

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons

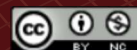


REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 10 | n. 3 | setembro/dezembro 2019 | ISSN 2179-8214

Periodicidade quadrimestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



As funções do regulador de saneamento básico no Brasil

The roles of the basic sanitation regulator in Brazil

Allan Fuezi Barbosa*

Universidade de Lisboa (Portugal)
allanfuezi@barbosa@gmail.com

Thiago Marrara**

Universidade de São Paulo (Brasil)
marrara@usp.br

Recebido: 24/05/2019
Received: 05/24/2019

Aprovado: 23/05/2020
Approved: 05/23/2020

Como citar este artigo/*How to cite this article*: MARRARA, Thiago; BARBOSA, Allan Fuezi. As funções do regulador de saneamento básico no Brasil. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 10, n. 3, p. 127-147, set./dez. 2019. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v10i3.25359

* Mestrando em Direito da Concorrência e da Regulação pela Universidade de Lisboa (Portugal) com período de intercâmbio na Universidade de Bolonha (Itália). Pós-graduado em Direito Europeu e Acção – A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia pelo Instituto de Direito Europeu da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal (CIDEFF) da Universidade de Lisboa. Advogado. Administrador. E-mail: allanfuezi@barbosa@gmail.com.

** Professor associado da Universidade de São Paulo, na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (Ribeirão Preto – SP, Brasil). Livre-docente pela Universidade de São Paulo. Doutor pela Universidade de Munique (LMU). Editor da Revista Digital de Direito Administrativo (RDDA). Advogado-consultor. E-mail: marrara@usp.br.

Resumo

O presente artigo visa analisar as atribuições do regulador no setor de saneamento básico brasileiro, partindo-se das bases da política nacional de saneamento, para a exposição de suas cinco atividades fundamentais (planejamento, organização, regulação, fiscalização e execução). Com base nesse cenário, delimita-se o papel do regulador no setor, destacando suas atribuições gerais e em que medida, no plano do direito positivo e no plano concreto, essa autoridade reguladora assume tarefas de organização de licitações e gestão de contratos em nome dos Municípios como titulares dos serviços públicos.

Palavras-chave: regulação; política nacional; saneamento básico; atividades centrais; contratos administrativos.

Abstract

This paper aims to analyze the roles of regulator in the Brazilian basic sanitation sector, starting from the basis of national sanitation policy to demonstrate the five fundamentals activities (planning, organization, regulation, supervision and execution). Based on this scenario, it sets down the role of the regulator, emphasizing general attributions and to which extent – in the positive law and in a concrete plan – this authority assumes tasks regarding public procurement and contractual management on behalf of municipalities as holders of sanitation public services.

Keywords: regulation; national policy; basic sanitation; central activities; public contracts.

Sumário

1. Introdução. 2. Raízes históricas da relação entre regulador e titular dos serviços de saneamento. 3. Ciclo de atividades da atual política de saneamento. 4. Papéis do regulador conforme a LDNSB. 5. O regulador e os contratos de concessão. 6. Conclusão. Referências.

1. Introdução

O saneamento básico, de acordo com o Instituto Trata Brasil (2012, p. 9), define-se genericamente como “[...] o conjunto de medidas que visa preservar ou modificar as condições do meio ambiente com a finalidade de prevenir doenças e promover a saúde, melhorar a qualidade de vida da população e à produtividade do indivíduo e facilitar a atividade econômica”. Sua relevância decorre das finalidades de suas medidas, de ordem ambiental, de saúde pública e de melhora econômica, o que demanda a

eficaz regulação da prestação adequada desse serviço para que os anseios sociais a ele atrelados sejam alcançados.

No Brasil, contudo, as atividades de regulação de saneamento ensejam inúmeros problemas, desafios e conflitos relacionados à sua delimitação, sobretudo pela difusão de mais de cinco mil titulares dos serviços, resultantes da competência municipal no setor, e de igual número de potenciais autoridades reguladoras. Essa complexidade subjetiva ainda aumenta, quando se considera que os milhares de titulares municipais podem executá-los diretamente ou atribuí-los a entidades privadas. Não por outra razão, é natural que convivam no setor as figuras do titular, do regulador, do prestador, sem falar dos usuários e suas entidades representativas.

Especialmente na prestação indireta,¹ viabilizada mediante contratos de concessão comum ou de parcerias público-privadas de longo prazo antecedidos por licitações, são suscitadas incontáveis questões a respeito dos limites do regulador, principalmente nos momentos em que se torna necessário solucionar disputas entre usuários e prestadores ou entre prestadores e titulares.

Em parte, tais indagações resultam do caráter notadamente relacional dos contratos de delegação desses serviços públicos. Como corpos obrigacionais que se alongam por décadas e pedem modelagens com ampla flexibilidade e adaptabilidade, é comum que nesses contratos se descubram e se debatam ausências ou insuficiências de cláusulas sobre aspectos essenciais da relação jurídica concessória, e que se identifiquem vícios de consentimento na sua formação, como fraudes e erros a afetar a declaração da vontade ora do titular do serviço, ora do prestador.

No desejo compreensível de solucionar tais problemas corriqueiros, afastando-se seus custos políticos, jurídicos e financeiros, os contratantes (titulares dos serviços públicos e prestadores) e os próprios órgãos de controle, como o Ministério Público, recorrem constantemente ao regulador e, por vezes, chegam a ponto de tentar lhe transferir a questionável atribuição de interferir em relações contratuais para modificá-las ou extingui-las em detrimento dos interesses de um ou outro polo contratante em disputa.

