

A REGULAÇÃO NO SETOR DE SANEAMENTO: COMPARAÇÃO ENTRE FRANÇA, INGLATERRA E BRASIL.

Marcelo Bruto da Costa Correia¹

RESUMO: O artigo discute as características da regulação dos serviços públicos no setor de saneamento, apresentando comparativamente as formas de prestação adotadas por França, Inglaterra e Brasil – e como esses países disciplinam a participação privada no setor. Enquanto a França segue um padrão histórico de regulação marcado pelo protagonismo das autoridades locais, utilizando contratos como instrumento por excelência de disciplina dos serviços, a Inglaterra introduziu, através de ambicioso processo de privatização, marco regulatório em que agências do Governo Central são os atores principais. Ainda sem um modelo definido, o Brasil, através de inovações legais, enfrenta os desafios de atrair investimentos privados para um setor sob a presença de conflitos federativos entre Estados e Município acerca da titularidade dos referidos serviços públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Saneamento, Regulação, Serviços Públicos.

ABSTRACT: The article discusses the characteristics of the regulation of public services in the sanitation industry, presenting compared ways of providing adopted by France, England and Brazil - and how these countries discipline the private sector participation. While France follows a historical pattern of regulation marked by the role of local authorities, using contracts as an instrument par excellence of the service discipline, England introduced through ambitious privatisation process, regulatory framework in which agencies of the Central Government are the main actors. Even without a model defined, Brazil, through legal innovations, faces the challenges of attracting private investment for a sector under the presence of federative conflicts between states and municipalities about the ownership of these public services.

KEYWORDS: Sanitation, Regulation, Public Services

¹ Advogado, Mestre em Administração Pública e Governo pela Fundação Getúlio Vargas – São Paulo e Doutorando em Administração Pública e Governo na Fundação Getúlio Vargas – São Paulo. Endereço: Rua Frei Caneca, n. 277, Ap. 4-B, Consolação, São Paulo/SP CEP: 01307-000. E-mail: marcelobcorreia@hotmail.com

A Regulação no setor de saneamento: comparação entre França, Inglaterra e Brasil

I. Introdução

A regulação de serviços de utilidade pública ocupa espaço destacado nas reformas da Administração Pública, sendo exemplares os casos de telecomunicações e energia, setores cuja exploração foi delegada à iniciativa privada em vários países, desafiando-se o caráter de monopólio natural dos serviços através de introdução de mecanismos competitivos. Entre os setores de utilidade pública, entretanto, o serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário foram dos poucos que resistiram às inovações regulatórias; salvo raras exceções, como a Inglaterra, a França e o Chile (PARLATORE, 2000), a participação privada não se estendeu aos graus de envolvimento de outros setores e tampouco lograram êxito mecanismos que procurassem reproduzir, por meio da regulação, um ambiente competitivo no setor. Não por acaso, há quem indague se estamos diante do último monopólio natural em sentido estrito (Seppällä, Hukka e Katko, 2001).

No Brasil, a despeito de já se passarem mais de 15 anos do fim formal do Plano Nacional de Saneamento – PLANASA, modelo de repartição de atribuições e financiamento implantado pelo regime militar na década de 70, mais de 80% da população nacional permanece atendida por concessionárias estaduais de saneamento básico que exploram os serviços sob, praticamente, o mesmo desenho institucional do PLANASA. França e Inglaterra apresentam modelos regulatórios com ricas experiências históricas. A primeira, por seu caráter descentralizado, com protagonismo das autoridades locais; a segunda, por resultar de um ambicioso processo de privatização com criação de novas regras e entidades que tinham por objetivo reproduzir por meio da regulação condições de mercado no setor.

O presente trabalho procurará descrever os aspectos mais marcantes da regulação do saneamento básico na França, na Inglaterra e no Brasil, identificando as principais dificuldades enfrentadas por esses países para prover os referidos serviços para suas populações. O artigo é composto de seis seções, incluindo esta introdução. A segunda

seção identifica as características do setor de saneamento básico que delimitam os desafios para a regulação. As terceira, quarta e quinta seções tratam da regulação, respectivamente, na França, na Inglaterra e no Brasil. Na última seção, concluímos resumindo as diferenças mais marcantes entre os modelos regulatórios, destacando o desafio brasileiro: superar de forma descentralizada a sub-regulação atual em prol de uma regulação efetiva.

II. Aspectos Gerais da Regulação do Saneamento.

O baixo dinamismo tecnológico do setor de saneamento o distingue de outros setores, como Telecomunicações e Energia, por limitar consideravelmente a possibilidade de introdução de mecanismos de competição. Como explicam Turolla, Anker e Faria (2004), um setor pode deixar de ser um monopólio natural quando as atividades associadas atingem a maturidade e se tornam completas em termos de tecnologia e saturação de mercado, segregando-se diferentes segmentos de atividades que se convertem em competitivos. O problema, afirmam, é que o saneamento ainda não chegou a esse estágio².

Os ganhos de escala, no setor de saneamento, se combinam com as economias de aglomeração (Corrales, 1998). O serviço só se torna economicamente viável a partir de um determinado número de consumidores, o que é especialmente delicado quando constatamos que, em quase todo o mundo, água e esgoto são providos por autoridades locais, com jurisdição em áreas pequenas³. O resultado é que, para as regiões sem aglomeração suficiente, subsídios são necessários para viabilizar a exploração dos serviços. A isso se somam externalidades positivas e negativas relacionadas à prestação dos serviços, referentes ao meio ambiente, à saúde pública e ao uso de um recurso escasso (água), resultando numa regulação que não é apenas econômica, mas envolve aspectos que exigem, em regra, a presença de mais de um regulador.

² Segundo Ferreira (2005): “Na provisão de serviços de água e esgotos, uma parte significativa dos custos está justamente na construção e manutenção da infra-estrutura de adução e distribuição de água e coleta e transporte de esgoto, que permanecerá, mesmo em uma estrutura desintegrada verticalmente, com traços de monopólio natural”. A experiência inglesa, como será visto, ilustra essas dificuldades.

