

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS**  
**ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO**  
**MESTRADO EM DIREITO DA REGULAÇÃO**

**LEONARDO GOMES RIBEIRO GONÇALVES**

**OS MECANISMOS DE GOVERNANÇA DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL:**  
**Um estudo de direito administrativo sob a perspectiva da Economia dos Custos de**  
**Transação**

Rio de Janeiro  
2015

**LEONARDO GOMES RIBEIRO GONÇALVES**

**OS MECANISMOS DE GOVERNANÇA DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL:  
Um estudo de direito administrativo sob a perspectiva da Economia dos Custos de  
Transação**

Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas para obtenção do título de Mestre em Direito da Regulação.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Rio de Janeiro  
2015

**Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Mario Henrique Simonsen/FGV**

Gonçalves, Leonardo Gomes Ribeiro

Os mecanismos de governança do saneamento básico no Brasil: um estudo de direito administrativo sob a perspectiva da economia dos custos de transação / Leonardo Gomes Ribeiro Gonçalves. – 2015.

99 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas.

Orientador: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Inclui bibliografia.

1. Direito administrativo. 2. Saneamento - Regulamentação. 3. Saneamento - Custo-benefício. 4. Eficiência governamental. I. Ragazzo, Carlos Emmanuel Joppert. II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDD – 341.3


**LEONARDO GOMES RIBEIRO GONÇALVES**

**OS MECANISMOS DE GOVERNANÇA DO SANEAMENTO BÁSICO NO  
BRASIL: UM ESTUDO DE DIREITO ADMINISTRATIVO SOB A  
PERSPECTIVA DA ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO.**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito da Regulação da Escola  
Direito Rio para obtenção do grau de Mestre em Direito da Regulação.

Data da defesa: 22/02/2016

**ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA**



---

**Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo**  
Orientador (a)



---

**Cássio Machado Cavalli**



---

**Eduardo Pontual Ribeiro**

À Simone e aos nossos filhos João e Leonardo, com amor.

## Agradecimentos

“Que seria de nós se andássemos apenas nos jardins e nas avenidas? ” É com essa pergunta que o filósofo norte americano Henry David Thoreau nos convida a refletir sobre a necessidade de se trilhar caminhos desconhecidos para buscar a liberdade. Entretanto, como ele diz, caminhadas como essas, feitas com o corpo e com o espírito, não são fáceis.

A pesquisa que ora encerro foi como uma dessas caminhadas. Não foi fácil e certamente devo muito a quem me ajudou, seja me incentivando, apoiando ou compreendendo a minha ausência.

Gostaria de compartilhar a felicidade deste momento com todos os amigos e companheiros de caminhada da primeira turma do mestrado em direito da regulação da Escola do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Alessandra Carneiro, André Uryn, Álvaro Jorge, Danielle Duarte, Diogo Alencar, Francisco Müssnich, Gabriel Cozendey, Gustavo Schmidt, Júlia de Lamare, Luis Lopes Martins, Maíra Ayres, Paulo Wunder, Rafael Vêras, Ricardo Nunes, Romilson Volotão e Viviane Kloss.

Gostaria de agradecer ao meu orientador, Prof. Carlos Ragazzo, por indicar as direções mais interessantes para a minha pesquisa; ao Prof. Cássio Cavalli, por ter me mostrado que é possível ir longe com o direito e a economia; aos professores Antônio Maristrello Porto, Fernando Leal, Floriano Azevedo Marques e Leandro Molhano Ribeiro, pelo incentivo a busca de qualidade nos estudos acadêmicos; à Profª Patrícia Sampaio, a quem devo o primeiro contato com o mundo do direito e economia; ao Prof. Sérgio Guerra, pela forma democrática com a qual conduziu os debates sobre o direito da regulação durante o mestrado; aos responsáveis pela coordenação do programa, pelo apoio sem o qual a realização da minha pesquisa não teria sido possível.

A minha caminhada também não teria sido possível sem o apoio e o carinho da Maria Teresa Mendes de Carvalho (Tia Teresa). Por isso, gostaria de fazer uma menção especial de agradecimento a ela.

Finalmente, gostaria de agradecer aos meus pais, por terem desde cedo me ensinado o valor do conhecimento, assim como a compreensão, a paciência e o inestimável apoio que recebi da minha amada Simone e dos nossos queridos filhos, João e Leonardo.

“E agora se defrontavam com a mata virgem, jamais pisada por pés de homens, sem caminhos no chão, sem estrelas no céu de tempestade. ”

Terras do Sem Fim, Jorge Amado.

## RESUMO

O serviço público de saneamento básico tem relevância amplamente reconhecida. Apesar disso, ainda são verificados no Brasil elevados índices de déficit ou de atendimento precário, com situações distintas nas diversas regiões do país. Nesse sentido, o objetivo desta dissertação é (i) apresentar, a partir da perspectiva interdisciplinar da Economia dos Custos de Transação, uma compreensão do serviço público de saneamento básico no Brasil, atualmente regulamentado pela Lei nº 11.445/2007, (ii) avaliar a eficiência do modo de governança majoritariamente utilizado e, (iii) eventualmente, propor desenhos alternativos para a organização da prestação que sejam economicamente superiores em termos de redução de custos de transação para a realização de investimentos necessários ao cumprimento dos objetivos fundamentais definidos no art. 2º, da Lei nº 11.445/2007. A pesquisa adotou como estratégia metodológica a utilização de uma abordagem interdisciplinar de direito, economia e organizações, nos termos da análise econômica da nova economia institucional. A partir do estudo do ambiente institucional básico, com apoio no referencial teórico, observou-se que o mecanismo de governança predominantemente utilizado no serviço público de saneamento básico no Brasil, isto é, delegações a Companhias Estaduais de Saneamento por meio de contratos de longo-prazo (contratos de programa), não favorece a realização de investimentos em ativos específicos (infraestrutura) necessários à prestação e cumprimentos de metas da política. Foi também constatado que existem alternativas de governança viáveis ao desenho predominante, embora a utilização de formas alternativas provavelmente não possua execução viável pelo simples transplante de normas, isto é, pela via formal. A modificação da forma de governança predominante no saneamento básico no Brasil, com a superação do baixo desempenho verificado (*low-level equilibrium*), não é possível de ser realizada sem custos. Nesse sentido, é necessário superar os custos para o rompimento do *path dependence* provocado pelo *hold up* realizado pelas Companhias Estaduais de Saneamento Básico sobre os titulares do serviço público (municípios), bem como os custos para o rompimento do *path dependence* no direito administrativo brasileiro, o qual restringe o desenvolvimento de uma teoria jurídica da regulação apta a viabilizar a construção de uma governança regulatória adequada à redução dos custos de transação, de modo a tornar viáveis investimentos em ativos de infraestruturas com elevado grau de especificidade.

Palavras-chave: Serviço público de saneamento básico; direito administrativo; regulação; nova economia institucional; economia dos custos de transação; instituições; mecanismos de governança; infraestrutura; investimentos em ativos específicos; oportunismo; racionalidade limitada; custos de transação.



## ABSTRACT

The water and sewage public service relevance is widely recognized. Nevertheless, there is high deficit level of access in Brazil, with different situations in the various country regions. In this sense, the objective of this dissertation is (i) from the interdisciplinary perspective of the Transaction Costs Economics, introduce an understanding of water and sewage public service in Brazil, currently regulated by Law No. 11,445/2007, (ii) evaluate the efficiency of the mainly used mode of governance, and (iii) eventually purpose alternative designs for the organization of the provision, economically superior in terms of reducing transaction costs for necessary investments to fulfill the fundamental objectives defined in art. 2 of Law No. 11,445/2007. The research used as a methodological strategy an interdisciplinary approach to law, economics and organizations, based on the new institutional economics. From the study of the basic institutional environment, with support in the theoretical framework, it was observed that the governance mechanism predominantly used to provide the water and sewage public service in Brazil, ie delegations to State Sanitation Companies through long-term contracts (program contracts) does not favor investments in specific assets (infrastructure) necessary for the supply and does not ensure policy goals. It was also found that there are viable alternatives to overall governance design, although the use of alternative forms probably are not feasible by implementing simple transplant standards, that is, by formal means. The modification of the prevailing water and sewage public service mode of governance, overcoming the verified low performance (low-level equilibrium), can not be held without charge. Therefore, it is necessary to overcome the costs for breaking the path dependence caused by hold-up carried out by the Sanitation State Companies to public service holders (municipalities), as well as costs for the disruption of path dependence in the Brazilian administrative law, which restricts the development of a legal theory of regulation to enable the construction of an adequate regulatory governance to reduce transaction costs in order to make viable investments in infrastructure assets with a high degree of specificity.