É nesse cenário, portanto, que se constata a imprescindibilidade de verificar e esclarecer as atribuições dos reguladores dentro da política

¹ Ver NOHARA; POSTAL JÚNIOR, 2018, p. 380-398.

nacional de saneamento básico e diante dos concessionários, como também dos titulares de serviços públicos, que figuram como concedentes comuns ou parceiros públicos. Com o escopo de colaborar com o esclarecimento desse cenário, o presente artigo parte de uma compreensão histórica da relação entre o regulador e o titular do serviço público em debate, aponta os fundamentos da política nacional de saneamento básico e suas atividades fundamentais, identifica e ressalta as principais atribuições do regulador nesse contexto e, para concluir, aprofunda o debate acerca de seu papel e seus limites de atuação diante de contratos administrativos de natureza concessória.

2. Raízes históricas da relação entre regulador e titular dos serviços de saneamento

O regulador pode interferir na relação contratual de concessão comum ou de parcerias público-privadas na área de saneamento básico? Pode alterar, completar e extinguir contratos que não tenha celebrado, mas apenas homologado ou deles participado com mero anuente-interveniente? Essas e tantas outras dúvidas – que se colocam com frequência aos atores do setor e despertam os órgãos de controle na sua relevante função de tutelar interesses públicos coletivos e difusos – têm raízes históricas que merecem ser brevemente resgatadas antes de se buscar solucioná-las.

Até a terceira década do século XX, o setor de saneamento básico era formado por empresas públicas e privadas, predominantemente de origem estrangeira (ARAÚJO e BERTUSSI, 2018, p. 172). O primeiro marco normativo para a regulação dos serviços de saneamento básico e energia elétrica no país foi o Código de Águas de 1934, por meio do qual foram estabelecidos princípios de um sistema híbrido entre o regime de concessões típico do direito administrativo, com a regulação econômica realizada através da utilização como paradigma regulatório a taxa de retorno. Essa heterogeneidade representaria uma contraposição de “[...] *uma visão liberal, de fortalecimento do Estado regulador e de descentralização de suas funções (mediante delegação para os estados federados) e uma visão centralizadora, que concentrava na esfera federal o poder decisório sobre todas as políticas mais importantes*” (BRITTO, 2001, p. 1081).

Assim, em um contexto de busca pelo bem-estar social, após a crise dos serviços descentralizados e privados, essa codificação consagrou um maior envolvimento do Estado para a consecução dessa demanda social

(BRITTO, 2001, p. 1082). Desde a Constituição de 1934, em seu art. 13, a competência dos serviços públicos de saneamento básico ficou a cargo do município – divisão que fora reafirmada nas seguintes Constituições de 1937 e 1946. Conquanto a legislação codificada tenha sido mantida, a evolução nas décadas seguintes acabou por consolidar, nos anos de 1960, uma nova formatação de prestação de serviços por meio de autarquias autônomas, ou mesmo de sociedades de economia mista, seja através do serviço autônomo municipal, ou de gestão estadual delegada pelos municípios titulares (BRITTO, 2001, p. 1083).

Com o advento do regime militar, foram propostas inúmeras medidas planificadoras no país, dentre as quais está o Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANASA) de 1971, sustentado pelo Sistema Financeiro de Saneamento (SFS), com vistas à racionalização dos investimentos no setor – a partir de uma análise da capacidade das concessionárias de atingir o equilíbrio econômico e financeiro –, bem como à ampliação da cobertura em uma década (BRITTO, 2001, p. 1085).

Logo, com o escopo de promover o desenvolvimento nacional, o Estado brasileiro optou por absorver atividades de planejamento, regulação e execução de políticas públicas estratégicas, como a de saneamento básico. Ocorre que esse modelo de Estado “todo-poderoso”, titular, prestador e regulador de si mesmo, começou a ruir durante os anos de 1980 e de 1990, quando então se forjaram no país mecanismos de privatização para se reduzir o tamanho do aparelho estatal, enxugar suas finanças, torná-lo mais eficiente e responsivo às demandas sociais – mecanismos que foram gradualmente aprimorados, mas – apesar das trocas de governo – jamais abandonados.

Especificamente no setor em estudo, na década de 1980, com as seguidas crises inflacionárias, diminuíram os recursos atribuídos ao PLANASA por meio do SFS e as companhias concessionárias estaduais não pareciam dispor das melhores soluções para a gestão do saneamento, porquanto não teriam a proximidade que a gestão municipal poderia ter juntamente aos usuários e às organizações (BRITTO, 2001, p. 1087 e seguintes). Já na década de 1990, ao remodelar e reduzir seus papéis, o Estado se viu obrigado a forjar e empregar instrumentos que lhe permitissem continuar a zelar por interesses públicos primários. Exatamente por isso, nesse processo histórico de contenção e reversão da lógica de Administração Pública executora, antes muito atuante em atividades econômicas e serviços públicos como o de

saneamento, dois movimentos despontaram como tática compensatória: a regulação e a agencificação.

Marcantes da década de 1990 e 2000, referidos fenômenos transformaram os modos de gestão de serviços públicos, criando um cenário subjetivamente mais complexo, em que um número de atores novos se somaram aos antigos titulares estatais e executores indiretos de serviços, gerando frequentes atritos e confusões quanto à função de cada um. Em outras palavras, as modificações do papel do Estado e de suas formas de relação com o mercado e a sociedade nas últimas três décadas moldaram um novo palco, em que os atores ainda procuram fixar e compreender suas posições. Esse palco diferencia-se daquele em que o Estado, como titular de serviços, atuava como ator solitário, um espaço monológico em que agia sem a preocupação de dialogar, de partilhar suas tarefas e falas e de coordenar suas ações com outros sujeitos.

