de informação entre regulador e firma regulada para eficiência alocativa. Se o desejo é oferecer um determinado nível de serviço ao menor custo para o consumidor, é necessária a informação do custo de provisão. Como a operadora não atua em mercado competitivo, é difícil obter (extrair) informação sobre os custos que a empresa possui para prover a quantidade e qualidade desejável do serviço. Em economia, essa dificuldade é conhecida como custo informacional, que decorre naturalmente de ambientes de informação assimétrica como o da relação entre regulador e regulado.

Na prática, o desafio do regulador é diferente do que enfrenta um administrador: a tarefa do primeiro deve induzir a companhia a prestar adequadamente serviços, de acordo com o que estaria estabelecido nos contratos e/ou na regulação. E em um contexto em que sabe menos do que a firma. Sobre essa perspectiva, o papel do regulador é garantir o atingimento das metas regulatórias ao menor custo (informacional) possível. Um dos instrumentos disponíveis é o procedimento licitatório (leilão) que busca extrair informações privadas de custo através de uma disputa pelo mercado. Entre os leilões mais comuns se encontram o de menor tarifa e o de maior outorga. A diferença se dá pelo compartilhamento dos ganhos de eficiência que no primeiro caso é apropriado pelos consumidores e no segundo pelo poder concedente.

Apesar da existência de uma estrutura já incumbida da regulação no saneamento, há muito trabalho a fazer. Uma vez enfrentada a questão dos vetos que estão pendentes de apreciação no Congresso, o próximo passo é regulamentar a lei. Para essa etapa, estão sendo concebidos um

conjunto de decretos, um deles tratando das normas de referência. O conteúdo das normas vai dizer muito sobre o alcance da atuação da ANA como supervisor regulatório.

Uma dicotomia tem sido trazida à pauta na hora de definir esse espaço: o modelo regulatório atual poderia ser classificado como contratual ou discricionário, em referência à existência ou não de um processo licitatório prévio. Ibáñez (2003)[2] descreve as principais vantagens e desvantagens do que seria uma regulação por contrato de concessão e do que seria uma regulação discricionária. 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.

Entre as dificuldades de uma regulação por contrato, destaca-se a incompletude contratual inerente a contratos de longo prazo em que a necessidade das partes é incerta e complexa. Nesses casos, restaria conviver com um contrato insatisfatório ou com o risco de oportunismo em uma renegociação – de ambas as partes. Já a regulação discricionária enfrenta a dificuldade de inferir custos e o risco de pressões externas, conhecido como captura.

Na prática, essa dicotomia 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. Em muitos casos a regulação tem natureza híbrida. A incompletude contratual, caracterizada pela impossibilidade de determinação de todas as contingências futuras, deixa muitas decisões e transações entre as partes ocorrerem após a assinatura do contrato. Neste cenário, é fundamental que a agência reguladora seja dotada de boa governança de forma a reduzir riscos e custos das necessárias decisões a serem tomadas ao longo do tempo do contrato.

> Um dos pilares da reforma é a tentativa de uniformização ou mitigação do ambiente de negócios. Esse desafio é quase hercúleo diante da fragmentação do setor

Os desafios da ANA

No exercício de sua competência de supervisão regulatória, a ANA terá papel fundamental para garantir o sucesso da recém-aprovada reforma. Como responsável pelas normas/diretrizes, deverá estabelecer padrões, e critérios para determinação de variáveis como preços/tarifas, qualidade, metas de universalização e compromissos de investimentos, princípios a serem aplicados na contabilidade regulatória, para determinação de matrizes de alocação de riscos subjacentes aos contratos, entre outras variáveis a serem seguidas pelos reguladores infranacionais. Como as regras não são obrigatórias, a capacidade de *enforcement* será ditada pela necessidade do operador local em contrair financiamento público para a execução dos investimentos. E a verificação de seu cumprimento depende de modo fundamental do acesso a dados confiáveis – o primeiro desafio. Ainda assim, uma abordagem gradual na implementação e capaz de incentivar o engajamento das partes – empresas reguladas e usuários, realista, baseada em informações confiáveis pode trazer grandes avanços ao maior desafio em infraestrutura para o país.

O momento atual é alvissareiro. A adequação dos contratos caminha para incluir metas claras, que garantam a universalização dos serviços, é o primeiro passo entre muitos necessários para que se alcancem as metas previstas no novo marco legal. Em um ambiente de tanta heterogeneidade contratual e de poucas informações confiáveis, a ANA, juntamente aos reguladores infranacionais, terá que encarar muitas frentes. Contar com a ajuda da população e da academia é essencial para garantir que de fato consigamos chegar em 2033 sem o constrangimento de deixar grande parte da população carente de um serviço tão essencial.

[1]Fonte: Associação Brasileira de Agências de Regulação (Abar).

[2]GOMES-IBÁÑEZ, José A. *Regulating infrastructure – monopoly, contracts, and discretion*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2003.