**Keywords:** water and sewage public service; administrative law; regulation; new institutional economics; transaction costs economics; institutions; mechanisms of governance; infrastructure; investments in specific assets; opportunism; bounded rationality; transaction costs.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. A GOVERNANÇA SEGUNDO A ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO .....	22
2.1. Uma aproximação ao quadro teórico: Nova Economia Institucional e Economia dos Custos de Transação.....	23
2.2. Justificando a aplicação da Economia dos Custos de Transação para a governança do serviço público de saneamento básico.....	25
2.3. Conceito de governança adotado na pesquisa.....	28
2.4. Os pressupostos comportamentais.....	30
2.5. Dimensões das transações.....	31
2.5.1. Especificidade de ativos.....	32
2.5.2. Incerteza.....	35
2.5.3. Frequência.....	35
2.6. Os alternativos mecanismos de governança.....	36
2.6.1. Mercado.....	36
2.6.2. Formas híbridas.....	37
2.6.3. Hierarquias.....	39
2.7. Alinhando mecanismos de governança e transações (alinhamento discriminante) .....	41
3. O SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO NO DIREITO POSITIVO E OS DESENHOS DE GOVERNANÇA POSSÍVEIS.....	43
3.1. Os ambientes institucionais básicos das políticas nacionais do saneamento básico no Brasil e os desenhos de governança possíveis.....	43
3.1.1. A evolução da política nacional de saneamento de 1967.....	43
3.1.2. Os objetivos da política nacional de saneamento de 1967 e o desenho de governança nela utilizado.....	46
3.1.3. As atuais diretrizes nacionais de saneamento básico (Lei nº 11.445/2007) .....	48
3.1.4. As atividades compreendidas como serviço público de saneamento básico na Lei nº 11.445/2007.....	49
3.1.5. As funções públicas para a execução da governança do saneamento básico segundo a Lei nº 11.445/2007.....	51

3.1.5.1. Planejamento.....	51
3.1.5.2. Prestação.....	52
3.1.5.3. Regulação.....	59
3.2. Avaliação das possibilidades de desenho da governança da prestação de saneamento básico na Lei nº 11.445/2007, segundo os standards teóricos da Economia dos Custos de Transação.....	62
3.2.1. Investimentos em ativos específicos geram incentivos à governança por hierarquias (públicas ou privadas) .....	63
3.2.2. Salvaguardas contratuais e desverticalização em formas híbridas de governança podem reduzir custos de transação com ganhos líquidos.....	65
 4. OS DESENHOS DE GOVERNANÇA DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO PRATICADOS NO BRASIL E OS INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA PARA A SUA PRESTAÇÃO.....	68
4.1. Alguns dados sobre o serviço público de saneamento básico no Brasil.....	68
4.2. Os desenhos da governança do serviço público de saneamento básico praticados no Brasil influenciam o desempenho dos investimentos em infraestrutura necessária à sua prestação?.....	78
4.2.1. O serviço público de saneamento básico no Brasil é um monopólio natural operado predominantemente por contratos de programa com regulação deficiente.....	78
4.2.2. A articulação deficiente do desenho da governança do serviço público de saneamento básico praticado no Brasil com a gestão dos recursos hídricos e com a política de meio-ambiente influencia o desempenho dos investimentos?.....	81
4.3. Existem alternativas viáveis para melhorar o desempenho dos investimentos em ativos específicos ao saneamento básico?.....	83
 5. CONCLUSÕES.....	89
 BIBLIOGRAFIA.....	94

## 1. INTRODUÇÃO

Esta dissertação versa sobre o serviço público de saneamento básico no Brasil<sup>1</sup>. O seu objeto é o estudo das proposições teóricas da Economia dos Custos de Transação e a verificação das contribuições que as mesmas podem oferecer para a definição de critérios jurídicos nas escolhas realizadas no âmbito da governança do serviço público de saneamento básico no Brasil.

O objetivo da dissertação é (i) apresentar, a partir da perspectiva interdisciplinar da Economia dos Custos de Transação, uma compreensão do serviço público de saneamento básico no Brasil, atualmente regulamentado pela Lei nº 11.445/2007, (ii) avaliar a eficiência do modo de governança majoritariamente utilizado e, (iii) eventualmente, propor desenhos alternativos para a organização da prestação que sejam economicamente superiores em termos de redução de custos de transação para a realização de investimentos necessários ao cumprimento dos objetivos fundamentais definidos na Lei nº 11.445/2007.

O tema da dissertação tem sua relevância amplamente reconhecida. O acesso ao saneamento básico é visto como condição fundamental para a sobrevivência e para a dignidade humana. Aponta-se que a sua ausência ou precariedade tem como consequências problemas para a saúde pública, o meio ambiente e a cidadania<sup>2</sup>.

No Brasil, apesar dos esforços para universalização do saneamento e dos avanços obtidos nos últimos 50 anos, através da expansão das redes de infraestrutura necessárias à prestação, o déficit de acesso ainda é elevado, especialmente em relação ao esgotamento sanitário nas periferias das grandes cidades e zona rural<sup>3</sup>. Consoante o diagnóstico do Plano Nacional de Saneamento Básico<sup>4</sup>, somente 59,4% da população brasileira possui atendimento adequado ao serviço de fornecimento de água tratada. Do total pesquisado, 33,9% tem atendimento precário e 6,8% da população não é atendida por este serviço. Em relação ao

---

<sup>1</sup> O termo serviço público de saneamento básico utilizado nesta pesquisa refere-se aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Todavia, a Lei nº 11.445/2007 define como serviços públicos de saneamento básico, além do abastecimento de água e do esgotamento sanitário, a limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos. O Decreto nº 7.217/2010, que regulamenta a Lei nº 11.445/2007, estabelece, por sua vez, que o abastecimento de água é composto por várias atividades interdependentes denominadas de serviços públicos de abastecimento de água, o mesmo ocorrendo em relação aos serviços públicos de esgotamento sanitário.

<sup>2</sup> GALVAO JUNIOR, Alceu de Castro; PAGANINI, Wanderley da Silva. **Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil**. Eng. Sanit. Ambient., Rio de Janeiro, v. 14, n. 1, p. 79-88, Mar. 2009.

<sup>3</sup> GALVÃO JÚNIOR; PAGANINI, **Aspectos conceituais da regulação dos serviços de água e esgoto no Brasil**, p. 79.

<sup>4</sup> BRASIL, Ministério das Cidades. **Plano Nacional de Saneamento Básico**. Brasília, 2013, disponível em <[http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/PlanSaB/plansab\\_texto\\_aprovado.pdf](http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/PlanSaB/plansab_texto_aprovado.pdf)>, Acesso em: 13/11/2014.

serviço de esgotamento sanitário, 39,7% da população brasileira é atendida adequadamente, 50,7% tem atendimento precário e 9,6% não é atendida.

Do lado da governança, os dados do último Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto do Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento (SNIS) indicam que a prestação é majoritariamente prestada pelos Estados, com âmbito de atuação regional. Nesse sentido, dos 5.060 municípios brasileiros que prestaram informações ao sistema, 4.012 são atendidos por prestadores regionais para o abastecimento de água. Em relação aos serviços de esgotamento sanitário, dos 2.232 municípios, 1.268 são atendidos por prestadores regionais.

A prestação regional dos serviços, por sua vez, é na grande maioria realizada por sociedades de economia mista estaduais (CESBs), totalizando 24 empresas existentes no país (85,7%). Além dessas, há duas autarquias (Tocantins e Acre), uma concessionária privada (Tocantins) e uma empresa pública (Minas Gerais).

A estes dados devem ser acrescentados os relativos ao inconsistente avanço no cumprimento dos objetivos fixados nas atuais diretrizes nacionais do saneamento básico, além da disparidade de níveis de atendimento e no desempenho entre as diversas regiões do país. Segundo relatório elaborado pelo Instituto Trata Brasil, com base em dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), entre 2009 e 2013, avançou-se apenas 0,8% no nível médio de atendimento pelo serviço de abastecimento de água e 4,1% no atendimento médio de esgotamento sanitário, e 1,9 % a relação entre volume de esgoto tratado por água consumida. O volume médio de perdas na distribuição de água ainda é elevado (37%), tendo sido reduzido em 4,6% entre 2009 e 2013<sup>5</sup>.

De fato, tem-se a constatação preliminar de que há um tímido avanço no cumprimento dos objetivos da política de saneamento instituída em 2007<sup>6</sup> e que a governança do serviço público de saneamento básico é realizada predominantemente pelos Estados, através das companhias estaduais de saneamento básico (CESBs).

---

<sup>5</sup> INSTITUTO TRATA BRASIL. **Avanço tímido do saneamento básico nas maiores cidades compromete universalização em duas décadas.** Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/estudos/ranking/release-ranking-2015.pdf>>. Acesso em 20 nov 2015.

<sup>6</sup> Entre os objetivos fundamentais das diretrizes nacionais para o saneamento básico em vigor, nos termos do art. 2º, da Lei nº 11.445/2007, pode-se citar a universalização do acesso, articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, eficiência e sustentabilidade econômica, utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas, integração das infra-estruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos, adoção de medidas de fomento à moderação do consumo de água, entre outros.

Esta constatação, por sua vez, nos induz à reflexão sobre uma possível relação entre baixo desempenho do setor no tocante aos investimentos em infraestrutura necessários ao cumprimento dos objetivos da política vigente e a inadequação do desenho de governança para o saneamento básico, resultando daí o problema da pesquisa, que pode ser sintetizado nas seguintes questões:

- **Primeiro problema de pesquisa:** é possível apontar alguma relação entre os desenhos da governança do serviço público de saneamento básico predominantemente praticados no Brasil e o baixo desempenho em relação à realização de investimentos em infraestrutura necessária ao cumprimento dos objetivos fundamentais definidos no art. 2º, da Lei nº 11.445/2007?
- **Segundo problema de pesquisa:** caso seja possível apontar uma relação entre os desenhos da governança do serviço público de saneamento básico predominantemente praticados no Brasil e o baixo desempenho em relação à realização de investimentos em infraestrutura necessária ao cumprimento dos objetivos fundamentais definidos no art. 2º, da Lei nº 11.445/2007, que mecanismos de governança institucionalmente viáveis poderiam ser sugeridos para favorecer a realização dos citados investimentos?