³ De acordo com o Banco Mundial, os serviços passam a ser economicamente viáveis a partir de um mercado de 40 mil habitantes. No Brasil, menos de 120 municípios tem mais de 200 mil habitantes, de forma que em várias localidades o serviço não é economicamente viável sem subsídios.

Enfim, outra característica é histórica e política. Tradicionalmente, autoridades locais assumiram a incumbência pela prestação dos referidos serviços, de forma que é rara a possibilidade, como ocorreu no caso inglês, de que o Governo central implemente uma reforma ambiciosa no setor.

III. A Regulação do Saneamento na França

Dos modelos regulatórios a que nos reportamos no presente trabalho, é o francês que encontra suas mais longínquas origens, de que é ilustrativo o fato de que são francesas as maiores multinacionais do setor de saneamento no mundo, como a *Lyonnaise des Eaux* e *Générale des Eaux*. Como expõe Renaud (2007), o mais antigo relato de participação privada no setor de saneamento na França data de 1776, quando a cidade de Paris delegou por 15 anos para os *Sieus Perrier* a exploração dos serviços de abastecimento de água em sua jurisdição. Desde então as comunidades locais têm sido responsáveis pela organização dos serviços de água e esgoto no país, responsabilidade que veio a ser juridicamente reconhecida pelo *Conseil d'Etat* ao fim do século XIX. Essa marcante descentralização do modelo francês de regulação é representada pela existência, em 2003, de 29.300 serviços de saneamento no país entre 36.679 comunidades locais, sendo 14.900 unidades de serviços de abastecimento de água e 14.400 de serviços de esgotamento sanitário (idem).

Embora as autoridades locais francesas tenham grande discricionariedade na organização dos serviços, ainda assim têm de observar a parâmetros regulatórios regionais, nacionais e continentais. Primeiramente, a União Européia edita na esfera continental várias provisões vinculantes para os seus membros, abrangendo a proteção da qualidade da água e o controle da poluição – normas cujo rigor aumentou especialmente a partir da década de 90.⁴ Em âmbito nacional, mesmo após o movimento de descentralização francês do início da década de 80 (POLLITT E BOUCKAERT, 2000), preservam-se centralizadas as funções essenciais de garantir o cumprimento das regras nacionais de delegação de serviços (*Sapin Law*, de 1993),

⁴ Segundo Renaud (2007), as principais diretivas da UE vigentes são a *Water Framework Directive* e a *Urban Wastewater Treatment Directive*.

especialmente a legalidade dos processos de licitação, a saúde pública, o controle de poluição, a segurança, o cumprimento de *standards* técnicos e o controle e gestão do uso dos recursos hídricos através das agências de água responsável pela regulação das 6 bacias hidrográficas francesas⁵. Estas últimas, inclusive, cobram tarifas (*redévances*) dos operadores de água, subsidiando o tratamento de efluentes (RENAULD, 2007).

Dessas atividades participam os Ministérios do Meio Ambiente e da Indústria (qualidade da água distribuída e dos esgotos tratados), as Diretorias Departamentais da Ação Sanitária e Social (credenciamento de laboratórios para ações de vigilância da qualidade da água), as “agências financeiras de bacias” (gestão dos recursos hídricos), as Câmaras Regionais de Contas (fiscalização das contas das empresas delegatárias) e juízes administrativos (julgamento de denúncias sobre processos de contratação) (Parlatore, 2000). Há de se destacar, ainda, que o Código dos Municípios criou regras sobre as contas das empresas prestadoras e sua publicidade, exigiu a instituição de Comissões de Controle para os casos em que a receita de funcionamento supere 500 mil francos, exigiu a presença de parlamentares da oposição nas comissões de concorrência pública e a criação de comissão consultiva dos serviços delegados, com participação obrigatória de representantes de usuários, nos municípios com mais de 3.500 habitantes (Parlatore, 2000).

Respeitadas as regras acima descritas⁶, as autoridades locais têm ampla discricionariedade para organizar a prestação dos serviços públicos, o que inclui a escolha da forma de prestação dos serviços, a definição das tarifas, o estabelecimento das regras para a entrada e a saída dos prestadores. Essa liberdade se manifesta, de forma bastante evidente, na escolha do prestador, que pode ser interno ou externo à Administração. No primeiro caso, a autoridade local pode adotar o que se chama *direct management*, outorgando a um órgão de sua administração direta o dever de prestar os serviços; pode instituir um Departamento com autonomia orçamentária segregada da Administração direta para dirigir os serviços, no que se denomina *régie autonome*; ou

⁵ Conforme narra Parlatore (2000), a criação das agências que disciplinam as 6 bacias hidrográficas na França foi uma inovação institucional que ficaria conhecida mundialmente.

⁶ Resumindo, Ménard e Saussier (2000) resumem as restrições sobre as autoridades locais como (i) leis que definem standards de qualidade; (ii) leis que obrigam-nas a seguir um processo transparente de contratação; e (iii) leis que protegem o ambiente e o recurso escasso.

pode, ainda, criar uma *société d'économie mixte locale*, uma empresa estatal sob seu controle, mas de natureza privada e, portanto, com maior flexibilidade, atribuindo-lhe a missão de prestar os serviços (HUET E SAUSSIÉ, 2003).

A prestação interna – através de órgão, departamento autônomo ou empresa estatal – é minoritária na França, onde 80% do mercado é controlado por prestadores privados, com forte concentração empresarial em multinacionais do porte da *Lyonnaise des Eaux* e da *Générale des Eaux*. Contudo, mesmo a forma de prestação privada é bastante variável, havendo inúmeros instrumentos jurídicos que se distinguem de acordo com o arco de responsabilidades e riscos transferidos do Poder Público para o operador privado.