Agora, porém, retomam-se as formas de delegação da execução, existentes desde o século XIX, mas sob nova roupagem. Em paralelo, o titular do serviço e o prestador passam a conviver com uma terceira figura, a do regulador, em parte protegido contra influências políticas indevidas por meio de garantias organizacionais, pessoais e processuais. Particularmente no setor de saneamento, essa situação começou a ganhar força já com o Programa de Modernização de 1994, que estabeleceu de modo expresso “[...] a separação entre regulação e prestação dos serviços. A regulação seria o instrumento para garantir o interesse público e a satisfação dos usuários, sendo, portanto, mais ampla do que aquela realizada no contexto da vigência do PLANASA” (BRITTO, 2001, p. 1088-1089).

Nesse movimento evolutivo, como se verifica, os atores multiplicaram-se, gerando dúvidas, questionamentos e choques naturais, a justificar preocupações práticas e teóricas com a delimitação precisa de competências de cada um. Dizendo de outra forma: em virtude da retomada dos módulos concessórios com o mercado e da emergência de órgãos e autarquias especiais com tarefas de regulação, inclusive em arranjos interfederativos, é preciso que se apontem com clareza o conteúdo e o limite das atribuições de cada ator envolvido no setor de saneamento básico. Eis a indagação que move este estudo: num contexto subjetivamente complexo como o atual, quais são, afinal, os papéis do regulador diante do titular do serviço e do prestador?

A resposta a essa pergunta fulcral é imperiosa para a garantia de segurança jurídica e para a tutela de interesses públicos primários, uma vez que, por exemplo, é capaz de solucionar questões acerca da gestão e do controle de contratos administrativos de natureza concessória no setor em discussão. Para construí-la, porém, há que se resgatar os pilares da política nacional de saneamento básico, buscando-se evidenciar as atividades administrativas que a materializam e delinear as competências, delegáveis e indelegáveis, dos titulares dos serviços e dos entes reguladores, de maneira a divisar seus papéis, sobretudo em relação a temas conflituosos.

3. Ciclo de atividades da atual política de saneamento

A política pública de saneamento no Brasil foi reestruturada com base no art. 21, inciso XX, da Constituição da República, que atribuiu à União a competência para instituir diretrizes no setor. Com suporte nesse mandamento, o Congresso Nacional elaborou a Lei n. 11.445, de 05 de janeiro de 2007, dispondo sobre as referidas diretrizes nacionais, que atingem, portanto, todos os níveis da federação.

Na Lei das Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico de 2007 (representada doravante pela sigla LDNSB), o Congresso delineou um ciclo de política pública muito nítido e que abarca cinco atividades destacadas, a saber: (i) o planejamento; (ii) a organização; (iii) a regulação; (iv) a fiscalização e (v) a prestação dos serviços aos usuários, pessoas físicas ou jurídicas. Note-se, desde já, que a regulação aí desponta como uma das cinco peças estruturantes do sistema de saneamento, separando-se explicitamente das tarefas de organização dos serviços públicos.

O *planejamento* configura a atividade central e fundante da política pública em cotejo,² já que precede e organiza todas as outras etapas e ações, além de condicionar a validade dos contratos de delegação, como concessões comuns e parcerias público-privadas. Como se sustentou alhures, “o planejamento é a atividade de maior expressão da titularidade do serviço público, tanto que em regra não é delegável a terceiros, sejam outros entes públicos ou particulares” (MARRARA e OLIVEIRA, 2017, p. 824), consoante previsão do art. 9º, inciso I e art. 19, § 1º, da LDNSB. Isso significa que compete ao Município, na qualidade de titular dos serviços de saneamento básico, elaborar o plano, permitindo-se, sob algumas condições

² Ver: CASIMIRO; MORAES, 2017, p. 443-461.

legais, que una forças com outros entes locais para criar planos regionais comuns (art. 17) ou que, sob outras condições, aprove planos individuais simplificados.

De acordo com a disciplina legal constante dos art. 19 e 20 da LDNSB, o plano, elaborado com suporte em estudos técnicos e aprovado por ato do titular, apresentará um conjunto mínimo de disposições que, entre outros aspectos, tratarão dos objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para os serviços de saneamento, dos programas, projetos e ações necessárias para atingi-los e de mecanismos para avaliação de eficiência e eficácia. A princípio, essas disposições abrangerão o território do ente que o elaborou e deverão se harmonizar com outros planos, como o de bacia hidrográfica, além de se submeter a revisão quadrienal.

Por sua importância, a LDNSB não prevê a possibilidade de que o titular do serviço delegue o planejamento a terceiros. Trata-se de tarefa exclusiva, indelegável. E é do art. 8º que se extrai essa conclusão, já que referido dispositivo lista como atividades delegáveis apenas a regulação, a fiscalização, a organização e a prestação, deixando de mencionar o planejamento.

De acordo com Wladimir Antônio Ribeiro, a omissão do artigo 8º é proposital, refletindo a indelegabilidade dessa atividade essencial. Argumenta, ainda, que seria incabível cumular o planejamento com as atividades de regulação. Afinal, nas suas palavras, *“dizer que o regulador é o responsável pelo planejamento seria o mesmo que dizer que o regulador define o conteúdo da política pública da qual exerce a atividade reguladora”* (RIBEIRO, 2016, p. 47). Essa acumulação geraria *“problemas profundos de legitimidade político-democrática do regulador, porque seria a ele atribuído definir aspectos essenciais da política pública”* (RIBEIRO, 2016, p. 47).

As atividades de organização dos serviços formam o segundo pilar da política de saneamento e igualmente recaem sob a responsabilidade dos titulares dos serviços públicos em questão, os Municípios. A LDNSB não chega a abrir um capítulo especial sobre o assunto, como o fez para o planejamento e a regulação, mas a definição do que venha a ser “organização” dos serviços deriva da lei a partir de interpretação sistemática.