Como respostas provisórias para os problemas de pesquisa, são definidas as seguintes hipóteses:

- **Primeira hipótese:** para a primeira questão, cogita-se que a governança predominante no serviço público de saneamento básico no Brasil, realizada majoritariamente mediante a delegação da prestação por meio de contratos de longo prazo firmados entre os municípios e sociedades de economia mista estaduais (CESBs), não favorece a realização dos investimentos em infraestrutura.
- **Segunda hipótese:** em relação à segunda questão, como alternativas para o desenho da governança do serviço público de saneamento básico que favoreçam a realização dos investimentos infraestrutura necessários ao cumprimento dos

princípios fundamentais do art. 2º, da Lei nº 11.445/2007, a hipótese é a proposta de retomada da operação dos serviços pelos municípios, considerados aqui como titulares do serviço públicos<sup>7</sup>, ou a construção e o fortalecimento de uma estrutura de regulação independente para os diversos tipos de contratos de longo prazo firmados, no casos de prestação indireta do serviço público de saneamento básico.

A definição dos problemas e das respectivas hipóteses encontra fundamento nas proposições do marco teórico escolhido para a pesquisa, a Economia dos Custos de Transação.

Em estudo semelhante ao aqui empreendido, realizado sobre o serviço público de saneamento básico na França a partir dos aportes teóricos e desenvolvimentos recentes na Economia dos Custos de Transação, Ménard e Saussier<sup>8</sup> analisaram os arranjos contratuais utilizados no referido país para a prestação do saneamento básico em cidades com mais de cinco mil habitantes, com o objetivo de descobrir uma “racionalidade econômica subjacente à escolha do modo de governança e as relações entre os arranjos escolhidos e suas performances”<sup>9</sup>.

Os autores demonstram no estudo empírico que “as escolhas, apesar de realizadas num setor que é particularmente sensível a decisões políticas, obedecem a significativas determinantes econômicas”<sup>10</sup>. Os resultados do estudo sugerem fortemente que “não há uma vantagem absoluta de *um* modo específico de governança, [mas] vantagens comparativas que dependem crucialmente de características das transações que os modos de governança organizam”<sup>11</sup>. Além disso, também concluem que “negligenciar tais determinantes na escolha do arranjo contratual resulta imediatamente em decréscimo da performance”<sup>12</sup> do serviço.

---

<sup>7</sup> Deve-se esclarecer que não se ignora a incerteza jurídica no tocante à definição sobre a competência administrativa do serviço público de saneamento básico no Brasil. Para uma compreensão do debate sobre o tema, ver: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 409-423.

<sup>8</sup>MÉNARD, Claude; SAUSSIE, Stéphane. **Contractual choice and performance: the case of water supply in France**. *Reveu d'économie industrielle*. Vol 92. 2e et 3eme trimestres 2000. *Économie des contrats: bilan et perspectives*, p. 385-404.

<sup>9</sup>MÉNARD; SAUSSIE, **Contractual choice and performance: the case of water supply in France**, p. 386, tradução livre.

<sup>10</sup>MÉNARD; SAUSSIE, **Contractual choice and performance: the case of water supply in France**, p. 386, tradução livre.

<sup>11</sup>MÉNARD; SAUSSIE, **Contractual choice and performance: the case of water supply in France**, p. 403, tradução livre.

<sup>12</sup>MÉNARD; SAUSSIE, **Contractual choice and performance: the case of water supply in France**, p. 386, tradução livre.

O caso brasileiro, objeto desta dissertação, é similar ao caso francês abordado por Ménard e Saussier, com algumas peculiaridades em relação à própria organização do serviço público que deve ser objeto de consideração para a investigação a ser realizada nesta pesquisa.

É que o saneamento básico já é “tradicionalmente descentralizado”<sup>13</sup> na França, com a “escolha do modo de governança e seu monitoramento dependendo primariamente das autoridades locais”<sup>14</sup>. As leis gerais que orientam o setor estão voltadas aos *standards* de qualidade, à transparência na escolha como prevenção de captura e corrupção e à proteção ao meio ambiente e aos recursos escassos<sup>15</sup>. Tal forma de organização, consoante observam os autores, favorece a diversidade de modos de governança e a utilização de critérios econômicos para a definição dos alternativos arranjos contratuais utilizados.

No Brasil, por outro lado, ainda se vive uma transição de um modelo decisório oposto ao francês, ou seja, centralizado no governo federal e uniformemente hierarquizado, instituído através de uma política nacional vigente no país até a segunda metade da década de 1980. Tal política incentivou durante aproximadamente 30 anos a governança do serviço público de saneamento básico pelos estados da federação, através de delegações municipais às Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs). Nesse sentido, um desenho de governança pouco flexível como o que prevalece no Brasil pode, ao preservar os interesses de terminados grupos específicos, estar afetando o desempenho do setor e desfavorecendo a realização de investimentos necessários ao cumprimento dos objetivos fundamentais das diretrizes nacionais do saneamento básico (art. 2º, da Lei nº 11.445/2007).

Levy e Spiller<sup>16</sup>, por sua vez, utilizaram as propostas teóricas da Economia dos Custos de Transação para analisar os “determinantes da performance de *utilities* privatizadas em diferentes circunstâncias sociais e políticas” e estudar casos no setor de telecomunicações da Jamaica, Argentina, Chile, Filipinas e Reino Unido. Entre outras conclusões, os autores observaram que a “credibilidade regulatória pode ser desenvolvida em ambientes inapropriados; que, sem tais compromissos, investimentos de longo prazo não ocorrerão; que, para realizar tais compromissos, há uma tendência a regimes regulatórios inflexíveis; e que, em

---

<sup>13</sup>MÉNARD; SAUSSIE, **Contractual choice and performance: the case of water supply in France**, p. 387, tradução livre.

<sup>14</sup>MÉNARD; SAUSSIE, **Contractual choice and performance: the case of water supply in France**, p. 387, tradução livre.

<sup>15</sup>MÉNARD; SAUSSIE, **Contractual choice and performance: the case of water supply in France**, p. 387, tradução livre.

<sup>16</sup>LEVY, Brian; SPILLER, Pablo T. **The institutional foundations of regulatory commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation**. *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 10, nº 2, 1994, p. 201, tradução livre.



alguns casos, a operação pública [*default mode of organization*] é a única forma regulatória viável”.

Em estudo posterior, Spiller e Tommasi<sup>17</sup>, com forte apoio nas construções teóricas de Oliver Williamson, utilizaram a Economia dos Custos de Transação associada à teoria política positiva para, então, abrir a caixa-preta (*black box*) da regulação e compreender os determinantes da formação de desenhos regulatórios (*regulatory design*) que geram impactos na realização de investimentos em ativos específicos que exigem, em regra, longo prazo de maturação. A abordagem utilizada pelos autores “ênfatisa o que Levy e Spiller (1994) denominam governança regulatória”, isto é, “mecanismos que as sociedades utilizam para limitar a discricção regulatória, e para resolver os conflitos relacionados a tais limitações”. Tais mecanismos possuem três formas: a operação pública, regulação flexível e regulação rígida.

Os autores diferem a abordagem por eles utilizada dos modelos de incentivos regulatórios, como precificação ou subsídios diretos ou cruzados. Eles partem do pressuposto de que incentivos regulatórios podem afetar o desempenho, mas os impactos positivos ou negativos dos mesmos, como os que se pretende avaliar nesta pesquisa, dependem *a priori* do bem-sucedido desenho da governança regulatória.

De outro lado e considerando essas explicações, observa-se que o marco teórico escolhido para o presente trabalho se mostra relevante. Em primeiro lugar, porque não há no Brasil, até o presente momento, semelhante abordagem sobre serviço público mencionado, como já ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos da América<sup>18</sup>, em países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico<sup>19</sup> e na França<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> SPILLER, Pabro T.; TOMMASI, Mariano. **The institutions of regulation: an application to public utilities.** C. Ménard and M. M. Shirley (eds.), *Handbook of New Institutional Economics*, Springer, 2005, p. 515-516.

<sup>18</sup> MASTEN, Scott E. **Public utility ownership in 19th-century America: the “aberrant” case of water.** *The Journal of Law, Economics & Organization*, vol. 27, n° 3, jan. 2010. A pesquisa de Masten investiga porque o saneamento básico nos Estados Unidos é a única das principais *utilities* que se tornou predominantemente pública. A partir de um exame histórico dos problemas relacionados à contratação do saneamento básico à luz das modernas teorias da organização econômica, as conclusões sugerem que a mudança de uma prestação inicialmente privada para a pública foi resultado de *fricções* entre as cidades e as empresas privadas na expansão e melhorias das redes.

<sup>19</sup> PÉRARD, Edouard. **Water supply: Public or private? An approach based on cost of funds, transaction costs, efficiency and political costs.** *Policy and Society*. 2009, 27: 193-219. O estudo realizado por Pérard propõe um modelo de escolha entre as formas pública e privada de prestação do serviço de saneamento básico a partir da constatação e análise da enorme heterogeneidade nos diversos países que compõem a OCDE. O modelo de Pérard considera que na escolha entre as formas pública e privada de prestação devem ser considerados o custo do capital, especialmente o custo social de impostos, os custos de transação, a diferença de eficiência e o custo político de privatização. O autor conclui o trabalho sugerindo dois caminhos de redução do custo dos projetos de infraestrutura para o fornecimento de água: o primeiro seria reduzindo o custo do capital para incentivar a competição entre investimentos públicos e privados; o segundo estaria relacionado à melhora no desenho institucional para a economia dos custos de transação e, via de consequência, reduzir o custo do investimento privado para incentivar a competição entre as formas pública e privada de prestação.