A contratação mais aproximada da prestação interna é a *gérance*, na qual a operadora recebe uma contraprestação fixa pelos seus préstimos. Dessa contratação com baixo grau de envolvimento do particular se diferenciam as outras modalidades enquadradas no gênero de *delegated management contracts*. A primeira espécie desse gênero é a *régie intéressée*, cuja diferença em relação à *gérance* consiste na remuneração do contratado, desta feita dependente de seu desempenho. A segunda, que é a mais disseminada entre as autoridades locais francesas, é a *affermage*, caracterizada pelo compartilhamento de investimentos entre os parceiros público e privado – permanecendo públicos os investimentos mais importantes – sendo o segundo remunerado não mais pelo Poder Público contratante, mas pelos usuários dos serviços. Enfim, a modalidade com maior grau de envolvimento privado é a concessão, em que a concessionária assume um alto grau de risco e a responsabilidade pelos investimentos durante o contrato, que apenas são revertidos para o Poder Público ao término da concessão.

A descentralização e a liberdade para escolher diferentes arranjos para a prestação dos serviços públicos são características marcantes do modelo francês, que foram acompanhados por Portugal e Espanha (HUET E SAUSSIÉ, 2003), a não ser por uma outra peculiaridade do modelo francês: o caráter *intuitu personae* das contratações. Segundo esses autores, embora na *gérance* não haja grandes diferenças no processo licitatório – a autoridade pública seleciona o contratado de acordo com

critérios objetivos previamente definidos – nas demais modalidades contratuais (*régie interesse*, *affermage* e concessão), após ultrapassada a etapa inicial em que é selecionado objetivamente um certo número de interessados que preenchem os requisitos básicos exigidos pela autoridade local, segue-se uma fase de negociação com ampla liberdade para a autoridade pública escolher o contratado de acordo com os critérios objetivos e *subjetivos* que melhor lhe aprouverem.

É evidente que, num tal modelo em que a regulação econômica é definida pelas autoridades locais de acordo com o modo de prestação que for por elas definido, as regras que definem as obrigações e direitos de cada parte são delimitadas pelo contrato – daí porque a denominação “regulação por contrato” ou “regulação por processos” para o modelo francês, conceituada por Corrales (1998). A despeito da longa tradição do modelo francês de “regulação por contratos”, não é incomum a crítica à liberdade concedida às autoridades públicas locais para a seleção dos contratados, cujos efeitos deletérios seriam demonstrado pela grande concentração de mercado entre poucos prestadores, como as já citadas multinacionais francesas, além das acusações de colusão entre os prestadores⁷.

IV. A Regulação do Saneamento na Inglaterra⁸.

O atual modelo regulatório inglês encontra suas origens nas reformas da Administração Pública da década de 80, em cujo contexto a Inglaterra foi uma das pioneiras na introdução de inovações gerenciais. Foi nesse ambiente que, ao final da década de 90, quando a Inglaterra já privatizara empresas estatais que atuavam na produção de bens e serviços para o mercado⁹, as empresas estatais que atuavam no setor de abastecimento de água e esgotamento sanitário foram privatizadas, sendo instituído um novo marco regulatório para o setor.

⁷ Turolla e Ohira (2007), embora salientando que o modelo francês incentiva a eficiência “sem impor um ônus pesado ao Poder Público”, assim enunciam o problema: “As grandes empresas de saneamento francesas operam em estreita ligação com as lideranças dos governos locais e centrais e mesmo entre si, sendo notórios os casos de corrupção e de colusão na competição pelos contratos e na operação dos serviços. A forte associação entre as próprias empresas pode ser exemplificada por um leilão de concessão em uma comuna, relatado por *The Economist* (1997), no qual o valor de cinco das seis ofertas secretas variou apenas 0,1% entre estas”.

⁸ Embora nos reportemos ao modelo inglês, é preciso salientar que o sistema implantado a partir de 1989 abrangia a Inglaterra e o País de Gales.

⁹ Amparo e Calmon (2000) citam a privatização da Jaguar e da British Aerospace no início da década de 80, da British Telecom e da British Gás, respectivamente, em 84 e 86 e da British Airports Authority em 1987.

Para melhor compreendermos a regulação inglesa atualmente, é relevante destacar o histórico do setor neste país. Em 1973, passara este por uma reforma que procurava integrar a prestação dos referidos serviços públicos, antes explorados de forma descentralizada por inúmeros prestadores regionais e locais, públicos e privados. Já na década de 60, como relatam Amparo e Calmon (2000), era nítido o movimento centralizador, com vistas a se obter ganhos de escala, aprimorar a gestão dos recursos hídricos compatibilizando-as com as bacias hidrográficas e reduzir a fragmentação que então marcava o setor no país: os mais de 1.000 operadores da década de 50 se tornariam centenas na década seguinte. A reforma de 1973 procurava consolidar essa tendência, tendo por marco a aprovação, nesse ano, do *Water Act*. Através deste, criavam-se 9 companhias regiões de água na Inglaterra e 1 no País de Gales, ficando essas entidades – conhecidas como *Regional Water Authorities* - responsáveis pela gestão e controle de recursos hídricos em suas jurisdições, que correspondiam a uma bacia hidrográfica, bem como pela prestação dos serviços de água e esgoto.

Concomitantemente, o Governo Central, que controlaria essas novas entidades, ganhava poder em face das autoridades locais, que apenas teriam participação nos conselhos das entidades regionais. Esta participação foi, contudo, fulminada com o *Water Act* de 1983, quando o Governo conservador britânico fortaleceria o caráter centralizado do setor sob a justificativa de introduzir novas práticas comerciais que viabilizasse economicamente as companhias regionais. A idéia subjacente a essa medida era de que, ao se alijar as autoridades locais da gestão do saneamento, as companhias regionais fortaleciam sua autonomia gerencial, ficando libertas de influências políticas locais. A despeito da centralização do controle dos órgãos responsáveis pela gestão dos serviços nos operadores regionais, a reforma dos anos 70 preservou as prerrogativas dos 29 operadores privados (*Statutory Water Companies*) que continuariam a ser responsáveis pelo suprimento de águas em considerável proporção dos domicílios ingleses. Esse foi o marco institucional do setor até meados dos anos 80, quando o Governo britânico poria na agenda política a privatização das autoridades regionais, que sofriam, então, com as restrições fiscais que à época se impunham sobre o Estado e com as medidas antiinflacionárias que lhes vedavam o aumento de tarifas necessário para viabilizar novos investimentos.