Grosso modo, a organização consiste no conjunto de ações de caráter predominantemente concreto de preparação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico em qualquer das suas espécies. Trata-se de um conjunto de tarefas que se situa entre a fase inicial de planejamento e a

de execução. Nela, entre outras funções, o titular adota parâmetros para a garantia de atendimento essencial à saúde pública, detalha direitos e deveres dos usuários, estabelece e estrutura mecanismos de controle social, além de implementar sistema de informações sobre os serviços, articulado com o sistema nacional de informações do setor (art. 9º, III a VI da LDNSB).

A organização ainda envolve as demais medidas necessárias para preparar a prestação do serviço, como a criação de órgãos ou entes descentralizados para a execução direta, a organização de licitações e contratos para a prestação indireta mediante colaboração de agentes de mercado e a execução de ações para instituição ou cooperação com consórcios e outros entes de gestão associada do serviço.

Diga-se bem: a opção pela execução indireta, nos termos do art. 175 da Constituição da República, gera para o titular do serviço (Município) o ônus da contratação administrativa, o que implica selecionar a modalidade concessória mais adequada (concessão comum, PPP patrocinada ou PPP administrativa), bem como estruturar e conduzir o respectivo processo licitatório. Nesse contexto, repita-se, o titular deverá modelar o contrato administrativo que será firmado, além de estruturar e executar a licitação, sobretudo com a indicação de seu tipo, ou seja, do critério de julgamento que pautará a escolha do licitante vencedor e, por conseguinte, orientará a elaboração das propostas comerciais dos agentes econômicos, públicos ou privados, interessados na execução do serviço a ser concedido.

Como as atividades de organização estão sujeitas à delegação, conforme autoriza o art. 8º da LDNSB, nada impede que sejam transferidas, por exemplo, ao ente regulador. Todavia, a delegação não ocorrerá de modo automático ou informal. Dependerá sempre de uma decisão político-administrativa e da anuência e capacidade do regulador para assumi-las e executá-las.

Reitere-se: somente nas hipóteses de delegação formal e expressa, o regulador se responsabilizará pela licitação, pela modelagem do contrato, sua celebração e gestão. Somente neste caso específico é que ele assumirá, por conseguinte, a responsabilidade por falhas na definição de metodologias, parâmetros e regras de formulação de propostas. Se a delegação dessas atividades de organização ao regulador não for explícita, permanecerá nas mãos do titular a responsabilidade pela organização do serviço, de sorte que a ele competirá promover medidas resolutivas das falhas de modelagem ou contratação. Nessa hipótese, caberá também ao

titular do serviço exercer alguns poderes, como o de intervir e retomar a operação dos serviços delegados por indicação da agência nas hipóteses legais e contratuais pré-estabelecidas (art. 9º, inciso VIII e art. 11, § 2º, inciso VI da LDNSB).

Em contraste com as tarefas de organização, a *regulação* foi disciplinada expressa e amplamente em inúmeros dispositivos da LDNSB, sobretudo os art. 21 a 28. O desempenho dessa atividade caberá originariamente ao titular, que poderá exercê-la por um órgão da própria Administração Direta ou por ente especializado da Administração Indireta, inclusive consórcios interfederativos. A regulação deverá ser exercida em linha com os princípios da independência decisória, da transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade. Por força dessas determinações, a figura do regulador jamais se confundirá com a do executor do serviço público. O direito brasileiro adota, aqui, o que se pode denominar de “vedação do regulador de si mesmo” (conforme o art. 2º do Decreto Federal n. 7.217/2010).

Na prática, a função reguladora desenvolve-se antes, durante e depois das fases de organização e de execução dos serviços. Nos termos do art. 11, inciso II e III da LDNSB, a validade dos contratos está condicionada não apenas ao plano, mas também a estudos de viabilidade técnica e econômica e à existência de normas de regulação. Condicionar o contrato à regulação é inevitável, pois, como se demonstrará oportunamente, a função reguladora no setor de saneamento envolve atividades prioritariamente normativas, de orientação, de gestão de informações e de controle tarifário. No campo contratual, a lei ainda atribui ao regulador o poder de interpretar cláusulas e fixar critérios para execução contratual. A princípio, porém, a lei não lhe permite integrar o contrato para suprir lacunas, modificá-lo ou rescindi-lo no lugar do titular do serviço público.

Embora a regulação geralmente abarque a fiscalização em inúmeros setores, a LDNSB preferiu tratar a fiscalização como atividade individualizada da política pública de saneamento no Brasil. Essa dissociação material se compreende por motivos de ordem prática. Em primeiro lugar, ela é útil, porque existem diferentes tipos de fiscalização. Um deles se realiza com foco na verificação de cumprimento de obrigações contratuais. Trata-se de poder fiscalizatório de fundamento contratual, portanto. Outro se desenvolve com foco na observância, pelo titular e pelo prestador, de normas legais e

regulamentares da política de saneamento. Trata-se de ação fiscalizatória mais abrangente, lastreada no poder de polícia.

Em segundo lugar, considerando-se que a fiscalização do contrato não se confunde necessariamente com a fiscalização de normas extracontratuais que pautam o funcionamento do setor e o comportamento dos atores que nele atuam, a distinção entre fiscalização e regulação prevista na lei serve para indicar que o titular do serviço poderá manter para si as tarefas fiscalizatórias e punitivas ou transferi-las, total ou parcialmente, para o regulador. A fiscalização é, assim, atividade sujeita à delegação e o seu responsável deverá verificar o cumprimento quer de leis e regulamentos, quer do contrato de delegação do serviço, sempre à luz do plano de saneamento vigente para a localidade (art. 20 da LDNSB).