<sup>20</sup> MÉNARD; SAUSSIE, **Contractual choice and performance: the case of water supply in France**, p. 385-404. A descrição do trabalho de Ménard e Saussie será realizada adiante, no próprio texto da dissertação.

Há no direito administrativo brasileiro um trabalho com fundamento teórico na Economia dos Custos de Transação. Todavia, tal trabalho não trata de modo específico do serviço público de saneamento básico. Neste trabalho, Nóbrega<sup>21</sup> utiliza a perspectiva da Economia dos Custos de Transação para abordar o tema da infraestrutura em geral, e destaca problemas de governança relativos aos contratos de parcerias público-privadas conforme regulamentação específica da Lei nº 11.079/2004.

Um estudo que aborda o serviço público saneamento básico no Brasil de maneira distinta das formas tradicionais é o realizado por Ragazzo<sup>22</sup>. O autor, no entanto, estuda a formação de marcos regulatórios com o recurso aos aportes teóricos de linha da análise econômica do direito diversa da Economia dos Custos de Transação. A tese defendida por Ragazzo, com apoio na escola *Public Choice*, não contradiz as pressuposições teóricas da Economia dos Custos de Transação de modo absoluto, mas apresenta uma forma alternativa para tratar os problemas regulatórios verificados em setores onde há a demanda por uma intervenção estatal.

A proposta de Ragazzo tem como objetivo identificar as falhas de governo tomando como pressupostos teóricos da teoria da captura e da *tollbooth view*, isto é: i) “análise econômica da atuação de grupos de interesse em processos legislativos e burocráticos e na construção de regulações”; e ii) atuação auto-interessada de autoridades públicas, como vantagens eleitorais e burocráticas<sup>23</sup>.

O marco teórico utilizado para orientar a presente pesquisa, de outro lado, não nega os pressupostos comportamentais da atuação auto-interessada de agentes públicos ou privados, como na proposta da *Public Choice*, mas procura antes identificar as estruturas jurídicas que surgem como meio para controlar os efeitos negativos (custos de transação) causados por esta característica do comportamento humano e da sua limitada capacidade de antecipar eventos futuros, especialmente em cenários de médio e longo prazo necessários para a viabilização de investimentos em determinados tipos de ativos, como as infraestruturas para prestação de serviços de saneamento básico.

A segunda justificativa a demonstrar a relevância da utilização da Economia dos Custos de Transação como referencial teórico para a abordagem dos problemas desta pesquisa relaciona-se com a sua natureza descritiva, na medida em que possibilita a análise das relações e influências existentes entre direito e economia tal qual eles são, não pretendendo a aplicação

---

<sup>21</sup> NOBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

<sup>22</sup> RAGAZZO, **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**, 2011.

<sup>23</sup> RAGAZZO, **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**, p.107.

normativa da economia sobre o direito, nem vice-versa<sup>24</sup>. Por meio desta análise descritiva é possível apontar as consequências da aplicação de determinadas estruturas jurídicas, avaliando a sua função como meio para que determinados fins sejam atingidos<sup>25</sup>.

No Brasil, ao contrário, as discussões jurídicas em torno do tema normalmente centram as suas preocupações em questões relacionadas à tipificação das atividades econômicas que compõem o saneamento básico como serviços públicos, dada a sua essencialidade e relevância do ponto de vista social, para, a partir deste argumento, garantir e justificar o controle e o planejamento estatal, seja materialmente, por via da proteção da denominada essencialidade para a coesão social<sup>26</sup>, seja formalmente, através da imposição de determinado regime jurídico administrativo que retira a atividade econômica do espaço dedicado à livre iniciativa<sup>27</sup>.

Entretanto, o foco na conceituação de serviço público como normalmente é proposto, a partir do dado teórico jurídico ou legislativo, conduz a um debate interminável, limitado à reprodução do que já foi colocado até hoje no direito administrativo brasileiro sobre as chamadas crises do serviço público<sup>28</sup>, com inúmeras propostas de conceitos atuais<sup>29</sup>, de modo semelhante ao que foi identificado por Cavalli<sup>30</sup> em relação ao tema da empresa no direito privado. Tais abordagens do tema têm limitada capacidade de definir meios adequados aos fins

---

<sup>24</sup> CAVALLI, Cássio. **Empresa, direito e economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 279 e WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**. New York: Oxford University Press. 1996, p. 349.

<sup>25</sup> CAVALLI, **Empresa, direito e economia**, p. 279.

<sup>26</sup> Nesse sentido observa Eros Grau: “Serviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida na Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 12ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 136)

<sup>27</sup> Gastón Jêze, da Escola de Bordeaux, evoluiu a proposta de Duguit, “reduzindo um pouco os aspectos políticos e sociológicos, para aproximá-la de uma construção jurídica” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63/77, abr./jun. 2014, p. 65). Jêze é o responsável pela introdução da ideia de regime jurídico especial, derogatório do direito de natureza privada, através do qual são reguladas as atividades qualificadas como serviço público e sobre as quais o Estado tem o poder de, hierarquicamente, exercer o controle com exclusividade. Para Jêze, a essencialidade até pode motivar a instituição de um serviço público, mas não é o fator *jurídico* determinante para qualificá-lo como tal, sendo o regime jurídico – o regime jurídico administrativo – o seu elemento definidor. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 86-87).

<sup>28</sup> ARAGÃO, **Direito dos serviços públicos**, p. 239-259.

<sup>29</sup> MARQUES NETO, **Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade**, abr./jun. 2014.

<sup>30</sup> Cavalli, no seu campo de trabalho, observa que: “O volume de publicações acerca do tema é imensurável, e o debate em torno da categoria jurídica da empresa afigura-se *interminável*. Ao grande volume de publicações sobre o tema da empresa assoma-se a pluralidade de abordagens possíveis, de modo que, ao tratar do assunto, “cada autor como que é um chefe de escola”. O uso que a doutrina faz do termo também é amplo, o que dificulta ou até mesmo impossibilita a construção de um consenso acerca do seu significado jurídico, inclusive no direito comercial.” (CAVALLI, **Empresa, direito e economia**, p. 14)

propostos por políticas públicas e prever consequências em relação às escolhas e decisões administrativas.

Por esta razão, adota-se neste trabalho a estratégia metodológica de extrair do dado teórico econômico<sup>31</sup> critérios para investigar a eficiência da governança do serviço público de saneamento básico no Brasil por alternativos mecanismos, segundo conceitos próprios da economia.

Para a consecução do objetivo do presente trabalho, será o mesmo dividido em cinco capítulos.

O primeiro capítulo é o introdutório, no qual foram apresentados o tema, o objeto e o objetivo da dissertação, a relevância do tema e do objetivo, a metodologia, o marco teórico, os problemas e as hipóteses da pesquisa.

O segundo capítulo do trabalho, intitulado “A governança segundo a Economia dos Custos de Transação”, será dedicado a descrever o referencial teórico utilizado para a consecução do objetivo da dissertação. Nele serão apresentados os conceitos da Economia dos Custos de Transação e como ocorre a sua operacionalização.

No terceiro capítulo, intitulado “O serviço público de saneamento básico no direito positivo e os desenhos de governança possíveis”, serão apresentados os ambientes institucionais básicos (direito positivo) correspondentes às duas políticas nacionais de saneamento existentes no país até agora, os mecanismos de governança possíveis e cada um deles, além de uma avaliação das possibilidades de modelagem na política atual conforme os *standards* teóricos da Economia dos Custos de Transação.

O quarto capítulo será dedicado a apresentar os desenhos de governança do saneamento básico praticados no Brasil a partir dos dados coletados no Sistema Nacional de Informação sobre Saneamento e publicações especializadas. Após a apresentação dos dados, será realizada

---

<sup>31</sup> Cavalli, ao adotar a mesma alternativa metodológica para o estudo do tema da empresa no direito brasileiro, observa: “(...) a aproximação entre direito e economia vivifica o estudo do direito, descortinando novos horizontes de investigação que podem ser proveitosos para a compreensão do tema. Ademais, entende-se que mesmo as teorias jurídicas que partem do dado teórico jurídico ou do dado legislativo, conquanto não tenham como ponto de partida o dado econômico, sofrem, em algum grau, explícita ou implicitamente, as influências do elemento econômico.” (CAVALLI, **Empresa, direito e economia**, p. 17). Ragazzo, na mesma linha, afirma: “A economia pode efetivamente produzir um sistema com novas concepções de justiça e de segurança jurídica; obviamente, não sem críticas pertinentes. Ao fazê-lo, a economia poderá redefinir institutos jurídicos que têm impacto sobre a produção e a distribuição de direitos. E o seu efeito sobre as novas técnicas jurídicas poderá ser bastante significativo, ao permitir a consideração de previsões, incentivos e consequências decorrentes das possíveis interpretações por ocasião das ponderações (que confluem julgamentos de valor) e no preenchimento de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais. Igualmente, não há razão para excluir os atos administrativos dessa lógica de decisão. Há uma potencial consonância entre a teoria dos princípios, a teoria da argumentação e a análise econômica do Direito.” (RAGAZZO, **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento**, p. 86-87)

a análise dos mesmos, articulada com os conceitos do referencial teórico, visando à verificação da consistência das hipóteses definidas como respostas provisórias aos problemas da pesquisa.