Após uma primeira tentativa infrutífera de privatização, novo projeto foi apresentado após as eleições de 1987, que mantinha as bases do projeto anterior, acatando, contudo, crítica dos grupos ambientais, ao desta feita, excluir dos entes privatizados o controle da preservação dos rios e da poluição. Outra inovação institucional seria a criação de um ente regulador independente para o setor, o *Water Services Regulation Authority – OFWAT*, responsável pela regulação econômica que abrangia a proteção dos usuários e da competição, a busca pela eficiência e a fiscalização dos *instrumentos of appointment* que disciplinavam a relação entre as operadoras privadas e o Governo Inglês, representado pela Secretaria de Estado para o meio ambiente. Também desta feita, as 29 *Statutory Water Companies* passariam incólumes pela reforma, recebendo autorização para permanecer em operação sob o novo modelo.

Dessa forma, o modelo inglês de saneamento, denominado “regulação por agência” (CORRALES, 1998), caracteriza-se pela atuação de órgãos governamentais centralizados que assumem as funções de regulação econômica (OFWAT) e regulação técnica (Secretarias de Estado, *Environment Agency, Drinking Water Inspectorate*), respondendo a primeira pela regulação de tarifas, defesa do consumidor, promoção de eficiência e competição; e as segundas, pela definição de padrões de qualidade, fiscalização de normas ambientais e monitoramento da qualidade da água potável produzida, em especial, para fins de atendimento às normativas da Comissão Européia, crescentemente restritivas na década de 90.

Como instrumentos para induzir a eficiência e competitividade do setor, o modelo inglês adotou dois instrumentos que são marcadamente associados à experiência inglesa de regulação: o *price-cap*, segundo o qual o preço da tarifa é definido no momento da compra dos ativos, sendo reajustado por um índice de preço (*Retail Index Price – RIP*), de que se deduz um fator de produtividade (X) e, se for o caso, se acresce (Y) um fator representativo do adiantamento de investimentos; e o *yardstick competition*, ou competição administrada, através do qual o OFWAT fiscaliza os parâmetros de eficiência de um operador em comparação com outros operadores, reproduzindo, assim, uma ambiente competitivo num monopólio natural.

O desenho do modelo inglês foi influenciado, então, pelo propósito de atrair novos investidores para um setor que fora submetido a fortes restrições decorrentes das políticas monetária e fiscal do Governo. Essa preocupação central do modelo regulatório provocaria, nos anos seguintes, severas críticas decorrentes dos sucessivos aumentos de tarifa acima da inflação¹⁰, dos lucros obtidos pelas operadoras privadas num ambiente econômico que melhorara substancialmente na década de 90 e pelo saneamento promovido pelo Governo antes de alienar as empresas, em condições supostamente vantajosas para os particulares.

O fato é que o Governo respondeu a essas críticas com a antecipação do processo de revisão tarifária, para 1995 (quando inicialmente se previra a primeira revisão para 1999), culminando com a redução do percentual de reajuste admitido acima da inflação – de 5% para 1%. Nessa ocasião, foram incrementadas as obrigações de investimentos das operadoras privadas. Ambas as medidas tinham por pressuposto que essas empresas deveriam compartilhar com os consumidores nos anos seguintes os ganhos extraordinários do período 89-95.

Curiosamente, como nota Baker (2003), a regulação por incentivos por meio do *price-cap*, que superaria o modelo *cost-plus* por induzir maior eficiência e reduzir os custos com o monitoramento das informações de custos das operadoras, terminou por demandar o mesmo tipo de processo de revisão de preços do regime *cost-plus*, com uma intervenção do regulador bem maior do que originariamente se previa. Na revisão periódica de 1999, a OFWAT iria ainda mais além, reduzindo em 2%, em média, por ano, até 2004, o preço das tarifas das operadoras, a ponto de algumas delas oferecerem aos consumidores, no período, a aquisição da propriedade dos ativos, conservando apenas para si a gestão (*idem*). Em 2004, na revisão periódica subsequente, a OFWAT autorizaria um novo aumento, desta feita moderado, de preços (CAVE E ERBETA, 2006).

Outro aspecto de preocupação no modelo inglês foi o processo de concentração das *Statutory Water Companies*, a até mesmo das companhias regionais de água e esgoto.

¹⁰ Segundo as regras previstas na época da privatização, as operadoras poderiam reajustar suas tarifas no percentual de 5% acima da inflação, com vistas a financiar os ambiciosos planos de investimentos estabelecidos.

As primeiras, em especial, diante de sucessivas fusões e aquisições iniciadas já em 1989, passaram de 29 em 1989 para 15 em 2007. Para agravar, parte considerável dos operadores é controlada pelas francesas *Lyonnaise des Eaux* e *Générale des Eaux*, duas multinacionais atuantes no mercado internacional de saneamento (AMPARO E CALMON, 2000). Ao risco representado pela concentração o Governo britânico respondeu com a edição de sucessivas normas que visavam a impedir o uso abusivo de poder econômico pelas operadoras.

Inicialmente, o Governo fez uso de licenças locais (*inset appointments*) que, previstas no *Water Act* de 1989 apenas para áreas rurais não abastecidas pelos operadores existentes, foram adotadas sem essas limitações a partir de 1995. Consistem elas na autorização para que operadores atuem em áreas isoladas da jurisdição de outros operadores, contestando seus monopólios. Mais recentemente, destacam-se o *Competition Act*, de 1998, que dava poderes para que o OFWAT investigasse condutas anticompetitivas; e o *Water Supply Licensing*, criado pelo *Water Act* de 2003, que entrou em vigor em 2005, com o objetivo de abrir uma “pequena parte” do mercado de abastecimento de água para a competição; segundo o OFWAT (2007), aproximadamente 2.200 consumidores entre 23,4 milhões são, hoje, elegíveis para esse regime mais competitivo.