A fechar o ciclo da política pública, a lei nacional cuida da *execução* do serviço de saneamento básico, ou seja, do conjunto de atividades jurídicas e materiais concretas que viabilizam o tratamento de esgoto, a drenagem de águas pluviais, a limpeza urbana ou o serviço de abastecimento de águas em atendimento às necessidades de determinada comunidade. De acordo com o art. 38 da LDNSB, a execução é igualmente delegável, ou seja, poderá ser realizada de modo direto ou indireto.

A execução indireta dependerá de contrato de concessão ou permissão (aos particulares, normalmente para serviços em localidades de médio e grande portes) ou de instrumento de delegação a cooperativas ou associações (para serviços restritos a condomínio ou localidade de pequeno porte, ocupada com primazia por população de baixa renda e onde outras formas de prestação gerarem custos de operação e manutenção muito elevados, incompatíveis, portanto, com a capacidade de pagamentos dos usuários) (MARRARA e OLIVEIRA, 2017, p. 826). Permite-se, ainda, a execução regionalizada, situação em que um único órgão, entidade pública descentralizada ou empresa prestará os serviços para vários titulares, territorialmente contíguos ou não, submetendo-se todos eles a um ente fiscalizador e regulador comum (art. 14 e art. 16).

Na prática, por se relacionarem diretamente a satisfação individual ou coletiva dos usuários, pessoas físicas ou jurídicas, as variadas tarefas e ações que concretizam a chamada atividade de execução dos diferentes tipos de serviços públicos de saneamento básico conformam o objeto central de atenção e operação da autoridade reguladora. Cabe verificar com quais ferramentas a regulação opera para orientar, direcionar e corrigir essas

tarefas e ações executórias em favor da concretização das diretrizes nacionais do setor e, em última instância, do atendimento de direitos fundamentais dos usuários.

4. Papéis do regulador conforme a LDNSB

O esclarecimento do marco regulatório do saneamento básico, com o delineamento das atividades que o estruturam, é imprescindível para se superar a obscuridade que ronda a delimitação dos papéis do regulador diante de outros atores, sobretudo os titulares dos serviços públicos. Mas isso não basta. É preciso explicitar outros fatores que condicionam os limites de ação do regulador e, por conseguinte, influenciam a construção de respostas às legítimas indagações formuladas anteriormente.

Não existe no Brasil um direito regulatório, mas direitos regulatórios! Há setores regulados variados, juridicamente assimétricos, cada qual com leis próprias, que aumentam ou reduzem o papel do regulador e lhe conferem ferramentas distintas de ação. Mais que isso. Dentro dos setores, também existem variações, seja pelo fato de se fragmentarem em modelos próprios de regulação estadual e local, definidos conforme as opções políticas de cada esfera federativa, seja por abrangerem um conjunto vasto de serviços públicos, somados ou não a atividades econômicas.

No campo do saneamento básico, todos esses fatores complicadores estão presentes! Os titulares dos serviços são municipais e, desse modo, cabe a mais de cinco mil entes federativos decidir a quem delega e como delega tais tarefas. Fora isso, o setor reúne uma gama de serviços, a começar pelas atividades tradicionais de abastecimento de água e coleta de esgoto, passando pela drenagem de águas pluviais e limpeza urbana, até a gestão de resíduos. Cada serviço apresenta características próprias sob os pontos de vista econômico, técnico e de infraestruturas, exigindo normas regulatórias adaptadas e, simultaneamente, harmônicas.

Não bastassem tantos complicadores, a regulação aceita aprofundamentos e amplitudes distintas em razão de outras variáveis, como a forma de execução de serviço público (individualizada ou regionalizada) e a quantidade de tarefas adicionais que o regulador assume em cada caso, como as de fiscalização e organização. No sentido de confirmar essa riqueza de arranjos, o art. 23, § 1º da LDNSB é explícito ao dispor que *“a regulação de serviços de saneamento poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora e o ato de delegação explicitará a forma de atuação e a*

abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas”.

A diversidade e mutabilidade do cenário regulatório são frequentemente ressaltadas pelos especialistas da área. Wladimir Ribeiro (2016, p. 41), por ilustração, constata a flexibilidade que marca a regulação do saneamento básico no Brasil ao afirmar objetivamente que *“não há modelo único de entidade reguladora”*. As competências sofrem grande mutação, já que a entidade reguladora *“pode ter como atribuição apenas regular ou pode cumular essa atribuição com outras, por exemplo, a de gerir contratos; pode ocorrer, também, que a entidade reguladora exerça apenas funções estritamente regulatórias, porém referentes a diversos serviços públicos[...]”* (RIBEIRO, 2016, p. 41-42).

Em face dessa realidade, mormente quanto à variedade de modelos à escolha dos titulares dos serviços de saneamento básico, resta perquirir quais são as atribuições essenciais do regulador de saneamento e se elas são obrigatórias ou específicas para determinados arranjos. É preciso igualmente evidenciar em que medida as referidas atribuições se estendem a questões contratuais.

Seja um órgão do titular do serviço, seja um ente especializado, que integra ou não sua Administração Indireta, o regulador assume competências disciplinadas de modo relativamente claro nos art. 22 e seguintes da LNSB. Nesses dispositivos, de início, o legislador destacou os objetivos da regulação, ou seja, os fins que ela deve perseguir e que, na prática, orientam todas as suas medidas e tarefas. De acordo com o art. 22, esses objetivos consistem em buscar a satisfação do usuário, garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas, além de definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por meio de instrumentos que induzam a eficiência e a eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários.

Para tanto, independentemente da modelagem adotada no caso concreto, o regulador dos serviços de saneamento executará um conjunto mínimo de tarefas legalmente estipuladas e que podem ser agrupadas nos quatro grandes grupos a seguir sumarizados:

- *Normatização.* A esse primeiro tipo de ação regulatória a legislação dedicou um número extenso de dispositivos.