O quinto capítulo apresentará as conclusões da dissertação.

## 2. A GOVERNANÇA SEGUNDO A ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

O objetivo deste capítulo é apresentar um referencial teórico alternativo aos que geralmente são utilizados para estudar o serviço público de saneamento básico no Brasil.

Do ponto de vista jurídico, com raríssimas exceções<sup>32</sup>, predominam as abordagens formais<sup>33</sup>, que tomam o serviço público como consequência de um regime jurídico-administrativo, e abordagens que privilegiam a formação e a demonstração do fundamento de instituições como o serviço público sob a perspectiva histórica<sup>34</sup>. Há ainda estudos mais amplos, que procuram definir e operacionalizar o conceito de serviço público sob uma perspectiva constitucional<sup>35</sup>.

Na economia, por outro lado, há estudos que partem de uma perspectiva *não* institucional, utilizando aportes teóricos da economia neoclássica, para focalizar, por exemplo, questões relacionadas ao “desempenho dos prestadores públicos e privados” com base em “indicadores operacionais (água e esgoto), econômico-financeiros, de investimento e qualidade”<sup>36</sup>.

Por outro lado, o marco teórico utilizado nesta pesquisa procura conciliar direito e economia, sendo, por essa razão, “interdisciplinar (combinando direito, economia e organizações), invariavelmente comparativo (formas de organização são sempre examinadas em relação a alternativas praticáveis), microanalítico (focaliza detalhes), (...) e preocupado com economias relacionadas à organização ao invés das decorrentes de tecnologia”<sup>37</sup>.

Neste sentido, a Economia dos Custos de Transação ajusta-se ao objetivo proposto para a pesquisa, que é o de compreender o funcionamento do serviço público de saneamento básico no Brasil atualmente regulamentado pela Lei nº 11.445/2007, bem como avaliar o seu

---

<sup>32</sup> RAGAZZO, **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento**, 2011.

<sup>33</sup> DEMOLINER, Karine Silva. **Água e saneamento: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

<sup>34</sup> CARVALHO, Vinícius Marques de. **O direito do saneamento básico**. Coleção Direito Econômico e Desenvolvimento. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

<sup>35</sup> ARAGÃO, **Direito dos serviços públicos**, 2008.

<sup>36</sup> SCRIPTORE, Juliana Souza; TONETO JÚNIOR, Rudinei. **A estrutura de provisão dos serviços de saneamento básico no Brasil: uma análise comparativa do desempenho dos provedores públicos e privados**. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro 46(6): 1479-1504, nov/dez 2012, p. 1482. De acordo com Williamson, tais critérios de avaliação são refinamentos de segunda ordem, ao contrário da análise da governança proposta pela Economia dos Custos de Transação, que se preocupa com economias de “primeira ordem”. (WILLIAMSON, **The mechanisms of governance**, p. 106-107).

<sup>37</sup> WILLIAMSON, **The mechanisms of governance**, p. 361.

desempenho como uma consequência do desenho da sua governança, ou seja, como consequência da utilização de determinadas estruturas jurídicas.

### 2.1. *Uma aproximação ao quadro teórico: Nova Economia Institucional e Economia dos Custos de Transação*

Durante trinta anos após a segunda guerra mundial, o foco das pesquisas econômicas foi dirigido à economia neoclássica, com o desenvolvimento e aplicação de técnicas econométricas para, por exemplo, medir parâmetros empiricamente, testar hipóteses relativas a modelos microeconômicos de demanda de consumo, produção de firmas e funções de custo<sup>38</sup>.

Esta linha matematizada de compreensão da economia adota um viés *não* institucional para a compreensão do fenômeno econômico<sup>39</sup>. Para a economia neoclássica, as instituições necessárias para o funcionamento da atividade econômica – como direitos de propriedade, contratos, mercados, sistemas de governança corporativa – operam perfeitamente e sem custos<sup>40</sup>.

Os fatores relevantes para o crescimento econômico apontados pela referida escola econômica são *inputs* de capital e trabalho, mudanças tecnológicas exógenas, sendo ignoradas a natureza das escolhas entre diferentes arranjos institucionais de governança e suas consequências, bem como a particularidades jurídicas de cada país, especialmente países em desenvolvimento<sup>41</sup>.

Tal limitação da economia neoclássica é amplamente reconhecida nos dias atuais, havendo um crescente número de pesquisas abordando caminhos diferentes, sendo um deles o da Nova Economia Institucional<sup>42</sup>. Nesse sentido, uma das opiniões compartilhadas pelos fundadores da *International Society for New Institutional Economics* é a de que a pesquisa interdisciplinar pode contribuir para a compreensão do papel das instituições e como elas afetam a performance e o comportamento econômicos<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> JOSKOW, Paul L. **Introduction to a new institutional economics: a report card**. In *New institutional economics: a guidebook*, edited by Eric Brousseau and Jean-Michel Glachant. Cambridge University Press: 2008, p.1.

<sup>39</sup> JOSKOW, **Introduction to a new institutional economics: a report card**, p. 2, tradução livre

<sup>40</sup> JOSKOW, **Introduction to a new institutional economics: a report card**, p. 2, tradução livre

<sup>41</sup> JOSKOW, **Introduction to a new institutional economics: a report card**, p. 2, tradução livre

<sup>42</sup> JOSKOW, **Introduction to a new institutional economics: a report card**, p. 3, tradução livre

<sup>43</sup> JOSKOW, **Introduction to a new institutional economics: a report card**, p. 5

As ideias fundadoras da economia neoinstitucionalista foram elaboradas por Ronald Coase<sup>44</sup>, cabendo a Williamson o desenvolvimento e a operacionalidade destas ideias seminais, utilizando dados obtidos a partir da observação de regularidades empíricas para explicar a existência e o funcionamento das mais variadas organizações econômicas alternativas ao mercado, como família (*family firms* e *career marriages*), finanças corporativas, políticas públicas, regulação e antitruste<sup>45</sup>, burocracias públicas e privadas<sup>46</sup>.

Williamson utiliza um quadro analítico que é útil para delimitar o campo de interesse das pesquisas da Nova Economia Institucional, as instituições. O quadro de análise de Williamson, conforme relata Joskow<sup>47</sup>, é dividido nos quatro níveis abaixo individualizados:

- i) o Nível 1, mais amplo, refere-se a instituições informais (*social or cultural foundations*), que são mais enraizadas, e abrangem costumes, tradições, normas sociais e éticas, religião e aspectos da linguagem e cognitivos;
- ii) o Nível 2 é o ambiente institucional básico (*basic institutional environment*), corresponde às instituições formais, e abrange a Constituição, sistema político, direitos humanos, direitos de propriedade e sua alocação, leis, tribunais, poder de tributar, etc.;
- iii) o Nível 3 corresponde ao nível de governança (*institutions of governance*), e nele se incluem diversos mecanismos como estruturas contratuais, formas de organização econômica como firmas, etc. As escolhas realizadas no terceiro nível são limitadas pelas condições do nível das instituições básicas, e são mais dinâmicas que estas;
- iv) o Nível 4 refere-se à alocação de recursos em curto prazo (*short-term resource allocation*), e corresponde às operações econômicas cotidianas realizadas a partir de condições definidas nos três níveis anteriores.

---

<sup>44</sup> COASE, Ronald H. **The nature of the firm**. *Economica*, v. 4, n., p. 386-405. 1937.

<sup>45</sup> WILLIAMSON, **The mechanisms of governance**, p. 90-100.

<sup>46</sup> WILLIAMSON, Oliver E. **Public and private bureaucracies: a transaction cost economics perspective**. *Journal of Law Economics & Organization*; Mar 1999; 15, 1.

<sup>47</sup> JOSKOW, **Introduction to a new institutional economics: a report card**, p. 7-8.



O interesse de pesquisa da Nova Economia Institucional dirige-se aos níveis 2 e 3, ou seja, ao ambiente institucional básico e à governança<sup>48</sup>, os quais, como visto acima, influenciam a alocação de recursos a curto prazo, tomadas no quarto nível. No nível da governança, destaca-se uma das linhas de pesquisa da Nova Economia Institucional, a Economia dos Custos de Transação, que se preocupa com a governança de relações contratuais<sup>49</sup> e os custos a estas relacionados.

Os custos de transação envolvem os custos diretos de “redigir, monitorar e exigir o cumprimento de contratos, bem como os custos associados a investimentos *ex ante* e performance e ineficiências *ex post* que surgem como consequência da concretização de riscos contratuais”<sup>50</sup>. Ao se defrontar com tais custos, os agentes econômicos naturalmente buscam formas alternativas de governança com a finalidade de realizar economias de primeira ordem nas transações que desejam realizar.

Para se realizar a governança das relações contratuais, na esteira do que propõe a Economia dos Custos de Transação, são utilizados diversos mecanismos alternativos entre si, sendo escolhidos “aqueles melhor adaptados aos atributos das transações no sentido de economizar os custos totais (incluindo custos de transação)”<sup>51</sup>.

## 2.2. *Justificando a aplicação da Economia dos Custos de Transação para a governança do serviço público de saneamento básico*

A aplicação das proposições teóricas da Economia dos Custos de Transação para definir os mecanismos de governança que melhor atendam ao objetivo de realizar a economia dos custos relacionados a contratos, apesar de ter exercido grande influência na análise da integração vertical e contratos privados, estende-se à governança de monopólios naturais<sup>52</sup>, como as *public utilities*, e outros tipos de atividades econômicas. A esse respeito, “muitos dos

---

<sup>48</sup> JOSKOW, *Introduction to a new institutional economics: a report card*, p. 8

<sup>49</sup> WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, p. 222.