Apesar desses esforços, o OFWAT (2007) reconhece que, mesmo após a edição do *Water Supply Licensing*, pouco progresso foi alcançado, lançando propostas para aumentar a competitividade do setor nos próximos anos.

A despeito das críticas, os investimentos em saneamento na Inglaterra cresceram substancialmente após as privatizações, superando rapidamente a média de investimentos da década de 80. Estima-se que, até 2010, 70 bilhões de libras terão sido investidos no setor desde 1989 (OFWAT, 2007).

V. A Regulação do Saneamento no Brasil.

A indefinição característica da regulação dos serviços públicos de saneamento no Brasil é consequência do conflito federativo sobre a titularidade dos referidos serviços. A Constituição Federal de 1988 atribuiu aos Municípios, em seu art. 30, inciso V, a

competência para prestar os serviços públicos de interesse local; por seu turno, o art. 25, §3º, previu que Lei Complementar Estadual disporia sobre a criação de regiões metropolitanas para organização de serviços públicos integrados. Desses dispositivos nasce o imbróglio que há mais de 15 anos paralisa inúmeras tentativas de implantação de um modelo regulatório.

A definição da competência constitucional em áreas metropolitanas, não enfrentada pela Lei Federal n. 11.445/2007, que dispôs sobre as diretrizes nacionais para o saneamento básico - que disciplina o exercício da competência, mas não esclarece a titularidade dos serviços, de natureza constitucional - aparentemente ficará a cargo do Supremo Tribunal Federal, ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 1.842/RJ e n. 2.077/BA¹¹.

É fato, ainda, que a herança do modelo PLANASA, instituído durante os anos 70 pelo regime militar e marcado pela prestação dos serviços através de Companhias Estaduais de Saneamento – ainda predominante a despeito de seu fim formal – demarca as posições conflitantes entre Municípios interessados em reassumir sua competência, sobretudo quando viável economicamente a exploração dos serviços, e Estados resistentes em ceder aos Municípios o poder de organizar e prestar serviços há tanto tempo.

Assim como outros setores de utilidade pública, como rodovias e energia, o setor de saneamento foi inaugurado no Brasil no fim do século XIX, com obras em São Paulo, no Rio de Janeiro e em Recife, através da concessão da prerrogativa de explorar os serviços outorgada pela União – então no exercício, de fato, do Poder Concedente – para empresas estrangeiras. Nesse caminho foram prestados os serviços até a década de 30 do século XX, quando o Governo Vargas nacionaliza as concessionárias e edita o Código de Águas, em 1934, que viria a disciplinar o uso de recursos hídricos no território nacional, inclusive sua concessão.

¹¹ A primeira foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT contra a Lei Estadual do Rio de Janeiro que criava a região metropolitana dos lagos – onde hoje se exerce a gestão associada dos serviços – e atribuía ao Estado competência para a disciplina de serviços públicos na nova jurisdição. A segunda foi ingressada pelo Partido dos Trabalhadores – PT contra a Emenda Constitucional n. 01/99 à Constituição baiana, através de cuja edição se atribuía ao Estado a competência para explorar serviços públicos em regiões metropolitanas.

Encerrado o período autoritário de Vargas, as décadas de 40 e 50 seriam marcadas pelo processo de descentralização dos serviços para Estados e Municípios, sob o suporte da Secretaria Especial de Saneamento - SESP, posteriormente transformada na Fundação Nacional de Saúde – FUNASA. Finalmente, é na década de 60, com o novo processo centralizador empreendido pelo regime militar, que se desenharia o quadro que até hoje prevalece no setor, mesmo após seu fim formal.

Primeiramente, a reforma tributária de 1967 concentraria receitas na União Federal, conferindo-lhe a capacidade para induzir a adesão de Municípios e Estados aos arranjos por ela propostos; segundo, foram criados o Banco Nacional de Habitação – BNH, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS e a Secretaria de Financiamento do Saneamento – SFS, estruturando-se, dessa forma, as instituições que coordenariam e financiariam a prestação dos serviços de saneamento nas décadas seguintes.

Isto feito, a União Federal criou por intermédio do Decreto-Lei n. 649/1969 o Plano Nacional de Saneamento – PLANASA. Através da adesão a este, que lhes viabilizaria financiar os investimentos, os Municípios, considerados titulares dos serviços, delegariam concessões de serviços públicos às Companhias Estaduais de Saneamento então criadas; o afastamento dos Municípios da regulação dos serviços também foi marcante no PLANASA, reproduzindo-se ainda hoje nos locais onde as CESB's mantêm suas concessões sem qualquer regulação municipal e, quando muito, reguladas de maneira tímida por Agências Reguladoras Estaduais.

As CESBs prestariam os serviços em jurisdição estadual, utilizando-se de subsídios cruzados para, em tese, possibilitar a prestação dos serviços em áreas cuja viabilidade econômico-financeira não estivesse assegurada, com cobrança de “tarifas sociais”; dessa forma, os recursos hauridos com municípios superavitários permitiriam a expansão dos serviços em regiões deficitárias. Apesar das críticas que viria a enfrentar nas décadas seguintes, o PLANASA obteve relativo sucesso até o início da década de 80, quando as crises da dívida em particular e do Estado em geral comprimiriam os recursos disponíveis para investimentos em infra-estrutura. De acordo com Seroa da Motta (2004), apesar do inegável crescimento da cobertura, esta

não foi incrementada de forma linear entre serviços, regiões e faixas demográficas. Os serviços de abastecimento de água foram bem mais expandidos do que os de esgotamento sanitário, o sudeste obteve maior êxito e os economicamente mais ricos também foram mais beneficiados.