Prescreve o art. 23 da LDNSB que o regulador editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social dos serviços, atinentes a um conjunto mínimo de assuntos legalmente determinados. Esse rol abrange padrões e indicadores de qualidade; requisitos operacionais e de manutenção de sistemas; metas de expansão e qualidade com prazos; regime, estrutura e níveis tarifários, bem como fixação, reajuste e revisão de tarifas; medição e faturamento e cobrança de serviços; monitoramento de custos; avaliação de eficiência e eficácia; mecanismos de informação e auditoria; padrões de atendimento ao público e participação de usuários; medidas de segurança etc. Reitere-se que todos esses temas são objeto de *normatização* pelo regulador por força de mandamento legal e dentro de seus limites (OLIVEIRA, 2018, p. 108). Não se trata de um rol de tarefas executórias, nem de tarefas que dependam de previsão contratual mais ou menos detalhada.

- *Gestão de informação.* O art. 25 da LDNSB destaca que os “prestadores de serviços públicos de saneamento básico deverão fornecer à entidade reguladora todos os dados e informações necessários para o desempenho de suas atividades, na forma das normas legais, regulamentares e contratuais” (g.n.). Esse dever imputado ao prestador abrange dados e informações próprios, como de empresas ou profissionais contratados para executar os serviços ou fornecer materiais e equipamentos. De um lado, pois, o regulador receberá, organizará, armazenará e protegerá dados e informações do setor regulado, devendo utilizá-las para viabilizar suas atividades, inclusive produzir relatórios, estudos e decisões. De outro lado, como gestor de informações, o regulador exercerá um papel de provedor, devendo dar publicidade a seus documentos, decisões e atos de regulação e fiscalização, e garantir o direito de amplo acesso à informação por qualquer do povo, salvo nas situações autorizadas e motivadas de sigilo (art. 26 e 27).

- *Esclarecimento e orientação.* O terceiro grupo de atividades regulatórias que fica evidente na LDNSB congrega funções de esclarecimento e orientação para titulares de serviços, prestadores e usuários. A esse respeito, o art. 27 da lei prevê que o regulador deverá: dar prévio conhecimento aos usuários de seus direitos e deveres, bem como das penalidades a que estão sujeitos; homologar manual de prestação de serviço e de atendimento do usuário elaborado pelo prestador e divulgar relatório periódico sobre a qualidade dos serviços regulados. As atividades de esclarecimento e orientação beneficiam igualmente os titulares e prestadores, como dito. Nesse sentido, ingressando na esfera contratual, o art. 25, § 2º da Lei prevê que nas atribuições do regulador se incluem “a interpretação e a fixação de critérios para a fiel execução dos contratos, dos serviços e para a correta administração de subsídios” (g.n.). Note-se que esse dispositivo trata unicamente de “interpretação” no sentido de esclarecimento de disposições contratuais, notadamente as cláusulas gerais explícitas e implícitas constantes do instrumento contratual. Ele não confere ao regulador poderes de alteração substancial do contrato, nem de integração de lacunas no intuito de superar problemas decorrentes da incompletude contratual.
- *Controle tarifário.* O quarto e último grupo de atividades centrais pode ser chamado de regulação tarifária. De acordo com o art. 37 da LDNSB, “os reajustes de tarifas de serviços públicos de saneamento básico serão realizados observando-se o intervalo mínimo de 12 (doze) meses, de acordo com as normas legais, regulamentares e contratuais” (g.n). Disso se conclui que as alterações tarifárias, por reajuste ou por revisão periódica ou extraordinária, não se submeterão apenas à legislação concessória e aos contratos firmados pelos titulares dos serviços, mas também à regulamentação construída no âmbito regulatório de modo dialógico e transparente. A confirmar esse mandamento, o art. 38, § 1º da lei esclarece de forma explícita que “as revisões tarifárias

terão suas pautas definidas pelas respectivas entidades reguladoras, ouvidos os titulares, os usuários e os prestadores". Em relação aos instrumentos contratuais celebrados, porém, tais dispositivos não conferem ao regulador qualquer poder, a não ser o de estabelecer mecanismos que autorizem o prestador de serviços a repassar aos usuários custos e encargos tributários "*não previstos originalmente* (sic)" e por ele não administrados (art. 38, § 4º). A partir de uma pesquisa empírica, Araújo e Bertussi (2018, p. 198) apontam que "*[a]s entidades reguladoras estaduais e municipais não estão sendo capazes de cumprir com as suas obrigações legais de definir estruturas tarifárias que não apenas gerem a modicidade tarifária, mas garantam o equilíbrio econômico-financeiro das empresas*". Isso, porquanto consideram haver um equilíbrio de baixo nível, na medida em que "*[...] o sistema regulatório é influenciado pelo oportunismo governamental e adota políticas de preço inadequadas para a sustentabilidade econômico-financeira das empresas de saneamento*" (ARAÚJO e BERTUSSI, 2018, p. 173). Ou seja, tende-se a fazer uma política populista através das tarifas cobradas dos usuários, em detrimento da justa tarifa, que ensejaria a disposição de recursos para investimento, com vistas ao melhoramento e à ampliação das infraestruturas do setor.

Ainda no campo das atribuições regulatórias, em 2018, a Medida Provisória n. 868 alterou a disciplina do setor em exame e, entre outras coisas, colocou as agências reguladoras sob a orientação da Agência Nacional de Águas (ANA). Essa autarquia federal passará a instituir normas nacionais de *referência* para a regulação da prestação de serviços públicos de saneamento básico (art. 4º-C da Lei da ANA – Lei n. 9.984, de 17 de julho de 2000). Referidas normas, que ainda não foram editadas, tratarão de padrões de qualidade e manutenção, regulação tarifária, padronização de instrumentos negociais de prestação firmados entre o delegatário e o prestador etc.