<sup>50</sup> WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, p. 13-14, tradução livre

<sup>51</sup> WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, p. 14, tradução livre

<sup>52</sup> Independentemente da discussão entre as diferenças entre os conceitos de serviços públicos e *public utilities*, é aceito que os serviços de saneamento básico objeto deste trabalho são considerados um monopólio natural, cf. SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência – a atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 302-303.

argumentos centrais e conceitos identificados com a moderna teoria dos custos de transação têm suas origens nos debates regulatórios dos anos 1960-1970”<sup>53</sup>.

Conforme observam Crocker e Masten, os “problemas encontrados na contratação de *public utilities services* mostraram-se isomorfos em relação aos problemas enfrentados em empresas privadas na decisão de fazer ou comprar (*make or buy*) bens intermediários e em projetar e administrar as relações contratuais”<sup>54</sup>. Ou seja, pode-se extrair da observação de Crocker e Masten que, partindo dos objetivos e limitações que justificam o planejamento e a organização de determinadas atividades econômicas como os monopólios jurídicos ou naturais, a decisão de *fazer ou contratar* determinada atividade assim qualificada tem a mesma razão econômica subjacente ao problema das empresas privadas para responder a questão “*make or buy?*”.

Williamson<sup>55</sup>, citando Friedman ao defender a aplicação da Economia dos Custos de Transação à regulação (governança) de monopólios naturais, observa que “infelizmente não há boa solução para monopólio técnico. Há somente uma escolha entre três males: monopólio privado não regulado, monopólio privado regulado pelo Estado ou operação pelo governo”.

Demsetz, Stigler e Posner ao tratar das alternativas para a governança das *public utilities*, entendem que o problema do preço de monopólio pode ser evitado mediante a prévia licitação de uma concessão para a firma que ofereça a oferta do produto nas melhores condições<sup>56</sup>. Todavia, Williamson acrescenta que a Economia dos Custos de Transação, além de reconhecer o mérito da concorrência *pelo* mercado para a mitigação dos efeitos do poder do operador do monopólio natural, também defende o exame das características da concessão no momento posterior à licitação<sup>57</sup>, o que é realizado através da análise da governança.

Neste sentido, segundo Williamson,

*Transaction cost economics maintains, however, that all contract schemes – of which franchise bidding for natural monopoly is one – need to be examined microanalytically and assessed in a comparative institutional manner. The recente examination of alternative modes for organizing electricity generation by Joskow and Schmalensee (1983) is illustrative.”*<sup>58</sup>

---

<sup>53</sup> CROCKER, Keith J.; MASTEN, Scoot E.. **Regulation and administered contracts revisited: lessons from transaction-cost economics for public utility regulation**. Journal of Regulatory Economics; 9:5-39, 1996, p. 5.

<sup>54</sup> CROCKER; MASTEN, **Regulation and administered contracts revisited: lessons from transaction-cost economics for public utility regulation**, p. 5.

<sup>55</sup> WILLIAMSON, **The mechanisms of governance**, p. 84.

<sup>56</sup> WILLIAMSON, **The mechanisms of governance**, p. 84.

<sup>57</sup> WILLIAMSON, **The mechanisms of governance**, p. 85.

<sup>58</sup> WILLIAMSON, **The mechanisms of governance**, p. 85.

Para Williamson<sup>59</sup> deve-se pensar contratualmente, reconhecendo riscos potenciais e afastá-los no cálculo do projeto<sup>60</sup> relacionado à contratação pretendida, razão pela qual a governança da operação do monopólio após a realização concorrência *pelo* mercado é necessária.

Joskow<sup>61</sup> observa que a partir de meados da década de 1970, surgiram várias publicações acadêmicas que explicam a utilização do quadro teórico da Economia dos Custos de Transação para explicar a escolha da estrutura de arranjos institucionais desenhados para minimizar os custos de transação. Ele destaca o artigo de Williamson<sup>62</sup>, elaborado em resposta à solução de Demsetz<sup>63</sup> para o problema do monopólio natural, que, segundo este, consistiria numa licitação para a concessão, limitada à concorrência *pelo* mercado.

A proposta defendida por Williamson, como já observado, vai além da solução da concorrência *pelo* mercado. Ele sustenta que a economia dos custos de transação demanda a mudança do pressuposto de análise em relação a modelos baseados na função de produção da firma (inerentes à economia neoclássica), devendo-se passar à análise de problemas verificados após a contratação, decorrentes dos pressupostos comportamentais da racionalidade limitada e do oportunismo *ex post*, questões estas reputadas como “complicações irrelevantes”<sup>64</sup> pelos defensores de uma solução minimamente interventiva para o controle da operação de monopólios naturais (Posner e Demsetz).

Na linha teórica da Economia dos Custos de Transação, a proposta para solucionar tais problemas abrange a adoção de distintas salvaguardas inerentes aos mecanismos de governança alternativos ao mercado, isto é, garantias contratuais recíprocas em formas híbridas, como ocorre nas diversas espécies de contratos de longo prazo, ou absorção de todos os riscos decorrentes dos investimentos a serem realizados pelo titular da *public utility*, mediante a operação direta do serviço relacionado ao monopólio natural.

---

<sup>59</sup> WILLIAMSON, **The theory of the firm as governance structure: from choice to contract**, p. 171-195.

<sup>60</sup> CROCKER; MASTEN, **Regulation and administered contracts revisited: lessons from transaction-cost economics for public utility regulation**, p. 28-29.

<sup>61</sup> JOSKOW, Paul. **Asset specificity and the structure of vertical relationships: empirical evidence**. Journal of Law, Economics, and Organization, IV, n. 1, 1988, p. 98-99

<sup>62</sup> WILLIAMSON, Oliver. **Franchise bidding for natural monopolies – in general and with regard to CATV**. 7 Bell Journal of Economics, 73, 1976.

<sup>63</sup> DEMSETZ, Harold. **Why regulate utilities**. 11 Journal of Law and Economics, 55, 1968.

<sup>64</sup> WILLIAMSON, **The mechanisms of governance**, p. 84.

### *2.3. Conceito de governança adotado na pesquisa*

A necessidade de afirmação de um conceito vai além da simples categorização ou de se estabelecer classificações. O estabelecimento de conceitos não deve ser realizado por si. Aragão<sup>65</sup> alerta que se deve evitar que “a discussão sobre conceito e classificação (...) seja meramente convencional, com divergências não substanciais, mas de significados atribuídos à mesma palavra”.

Para ele, o que deve guiar o jurista na elaboração de conceitos são a operacionalidade capaz de dar maior organização ao direito, e o atendimento a objetivos metodológicos visados pelo autor, com a finalidade de responder os problemas científicos.

Neste sentido, a discussão proposta neste trabalho, que envolve a avaliação dos mecanismos de governança do serviço público de saneamento básico, exige a delimitação conceitual do termo governança. Dito de outra forma, pode-se afirmar que a aplicação dos aportes teóricos da Economia dos Custos de Transação para descrever e compreender o serviço público de saneamento básico no Brasil e a forma como ele se organiza tem como condição a definição do que deve ser compreendido por governança.

Para a Economia dos Custos de Transação, o termo governança refere-se a uma forma de controle sobre “as relações contratuais em curso” ou, em outros termos, a um meio de controle sobre a “implementação de contratos”<sup>66</sup>.

Os contratos são parte das estruturas responsáveis pela mediação de transações, que, por sua vez, são as “transferências de bens ou serviços entre interfaces tecnologicamente separadas”<sup>67</sup>. A possibilidade de ocorrência de eventos imprevistos no curso de determinadas transações pode tanto desencorajar a sua realização, como dar ensejo a disputas na execução de contratos a elas relacionadas, que aumentam os seus custos e provocam a redução dos resultados propostos e esperados. Então, a “abordagem pela governança sustenta que a estrutura [contratual] surge no sentido de economizar custos de transação”<sup>68</sup> ocasionados por eventos imprevistos ocorridos no curso da sua execução.

De acordo com Williamson, os diversos tipos de mecanismos de governança distinguem-se em termos estruturais e cada mecanismo de governança possui custos e atributos distintos (forças e fraquezas). O desafio, então, é identificar as dimensões relevantes nas

---

<sup>65</sup> ARAGÃO, *Direito dos serviços públicos*, p. 121.

<sup>66</sup> WILLIAMSON, *The theory of the firm as governance structure: from choice to contract*, p. 173.

<sup>67</sup> WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, p. 392, tradução livre

<sup>68</sup> WILLIAMSON, *The theory of the firm as governance structure: from choice to contract*, p. 175.

transações para alinhá-las aos alternativos mecanismos ou estruturas de governança com o propósito de promover a maior economia de custos de transação<sup>69</sup> a um menor custo de governança. A esse alinhamento entre dimensões das transações e custos e atributos dos mecanismos de governança dá-se o nome de *alinhamento discriminante*.