Além dos aspectos gerais que viriam a reduzir os investimentos em infra-estrutura na década de 80 – crise fiscal, manipulação política de tarifas, tentativa de controle inflacionário, etc... – que fica claramente diagnosticado em publicação recente do Banco Mundial (2007), o modelo PLANASA foi afetado, ainda, pela ineficiência operacional das CESB's¹², pela descapitalização do FGTS nos anos 80 (em decorrência da crise econômica) e pela extinção do BNH (Marinho, 2006). O enfraquecimento do modelo seria consolidado com a Constituição Federal de 1988, que descentalizaria recursos especialmente para os Municípios, deixando, contudo, de definir com clareza a competência constitucional para a organização dos serviços em áreas metropolitanas, como já exposto. Isto feito, o fim formal do PLANASA se deu em 1990, por meio da expedição da Resolução n. 02 de 28/02/1990 pelo Conselho Curador do FGTS.

O fim formal, entretanto, não foi convertido em desestruturação absoluta do modelo PLANASA. Nesse período de mais de 15 anos após promulgação da Constituição Federal, a bem da verdade, o vazio regulatório nacional, políticas federais sem continuidade, ausência de consenso sobre projetos de lei, diferentes estratégias das CESB's¹³ e dos Municípios e disputas judiciais entre eles não foram suficiente para a redefinição do setor de saneamento no Brasil, ainda predominantemente reprodutor das estruturas institucionais do PLANASA, sem existência de regulação, de fato, das atividades prestadas pelas CESB's¹⁴ - “sub-regulado” ou “auto-regulado”, segundo as

¹² A respeito da ineficiência operacional das Companhias Estaduais, é relevante destacar o estudo de Seroa da Motta e Moreira (2005), concluindo que “uma grande quantidade de operadores regionais nos níveis mais baixos de produtividade e também os mais altos efeitos de escala e os níveis de tarifas revelam que, nesse tipo de operador, os efeitos de escala não estão melhorando a eficiência e baixando a tarifa” e “os operadores municipais, ambos autárquicos e privados, embora heterogêneos entre si, dominam os níveis mais altos de produtividade e os mais baixos de tarifas”.

¹³ Relata Marinho (2006) que as CESB's adotaram diferentes estratégias, por exemplo: a SABESP (São Paulo), a SANEPAR (Paraná) e a CAGECE (Ceará) perseguiram mudanças organizacionais e fortalecimento gerencial, destacando-se a primeira pela atuação competitiva em São Paulo (Sanchez, 2001); a CEDAE (Rio de Janeiro) e a CESAN (Espírito Santo) passaram por tentativas de privatização; a SANEMAT (Mato Grosso) e COSAMA (Maranhão) procuraram devolver os serviços a municípios.

¹⁴ A ausência de regulação é ilustrada pelos contratos de concessão vigentes entre CESB's e Municípios – sucintos, sem cláusulas de fiscalização, revisão e reajuste tarifário, resolução de conflitos, etc... – e na prática se traduz numa ausência de controle sobre a prestação dos serviços, como evidenciam Seroa da Motta e Moreira (2005). Quando as Agências Reguladoras Estaduais desempenham algum

expressões de Turolla (2004)¹⁵. Seroa da Motta reporta que mais de 80% da população permanece sendo atendida sob o arranjo institucional do PLANASA, com uma minoria de municípios sendo atendidos por entidades públicas ou privadas e, ainda, 2 casos de prestação regionalizada (Região dos Lagos/RJ e Juturnaíba/RJ).

Entre os municípios que reassumiram sua competência, a literatura registra experiências ainda incipientes e cercadas de problemas, como as de Ribeirão Preto (FERREIRA, 2005) e Limeira (WORLD BANK, 2007). Ainda assim, Seroa da Motta e Moreira (2004) constataram maior eficiência e menores preços nas experiências municipais em comparação com as operadoras estaduais, compreendendo tanto “municípios muito pequenos, com menos de 50 mil habitantes, até os grandes com mais de 1 milhão”. Contudo, o movimento de municípios mais populosos e com maior potencialidade econômico-financeira evidentemente põe em xeque o modelo PLANASA, sendo duvidosa a possibilidade de convivência da primeira tendência com o segundo arranjo, dado que este último pressupõe uma estrutura de subsídios cruzados com a transferência de recursos de municípios superavitários para aqueles deficitários; a saída dos municípios metropolitanos, que deverá se acentuar acaso confirmada a tendência do STF sobre a competência dos serviços nas regiões conurbadas, assim, impõe a revisão do institucional do setor, em especial do uso de subsídios cruzados, objeto de seguidas críticas¹⁶ (SEROA DA MOTTA E MOREIRA, 2004).

Apesar dos principais desafios acima ressaltados – indefinição de competência, ausência de regulação, ineficiência operacional e subsídios cruzados – as recentes Leis de Parcerias Público-Privadas (Lei Federal n. 11.079/2004), dos Consórcios Públicos (Lei Federal n. 11.107/2005) e do Saneamento Básico (Lei Federal n. 11.445/2007) dão um alento ao disciplinar novos instrumentos de associação entre os entes da

papel, fazem-no de forma precária, já que não têm delegação do Município para tanto, nem marco regulatório nem contrato que oriente sua atuação.

¹⁵ De acordo com Galvão Júnior e Monteiro (2006), os contratos de concessão celebrados durante o PLANASA e ainda hoje vigentes era omisso quanto à regulação e à fiscalização e tampouco fixava metas de qualidade e de atendimento. Na prática, segundo os autores, as CESBs desde então atuam como reguladora e regulada.

¹⁶ Para Seroa da Motta e Moreira (2005): “...os padrões de acesso a serviços de saneamento no país, os padrões de investimento e tarifário adotados no setor com largo uso de subsídios cruzados não resultaram em uma desconcentração significativa do acesso aos serviços direcionado para as áreas mais ricas das cidades. Só quando as carências se exacerbam nas áreas pobres, programas especiais e focados são desenvolvidos. Se o objetivo for realmente garantir o abastecimento mínimo de água e coleta de esgoto para os mais pobres, então há que se focar mais a aplicação de subsídios”.

federação, entre estes e empresas privadas, além de impor a criação de estruturas regulatórias para o setor, disciplinando o exercício da titularidade há tanto vítima do vazio institucional.