Isso significa que a ANA pautará as ações dos inúmeros titulares, reguladores e prestadores ativos no país, sobretudo no sentido de

estabelecer uma padronização mínima para o exercício da função de organização dos serviços, de normatização e de controle tarifário. Trata-se, assim, da segunda tentativa mais efetiva de padronização nacional do setor, que antes ocorrera no regime militar, a partir do PLANASA/SFS (BRITTO, 2001, p. 1083 ss.), uma vez que se consideram que as políticas que sucederam ao PLANASA, “*em geral, foram pontuais e com baixa articulação entre os entes federativos*” (ARAÚJO e BERTUSSI, 2018, p. 173).

Essa articulação e mínima padronização nacional, intentada pelo governo federal com apoio da ANA, deverá facilitar a organização e elevar a previsibilidade no setor. Contudo, dificilmente reduzirá os custos de instituição e funcionamento dos reguladores, que mais guardam relação com as escolhas dos titulares dos serviços em relação às atribuições que lhes são delegadas, inclusive para além da regulação propriamente dita. Em estudo de amostra de 2.523 dos Municípios brasileiros, Turolla e Paganini (2008, p. 140) verificaram que, tomando-se como parâmetro uma taxa média de regulação de 3% das concessionárias, a regulação por agência própria e especializada apenas seria viável em 65 municípios, ou seja, em aproximadamente 3% da amostragem. Diante desse cenário, os autores apontam alternativas à criação de agências locais, a saber: a) a *delegação parcial* das atribuições regulatórias municipais para agência estadual, de modo a criar um modelo compartilhado de regulação, como ocorre no município de Juazeiro do Norte com a ARCE, do Estado do Ceará; b) a *delegação integral* da regulação à agência reguladora estadual, tendo o município a participação nas decisões da agência através de representantes eleitos do conjunto de municípios delegatários e da sociedade – a exemplo de Goiás, em que a empresa Saneamento de Goiás S.A. (Saneago) fica submetida à fiscalização da Agência Goiana de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos – AGR; e c) a *regulação por consórcios*, como a feita pela ARES-PCJ no interior do Estado de São Paulo.

5. Conclusões

De acordo com o relatório de 2017 da Associação Brasileira de Agências de Regulação (2018, p. 14) com base na atuação de dezoito agências, a grande parte dos serviços regulados é prestada por empresas privadas (41%), seguidas por empresas estatais (35%) e por autarquias ou órgãos da Administração Direta local (11%). Nesse contexto, é fundamental ressaltar as atribuições do regulador em questões atinentes aos contratos

administrativos – tais como os de concessão –, uma vez que, na maioria dos ambientes regulados de saneamento, a prestação do serviço público decorre de relações entabuladas com o particular, a partir dos mencionados contratos.

A descrição do ciclo da política de saneamento, com as cinco atividades centrais que a compõem e o reconhecimento de seu conteúdo e limites de delegação, assim como o exame mais aprofundado dos quatro grupos de tarefas centrais do regulador permitem que se exponham compreensões sobre seus poderes em matéria contratual e se demonstre como ele se dissocia do titular e do prestador dos serviços. Essas conclusões podem ser assim sintetizadas:

1. A legislação setorial não confere ao regulador de saneamento básico tarefas de organização de licitação, modelagem, celebração e gestão de contratos administrativos de concessão em qualquer das suas modalidades. Nesse aspecto, o setor de saneamento difere, por exemplo, de setores como o de transporte terrestre, em que o Congresso atribuiu expressamente à agência, ANTT, atribuições de publicar editais, julgar licitações, celebrar contratos de concessão e administrá-los.³ A referida agência federal de transportes terrestres organiza e realiza as licitações, além de firmar o contrato de delegação de serviços públicos como parte e em nome da União – modelo legal, como dito, completamente distinto ao vigente no setor de saneamento básico, em que atuam reguladores municipais, interfederativos ou estaduais.

2. Considerando-se que as tarefas de organização e realização de licitações e de modelagem e gestão de contratos enquadram-se no conceito de organização, a legislação setorial as atribui ao titular dos serviços públicos de saneamento, que poderá exercê-las por seus próprios órgãos e agentes públicos ou delegá-la, desde que o faça de modo expresso e compatível com o plano de saneamento que lhe compete, com exclusividade, elaborar.

3. A delegação de atividades de organização deve ocorrer por previsão legal ou contratual expressa de tarefas de preparação e execução de

³ Nos termos do art. 25, da Lei n. 10.233, de 05 de junho de 2001, com redação dada pela MP n. 576, de 2012, cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário: “I – publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para a prestação de serviços de transporte ferroviário...; II – administrar os contratos de concessão e arrendamento de ferroviários celebrados até a vigência desta lei...; III – publicar editais, julgar as licitações e celebrar contratos de concessão para a construção de novas ferrovias, com cláusulas de reversão à União dos ativos operacionais edificados e instalados; IV – fiscalizar diretamente com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das cláusulas contratuais de prestação de serviços ferroviários e de manutenção e reposição dos ativos arrendados (...)”.

processos de licitações e de celebração de contratos de concessão, bem como sua gestão, no lugar dos titulares de serviços. Afinal, tal atividade organizacional distingue-se sobremaneira das atribuições de homologar, regular e fiscalizar, inclusive em questões tarifárias, os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico.

4. Nesse contexto, ao exercer suas atividades de gestão tarifária, nos momentos de fixação, revisão e reajuste de valores, o regulador deverá observar a legislação dada pelo Congresso Nacional, os regulamentos próprios do setor, as metas de investimentos dos planos de saneamento elaborados e os contratos administrativos de delegação de serviços. Esses contratos poderão ser sempre interpretados pelo regulador por expressa disposição do art. 25, § 2º da LDNSB, mas por ele modificados somente quando lhe couber tarefas expressas de organização e gestão contratual delegadas pelo titular dos serviços.