A Economia dos Custos de Transação parte de dois pressupostos, sendo um deles o da racionalidade limitada dos agentes econômicos. Tal pressuposto determina que agentes econômicos, em função de natural limitação cognitiva, não são capazes de prever o que ocorrerá em dada transação ao longo do tempo. A governança se relaciona com o objetivo de encontrar uma “alternativa superior viável que possa ser descrita e implementada com ganhos líquidos”<sup>70</sup> em face das incertezas decorrentes da racionalidade limitada em determinada relação, ainda que tal alternativa seja imperfeita ou incompleta. Por essa razão, ou seja, por não serem capazes de conduzir a resultados práticos com ganhos líquidos, mecanismos de governança *ideais*, assim considerados os ingênuos ou demasiadamente complexos, não são considerados viáveis<sup>71</sup> para os fins da abordagem pela governança<sup>72</sup>.

O grau de incompletude do “contrato” determina a localização do mecanismo na tipologia proposta por Williamson.

Se é completo, o “contrato” tem curto prazo e aproxima-se da governança realizada pelo mercado. Se é incompleto, há o que se denomina *transformação fundamental*<sup>73</sup>, com o instrumento contratual ganhando complexidade para responder à crescente demanda por governança coordenada da transação, destacando-se como o mecanismo a orientar as decisões dos contratantes ao longo do tempo em detrimento das possibilidades oferecidas no mercado.

No extremo da tipologia proposta estão as hierarquias, nas quais a incompletude “contratual” atinge o grau máximo com a internalização do objeto transacionado numa estrutura de governança unificada, na qual o topo da hierarquia funciona como o árbitro de todos os conflitos ocorridos *no* referido mecanismo de governança.

---

<sup>69</sup> WILLIAMSON, **The theory of the firm as governance structure: from choice to contract**, 175.

<sup>70</sup> WILLIAMSON, **The mechanisms of governance**, p. 379, tradução livre.

<sup>71</sup> WILLIAMSON, **The mechanisms of governance**, p. 56.

<sup>72</sup> Spiller, utilizando os fundamentos teóricos da Economia dos Custos de Transação para desenvolver a ideia de governança regulatória como instrumento para remediar incertezas e riscos contratuais, explica que “the emphasis on contractual hazards requires assessing real behavior, by real people in real environments within real institutions”. Nesse sentido, a noção da existência de uma regulação ótima, ou, em outros termos, de uma estrutura de governança regulatória ideal, é rejeitada. (SPILLER, Pablo T. **Transaction Cost Regulation**. Journal of Economic Behavior & Organization, Elsevier, vol. 89(C), p. 232-242).

<sup>73</sup> WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**. The Free Press, New York, 1985, p. 61-62

Os contratos, segundo a Economia dos Custos de Transação, asseguram a coordenação entre agentes, mas não são suficientes para promoverem *per se* a governança eficiente<sup>74</sup>, isto é, para economizar os custos de transação a um menor custo de governança. Para que isso ocorra, há uma dependência dos contratos em relação ao comportamento das partes, à dinâmica da relação, e à qualidade do ambiente institucional<sup>75</sup>.

Por governança, portanto, a partir das considerações acima, deve-se compreender como a regulação das transações entre agentes, exercida a partir do alinhamento discriminante entre as dimensões de determina transação e os atributos e custos dos alternativos mecanismos de governança de aplicação institucionalmente viável, de modo a promover com ganhos líquidos a cooperação dos agentes para a eficácia dos resultados esperados.

#### 2.4. Os pressupostos comportamentais

Toda a construção teórica da Economia dos Custos de Transação parte da constatação de que a capacidade cognitiva humana é limitada e de que o ser humano busca a satisfação do interesse próprio. Para estudar e compreender como funciona a sua unidade básica de análise, a transação, a Economia dos Custos de Transação considera a natureza humana “como nós a conhecemos, em referência à racionalidade limitada e ao oportunismo”<sup>76</sup>.

A racionalidade geralmente tem três níveis de distinção: uma forte, uma intermediária e uma fraca. O tipo que interessa à Economia dos Custos de Transação é a forma intermediária, situada entre a hiperracionalidade do agente econômico maximizador de riqueza da economia neoclássica e a forma fraca, que tem natureza orgânica e é relacionada às abordagens evolucionárias modernas (Alchian, 1950; Nelson e Winter, 1982) e aos economistas austríacos (Menger, 1963; Hayek, 1967; Kirzner, 1973)<sup>77</sup>.

Conforme Simon, citado por Williamson, na forma intermediária de racionalidade os agentes econômicos são “intencionalmente racionais, mas só limitadamente”<sup>78</sup>, ou seja, são indivíduos que agem estrategicamente para maximizar seus ganhos, mas não conseguem antecipar o futuro de forma absoluta.

---

<sup>74</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 72-73.

<sup>75</sup> BROUSSEAU, *Contracts: from bilateral sets of incentives to the multi-level governance of relations*, p. 47.

<sup>76</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 44.

<sup>77</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 44.

<sup>78</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 45.

O oportunismo, considerado por Williamson como outro pressuposto comportamental da Economia dos Custos de Transação, inclui-se num dos três distintos níveis de busca pelo auto-interesse (*self-interest seeking*). Os três níveis são a forma forte (oportunismo), a forma intermediária (busca simples pelo auto-interesse) e a forma fraca (obediência)<sup>79</sup>. O oportunismo é a busca de auto-interesse com dolo, mas também inclui formas mais sutis. Pode ser do tipo *ex ante* ou do tipo *ex post*<sup>80</sup>, assim consideradas em relação ao momento da realização da transação.

Para a Economia dos Custos de Transação, a racionalidade limitada dos agentes econômicos e a possibilidade de oportunismo são fontes de custos de transação<sup>81</sup>.

Por esta razão, a racionalidade limitada e oportunismo servem tanto para direcionar a atenção às formas de contratação (que podem reduzir os custos de transação), bem como para ajudar a distinguir os modos viáveis e inviáveis de realizá-las. Tanto as formas de contratação demasiadamente complexas e as ingênuas são excluídas do conjunto de formas viáveis<sup>82</sup>, porque os custos de aplicá-las não justificam a economia de primeira ordem à qual se propõem.

## 2.5. Dimensões das transações

Outro conceito relevante utilizado por Williamson<sup>83</sup> para dar operacionalidade à ideia de Ronald Coase<sup>84</sup>, é o de dimensão das transações. A Economia dos Custos de Transação sustenta, nesse sentido, que há razões econômicas para que transações sejam organizadas por diferentes mecanismos de governança. Tais razões são determinadas pelas principais dimensões das transações identificadas: especificidade de ativos, incerteza e frequência.

A seguir são conceituadas cada uma delas.

---

<sup>79</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 47.

<sup>80</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 47.

<sup>81</sup> Analogicamente definidos por Williamson como fricções (WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 19)

<sup>82</sup> WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, op. cit., p. 56.

<sup>83</sup> WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, p. 52

<sup>84</sup> COASE, *The nature of the firm*, 1937

### 2.5.1. Especificidade de ativos

De acordo com Williamson, a especificidade de ativos é a “grande locomotiva para a qual a economia dos custos de transação deve muito de seu conteúdo preditivo”<sup>85</sup>. Sem a especificidade de ativos, “o mundo do contrato é vastamente simplificado; inclua-se especificidade de ativos, e práticas contratuais fora do padrão [de mercado] rapidamente surgem”<sup>86</sup>.

Especificidade de ativos é a condição determinada pelas limitações de remoção para tornar o ativo disponível a terceiros ou pelo nível de especificidade para determinado usuário, entendida aqui como dependência deste usuário em relação ao respectivo ativo específico<sup>87</sup>. A especificidade de ativos relaciona-se com custos afundados (*sunk cost*)<sup>88</sup>, e “refere-se ao grau no qual um ativo pode ser realocado para usos alternativos sem sacrifício do seu valor produtivo”<sup>89</sup>.

Investimentos em ativos específicos dão origem a quase renda, que é “a diferença entre o valor do ativo na sua alocação atual e o valor que ele obteria em uma alocação alternativa”<sup>90</sup>. Quanto maior a especificidade do ativo, maior será a quase renda a ele relacionada, ensejando desta situação uma crescente exposição do proprietário do ativo específico em relação à conduta oportunista da parte com a qual o mesmo se encontra preso contratualmente<sup>91</sup> e em função do qual realizou o investimento no ativo específico<sup>92</sup>.

Klein *et al* relacionam a especificidade de ativos à noção de monopólio, entendido como poder de mercado. Para os autores, o poder de mercado existe até mesmo em situações em que a concorrência é aberta<sup>93</sup> e a sua ocorrência relaciona-se com a especificidade dos ativos. Isto porque, quando há investimentos em ativos específicos, o usuário fica preso (*lock in*), passando a outra parte no contrato a exercer um poder semelhante a um monopolista, impondo suas

---

<sup>85</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 56

<sup>86</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 56

<sup>87</sup> KLEIN, CRAWFORD, ALCHIAN, *Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process*, p 299.

<sup>88</sup> WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, p. 59.

<sup>89</sup> CAVALLI, *Empresa, direito e economia*, p. 186.

<sup>90</sup> CAVALLI, *Empresa, direito e economia*, p. 187.

<sup>91</sup> CAVALLI, *Empresa, direito e economia*, p. 187.

<sup>92</sup> No caso dos serviços públicos objeto desta pesquisa, podem ser citados como específicos os ativos de infraestrutura necessários à sua prestação. Uma vez que os investimentos para a sua construção e operação são realizados, é inviável realoca-los para um uso alternativo.

<sup>93</sup> KLEIN, CRAWFORD, ALCHIAN, *Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process*, p 299.



condições em renegociações posteriores ao contrato. Diz-se que o contratado que passa a sofrer imposições do outro contratante entrou em situação de *hold up*.