A Lei do Saneamento resulta de um acordo entre representantes de Estados e Municípios: sua aprovação, após 15 anos de tramitação de projetos de Lei, sem sucesso, de diferentes naturezas no Congresso, decorreu da reunião dos Projetos de Lei n. 5.296/2005 e n. 155/2005 (o primeiro apresentado pela União; o segundo, pelo Senador Gérson Camata), abre perspectivas para a definição de novos modelos pelos titulares dos serviços. O referido diploma legislativo não representa um marco regulatório – o que deve ser desenhado pelos titulares dos serviços de acordo com os instrumentos a eles disponíveis -, mas, isto sim, uma disciplina de diretrizes gerais, tendo como principal mérito obrigar que os titulares dos serviços caminhem do atual modelo “sub-regulado” ou “auto-regulado” para uma efetiva regulação. Nesse sentido, destacamos abaixo os principais aspectos da Lei do Saneamento, que devem orientar a política regulatória do saneamento nos próximos anos:

- 1) Os recursos hídricos não integram os serviços de saneamento básico, estando sujeitos a outorga do direito de uso (art. 4º), mas devem ser geridos em integração, que a lei enfatiza, reunindo política de saneamento, de meio-ambiente e de gestão de recursos hídricos (art. 2º VI c/c arts. 43 a 46). Ainda, os planos de saneamento básico devem ser compatíveis com os planos das bacias hidrográficas em que estão inseridos (art. 19, §3º) e a União Federal deve adotar as bacias hidrográficas como unidades de referencia para planejamento de suas ações (art. 48, X), seguindo assim os modelos francês e inglês de gestão de recursos hídricos por bacias;
- 2) Os titulares são autorizados a delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação dos serviços, mas obrigados a formular sua política de saneamento, inclusive definindo o ente regulador (art. 8º). Mas a delegação dos serviços a ente que não integra a Administração do ente titular depende de contrato (exceções: associações, cooperativas e convênios celebrados antes de 06/04/2005, quando aprovada a Lei dos Consórcios Públicos) – art. 10;

- 3) Se concedidos os serviços, as normas regulatórias devem incluir (art. 11, §2o):
autorização para a contratação dos serviços; metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais; prioridades de ação, compatíveis com as metas estabelecidas; condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo: sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas; sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas; política de subsídios; mecanismos de controle social; hipóteses de intervenção e de retomada dos serviços;
- 4) A Lei prevê a desintegração vertical dos serviços, com a presença de prestadores de atividades interdependentes, cuja relação será regida por contrato (art. 12). Neste caso, o contratante que tem relação com o usuário é obrigado a destacar, nos documentos de cobrança, o valor da remuneração dos serviços prestados pelo contratado e de realizar a respectiva arrecadação e entrega dos valores arrecadados (art. 12, § 3º);
- 5) É disciplinada a prestação regionalizada, com as seguintes características (art. 14):
um único prestador do serviço para vários Municípios, contíguos ou não;
uniformidade de fiscalização e regulação dos serviços, inclusive de sua remuneração;
compatibilidade de planejamento (não necessariamente há um plano único – art. 17);
A regulação, nesse caso, pode ser feita por órgão/ente de unidade da federação ou por consórcio público (art. 15), podendo ser feita por órgão, autarquia, fundação de direito público, consórcio público, empresa pública, sociedade de economia mista (estadual ou municipal) ou empresa privada (art. 16);
- 6) A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço (art. 19) e serão editados pelos titulares, podendo ser elaborados com base em estudos fornecidos pelos prestadores de cada serviço, devendo ser revistos na periodicidade mínima de 4 anos, antes dos PPAs (art. 19, §4o); os planos deverão ser compatíveis com os planos das bacias hidrográficas em que estiverem inseridos (art. 19, §3o) a delegação de serviço de saneamento básico não dispensa o cumprimento pelo prestador do respectivo plano de saneamento

básico em vigor à época da delegação (art. 19, §6o). Perceba-se que foi vetado o art. 20, que classificava os planos como mera “referência” para os prestadores.

- 7) Em relação a tarifas, deixa-se clara a possibilidade de subsídios tarifários e não tarifários para usuários e localidades (art.31), podendo ser diretos (usuário) ou indiretos (prestador); tarifários ou fiscais; internos (titular) ou entre localidades (prestação regionalizada).
- 8) A Lei prevê compartilhamento de ganhos/fatores de produtividade (art. 38, §2o) e competição comparativa entre prestadores dos mesmos serviços em outras jurisdições (art. 38, §3o), o que pode aproximar a regulação do modelo inglês, no uso de mecanismos como *price cap e yardstick competition*;

VI. Conclusão

A comparação empreendida no presente trabalho evidencia, primeiramente, o paralelo existente entre dois modelos de regulação considerados polares (CORRALES, 1998), quais sejam, a “regulação por contrato” francesa e a “regulação por agência” inglesa. Se em ambos os casos persistem desafios a serem enfrentados, o Brasil encontra-se numa etapa ainda mais precária, na qual sequer as principais dificuldades que o desenho regulatório pressupõe foram enfrentadas, diante de um penoso conflito federativo. Adaptando o quadro de Turolla e Ohira (2007), apresentamos comparação entre os 3 países:

	França	Inglaterra	Brasil
Origem do modelo	Década de 20	Década de 80	Década de 70
Configuração administrativa	Local	Regulação nacional e operação regional (bacias)	Estadual (CESB's) e Municipal (Municípios que retomaram concessões)
Tipo de regulação	Por processos	Por agência (price-cap)	Auto-regulação (CESB's) ou Agências Estaduais; no caso dos Municípios, por contrato ou prestação direta
Instrumento da regulação	Contrato e base legal	Agência	Inexistente (CESB's), prestação direta ou contrato (Municípios)
Propriedade dos ativos	Pública	Privada	Pública
Responsabilidade da gestão	Privada	Privada	Pública ou privada (concessões municipais)
Repartição das	Varia com o	Privado	Público (CESB's e Municípios)

responsabilidades e riscos	Contrato		com prestadores diretos) ou privada (concessões municipais)
Seleção do operador	Leilão (competição pelo mercado)	Compra do controle acionário (<i>take over</i>)	Sem licitação (CESB's), licitação (concessões municipais) ou prestação direta municipal
Participação de empresas privadas	Aproximadamente 80%	Total	Concessões municipais