5. Disso tudo se conclui que, em matéria contratual, os reguladores de saneamento básico assumem um núcleo inafastável de duas atribuições centrais, definidas na legislação e não sujeitas a restrições pelos titulares dos serviços. São elas: (i) gerir os procedimentos de reequilíbrio com reajuste ou revisão tarifária, respeitando os contratos firmados pelos titulares de serviços conveniados ou consorciados e (ii) interpretar os ajustes contratuais nos termos do art. 25, § 2º da LDNSB.

6. Fora dessas duas situações, sob pena de violar o princípio da legalidade administrativa, não poderá o regulador setorial exercer outros poderes contratuais no lugar dos contratantes (titulares dos serviços delegados e prestadores) ou de órgãos de controle. Isso significa que, se não for delegatário de funções organizacionais previstas na LDNSB, ele não poderá integrar lacunas, modificar contratos concessórios por qualquer forma, inclusive diante de vícios de consentimento, nem extingui-los por qualquer tipo de instrumento jurídico.

A Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico (LDNSB) divide a política pública de saneamento em tarefas de planejamento, organização, regulação, fiscalização e execução dos serviços em questão. Ao regulador compete, por força da lei, exercer quatro atividades básicas, quais sejam: (i) normatização; (ii) gestão de informação; (iii) esclarecimento e orientação, inclusive a interpretação e fixação de critérios para a fiel execução dos contratos (art. 25, § 2º da referida lei) e (iv) controle tarifário, sempre de acordo com as normas legais, regulamentares e contratuais.

A depender do arranjo estabelecido entre o titular dos serviços e o regulador, ele também poderá assumir atividades de organização da licitação, de celebração e de gestão de contratos de concessão comum, parcerias público-privadas e instrumentos congêneres. A LDNSB, porém, não imputa essa tarefa obrigatoriamente ao regulador, ao contrário do que ocorre na legislação que trata de serviços de transportes terrestres e disciplina o funcionamento da agência reguladora do setor, a ANTT.

Além disso, embora exista a faculdade de delegação de serviços de gestão de licitações e contratos ao regulador de serviços de saneamento básico, acredita-se que a limitação de suas atribuições ao rol de atividades legalmente instituídas é mais adequada, sobretudo por evitar conflitos de interesses e confusão de papéis, deixando-se a atividade de organização para o titular do serviço. Seguindo-se esse modelo enxuto, a agência reguladora não atuará como parte contratual, senão, como visto, quando exercer suas competências legais de gerir tarifas em sede de reajuste e revisão e de interpretar os contratos administrativos sob sua regulação.

Referências

ARAÚJO, Flávia Camargo de; BERTUSSI, Geovana Lorena. Saneamento básico no Brasil: estrutura tarifária e regulação, *in* **Planejamento e políticas públicas**, n. 51, jul.-dez. 2018.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS DE REGULAÇÃO. **Saneamento básico: Regulação 2017**. 2018. Disponível em: < <http://abar.org.br/saneamento-basico-regulacao-2017/>>. Acesso em 06 de maio de 2019.

BRITTO, Ana Lúcia. A regulação dos serviços de saneamento no Brasil: perspectiva histórica, contexto atual e novas exigências de uma regulação pública. *In*: **Anais do IX Encontro Nacional da ANPUR**, vol. 2. Rio de Janeiro: ANPUR, 2001.

BRASIL, Instituto Trata. **Manual do saneamento básico**: entendendo o saneamento básico ambiental no Brasil e sua importância socioeconômica. 2012. Disponível em: <www.tratabrasil.org.br>. Acesso em 06 de maio de 2019.

BRASIL. República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil d1988**.

BRASIL. **Decreto Federal n. 7.217**, de 21 de junho de 2010.

BRASIL. **Lei n. 9.984**, de 17 de julho de 2000.

BRASIL. **Lei n. 10.233**, de 05 de junho de 2001.

BRASIL. **Lei n. 11.445**, de 05 de janeiro de 2007.

BRASIL. **Medida Provisória n. 868**, de 27 de dezembro de 2018.

CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo; MORAES, Filomeno. Planejamento social na Administração Pública: um instrumento essencial na promoção dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 443-461, maio/ago. 2017.

GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; PAGANINI, Wanderley da Silva. Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil, *in Eng Sanit Ambient.* v. 14, n. 1, jan.-mar. 2009.

GALVÃO JUNIOR, Alceu de Castro; TUROLLA, Frederico Araújo; PAGANINI, Wanderley da Silva. Viabilidade da regulação subnacional dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário sob a Lei n. 11.445/2007, *in Eng Sanit Ambient.* v. 13, n. 2, abr.-jun. 2008.

MARRARA, Thiago; OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. Consórcios para prestação ou regulação de serviços de saneamento básico. *In*: DAL POZZO *et al.* (coord.). **Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia; POSTAL JÚNIOR, Jairo. Perspectiva da gestão do saneamento básico no Brasil: prestação indireta e deficiências setoriais. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 380-398, jan./abr. 2018.

OLIVEIRA, Carlos Roberto de. A competência para normatização e o poder sancionatório das agências reguladoras de saneamento básico. *In*: REGULAÇÃO, Associação Brasileira de Agências de. **Saneamento básico: Regulação 2017**. 2018. Disponível em: < <http://abrar.org.br/saneamento-basico-regulacao-2017/>>. Acesso em 06 de maio de 2019.

RIBEIRO, Wladimir Antônio. A forma e a função: as relações entre independências, regulação e competências do regulador. *In*: OLIVEIRA *et al.* (org.). **Regulação do saneamento básico**. São Paulo: Essential Ideal Editora, 2016.