Adaptação dos quadros de Turolla e Ohina (2007), com complemento do autor

O histórico do setor de saneamento no país combinado com as características do federalismo brasileiro, em especial a repartição de competências da Constituição Federal de 1988, assegura que não se pode imaginar que o país possa adotar este ou aquele modelo integralmente. Mas é também importante relevar que tanto a experiência francesa, composta de inúmeros arranjos entre parceiros públicos e privados de forma descentralizada, como os instrumentos ingleses para tentar superar as dificuldades inerentes a um monopólio natural, podem ser, em diferentes graus, adotadas no Brasil. Recentes marcos legais como as Leis das PPPs e dos Consórcios Públicos abriram oportunidades para tanto.

Nesse ponto, a Lei do Saneamento Básico é meritória, desde já, por obrigar os entes federativos a fazerem escolhas, construindo planos e marcos regulatórios. Sem dúvida, um primeiro passo que contribui para a superação da “sub-regulação” apontada por Turolla (2002) por uma efetiva regulação, cujos desafios podem ser melhor compreendidos com a análise dos modelos de regulação francês e inglês. Essa foi a contribuição que pretendemos oferecer.

VII. Referências Bibliográficas

AMPARO, Paulo Pitanga do. e CALMON, Katya Maria Nasiaseni. *A experiência britânica de privatização do saneamento*. Brasília: Ipea, Texto para discussão n. 701, 2000.

BAJARI, Patrick e TADELIS, Steven. *Incentives versus Transaction costs: a theory of procurement contracts*. RAND Journal of economics, 32:3, 2001.

BAKER, Karen J.. *From public to...mutual? Reestructuring water supply governance in England and Wales*. Geoforum, 34, 2003.

CAVE, Martin e ERBETA, Fabrizio. *Regulation and Efficiency incentives: evidence from the England and Wales Water and Sewerage Industry*. Hermes, working paper 8, 2006.

CORRALES, Maria Elena. *La regulación en períodos de transición: el caso de los servicios de água potable y saneamiento em américa latina*. In: *¿ Que hay de nuevo em las regulaciones?: Telecomunicaciones, eletricidad y água potable em América Latina*. Argentina: EUDEBA/CLAD, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA, Fernanda Meirelles. *Regulação por contrato no setor de saneamento: o caso de Ribeirão Preto*. Dissertação de mestrado apresentada no curso de Administração Pública e Governo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2005.

GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro and MONTEIRO, Mario Augusto Parente. *Analysis of concession agreements for provision of water and sewage services in Brazil*. *Eng. Sanit. Ambient.*, Oct./Dec. 2006, vol.11, no.4, p.353-361.

MÉNARD, Claude e SAUSSIÉ, Stéphane. *Contractual choice and performance: the case of water supply in France*. *Revue d'Économie Industrielle*, 2000

OFWAT - Water Services Regulation Authority. *Outcomes of Ofwat's internal review of market competition in water sector*. OFWAT, 2007.

_____. *Report on competition inquires and complaints: 1 abril 2006 to 31 march 2007*. OFWAT, 2007.

PARLATORE, Antônio Carlos. *Privatização do setor de saneamento no Brasil*. In: *A Privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: BNDES, 2000.

PINHEIRO, A.C. e SADDI, J. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005

POLLIT, Christopher e BOUCKAERT, Geert. *Public Management Reform: a comparative analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

REYNAUD, Arnaud. *Social Policy and Private Sector Participation in Water Supply: the case of France*. UNRISD, 2007.

SANCHEZ, Adolfo Oscar. *A privatização do saneamento*. São Paulo: São Paulo em Perspectiva, 15:1, 2001.

SEPÄLLÄ, Osmo T., HUKKA, Jarmo J. e KATKO, Tapio. S.. *Public-Private Partnerships in water and sewerage services: privatization for profit or improvement of service and performance?*. Public Works Management & Policy, 6:1, 2001.

SEROA DA MOTTA, Ronaldo. *As opções de marco regulatório do saneamento no Brasil*. In:

SALGADO, Lúcia Helena e SEROA DA MOTTA, Ronaldo. *Regulação e Concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência*. Brasília, IPEA, 2007.

_____. *Questões regulatórias do setor de saneamento no Brasil*. IPEA, Notas Técnicas 5, 2004.

SEROA DA MOTTA, Ronaldo e MOREIRA, Ájax R.B.. *Eficiência e Regulação no setor de saneamento no Brasil*. Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

MARINHO, Maria do Socorro Japiassú. *Regulação dos serviços de saneamento no Brasil (água e esgoto)*. Tese de doutorado apresentado no curso de desenvolvimento econômico da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

TUROLLA, Frederico Araújo. *Política de saneamento básico: avanços recentes e opções futuras de políticas públicas*. Brasília: IPEA, Textos para discussão n. 922, 2002.

TUROLLA, Frederico Araújo e OHIRA, Thelma Harumi. *Pontos para uma discussão sobre eficiência e regulação em saneamento*. In: SALGADO, Lúcia Helena e SEROA DA MOTTA, Ronaldo. *Regulação e Concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência*. Brasília, IPEA, 2007.

TUROLLA, Frederico Araújo, ANKER, Tomas e FARIA, Ricardo Ferreira, *Infrastructure services in Brazil: the role of public-private partnerships (PPP) in the water & sewerage sector*. 2004. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=616241>

WORLD BANK. *How to revitalize infrastructure in Brazil: public policies for better private participation*. Washington D.C.: World Bank, 2007.

Artigo Recebido em 01/07/2007 e aceito em 27/10/2007.