Em relação ao resultado das renegociações nos contratos nos quais um dos contratantes está em *hold up*, estas não necessariamente coincidirão com a decisão *ex ante* referente a alocação dos recursos na transação. Os distintos mecanismos de governança, portanto, são desenhados para lidar com tais situações, ou seja, com o processo de adaptação intertemporal de contratos em face de incertezas.

A entrada de agentes numa relação desta espécie corresponde ao que Williamson designa *transformação fundamental*, com os agentes saindo de uma situação em que há concorrência e liberdade de optar entre diversos contratantes (mercado) para uma situação em que se tornam dependentes um do outro (*lock in*), sujeitos à apropriação, pela outra parte, das vantagens obtidas na alocação inicial de direitos contratualmente estabelecidos.

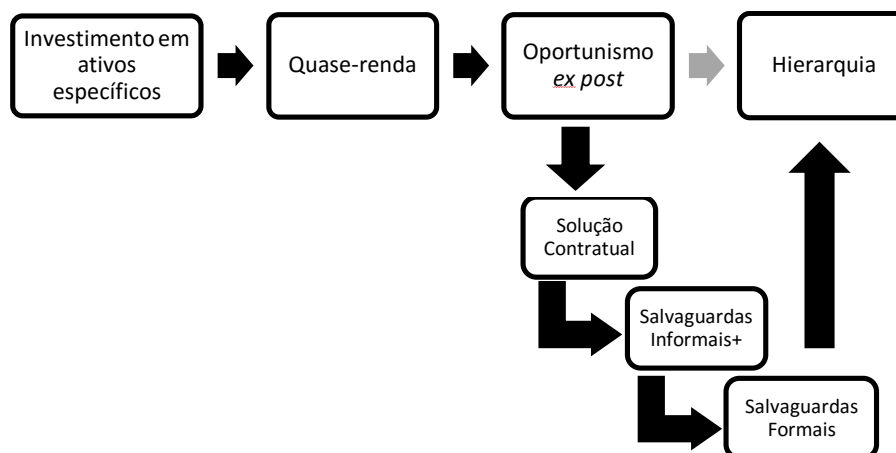
Por esse motivo, transações que envolvem investimentos em ativos altamente específicos geram uma demanda por controle, isto é, incentivos à integração vertical<sup>94</sup>, adotando-se, *ceteri paribus*, hierarquias (firmas) como mecanismos de governança das respectivas transações quanto maior for o grau de especificidade do ativo.

A utilização de hierarquias para a redução de custos de transação relacionados a investimentos em ativos específicos, entretanto, deve ser realizada a partir da comparação entre os custos envolvidos na administração conjunta de diversos ativos específicos e os custos de salvaguardas contratuais em formas híbridas de governança (contratos de longo prazo). A opção de governança adequada será aquela que apontar ao mecanismo que resultar nos maiores ganhos líquidos, conforme o processo decisório que se desenvolve na forma da figura abaixo:

---

<sup>94</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 53.

**Figura 1: Processo decisório para integração vertical do ativo**



**LEGENDA:**

+ Para investimentos realizados em contratações públicas não é viável a adoção de garantias informais, na forma do ambiente institucional básico respectivo (direito positivo). Entretanto, a prática pode revelar que a exposição contratual recíproca implica na existência de salvaguardas informais para os contratantes em certos casos, contribuindo para a redução dos custos da solução contratual *vis-à-vis* salvaguardas formais ou hierarquias.

Por fim, Williamson distingue a especificidade de ativos em tipos distintos. Cavalli<sup>95</sup> os define da seguinte forma: a) especificidade de lugar, relativa à proximidade geográfica dos contratantes, implicando na redução de custos de transporte ou estoque e, via de consequência, na realocação dos ativos; b) especificidade física, quando há adaptação do ativo para utilização num fim específico, reduzindo a possibilidade de usos alternativos; c) especificidade do capital humano, conforme aquisição de habilidades em processos do tipo *learning by doing*; d) especificidade de ativos dedicados, conforme ocorra a vinculação do ativo a uma função específica sob demanda, com possibilidade de ociosidade posterior em virtude de quebra contratual; e) especificidade de marca; f) especificidade temporal; e especificidade de *know how*, relacionado a processo produtivo não patenteável, com dificuldade de troca de fornecedor.

<sup>95</sup> CAVALLI, *Empresa, direito e economia*, p. 189.

### 2.5.2. Incerteza

Williamson aponta três espécies de incerteza que influenciam o alinhamento entre as transações e os mecanismos de governança. Ele faz referência à distinção de Koopmans, entre os tipos de incerteza primária, decorrente de um estado de contingência, e secundária, que decorre de uma falha de comunicação. Além destas duas, há um terceiro tipo, o comportamental<sup>96</sup>.

O tipo comportamental tem natureza estratégica e é “atribuível ao oportunismo”<sup>97</sup>. Segundo Williamson, “riscos são devidos a incertezas comportamentais que surgem quando contratos incompletos e especificidade de ativos são conectados”<sup>98</sup>. A mitigação de riscos por estruturas de governança pode gerar ganhos mútuos, aplicando-se para isso a “linguagem da governança em vez de decisões baseadas em teorias estatísticas”<sup>99</sup>.

### 2.5.3. Frequência

A dimensão das transações relacionada à frequência refere-se à recorrência de uma determinada transação. Enquanto os “benefícios de estruturas especializadas de governança são maiores para as transações com investimentos envolvendo ativos específicos”<sup>100</sup>, os custos de governança destas estruturas especializadas serão “mais facilmente recuperáveis para transações recorrentes”<sup>101</sup>.

Tal situação sugere a necessidade de eventual “agregação de demandas similares mas independentes”, como no caso de arbitragem ou contratos regulados por agência independente, para que o custo de utilização de uma estrutura especializada de governança possa ser recuperado.

Assim, onde a frequência é baixa mas a necessidade de uma governança especializada é grande, como no caso de transações envolvendo investimentos em ativos específicos, sugere-se a agregação de demandas similares numa estrutura comum para solucionar conflitos. Isto pode ser realizado tanto pelo Poder Judiciário, como pela arbitragem ou outros mecanismos

---

<sup>96</sup> WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, p.60.

<sup>97</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 58.

<sup>98</sup> WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, p.60.

<sup>99</sup> WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, p.60.

<sup>100</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 60.

<sup>101</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 60.

extrajudiciais. Todavia, estes últimos têm vantagem para a eficiência da governança em relação à litigância judicial, porque, segundo Williamson, são mecanismos mais orientados “para a continuidade das transações com ativos específicos”<sup>102</sup> que normalmente envolvem relações de longo prazo.

## 2.6. Os alternativos mecanismos de governança

Os mecanismos de governança propostos como formas alternativas entre si para a organização de atividades econômicas mediante a redução dos custos de transação são os mercados, as formas híbridas e as hierarquias. Tais mecanismos distinguem-se tipologicamente, não sendo um substituível pelo outro.

Os mercados e as hierarquias são os mecanismos extremos da tipologia proposta por Williamson. Híbridas são as “várias formas de contratos de longo prazo, relações comerciais recíprocas, regulação, *franchise*<sup>103</sup>, e mecanismos análogos”<sup>104</sup>. Os mecanismos híbridos de governança são instrumentalizados por formas mais flexíveis que os contratos clássicos, típicos de mercados e de execução instantânea (*spot*), e mais rígidos que as hierarquias (firmas)<sup>105</sup>.

Em relação às formas híbridas, as hierarquias têm vantagens relacionadas à adaptação coordenada em face de eventos imprevistos, resolução de disputas relacionadas a transações e acesso à informação. Todavia, tais vantagens não são realizadas sem custos, sendo o maior deles o custo crescente para a administração [governança] da burocracia<sup>106</sup>.

A seguir são descritos isoladamente cada um dos mecanismos de governança identificados na classificação tipológica de Williamson, para, ao final, ser abordada a questão relativa ao alinhamento destes com as respectivas relações econômicas (transações), segundo os critérios oferecidos pela Economia dos Custos de Transação.

### 2.6.1. Mercado

A definição da governança por meio do mercado está relacionada à natureza não específica dos ativos relacionados às respectivas transações, ou seja, ao baixo nível de

---

<sup>102</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 61.

<sup>103</sup> Equivalente funcional das concessões no direito administrativo norte-americano.

<sup>104</sup> WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, p. 104.

<sup>105</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 104.

<sup>106</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 104.

dependência do agente ao objeto transacionado (ativo), sejam tais transações realizadas de forma ocasional ou recorrente<sup>107</sup>. Sendo irrelevantes os custos de saída da relação e referindo-se o contrato a bens padronizados, “é presumivelmente fácil a organização de compra ou fornecimento através de arranjos alternativos”<sup>108</sup>.

Williamson, citando S. Todd Lowry, observa que “a análise econômica tradicional das trocas realizadas por meio do mercado corresponde propriamente ao conceito legal de venda (*sale*), desde que venda (*sale*) pressuponha arranjos em contextos de mercado e exija primariamente suporte legal para a transferência do título”<sup>109</sup>.

Em sentido oposto, para a Economia dos Custos de Transação, o “conceito de contrato [de longo prazo] estaria reservado para trocas sem alternativas padronizadas no mercado, nas quais as partes desenhariam padrões de relações futuras nas quais poderiam contar”<sup>110</sup>.

A governança pelo mercado é realizada com apoio no contrato clássico, onde a identidade das partes é um fator irrelevante, há uma predominância de características formais ao instrumento e o mesmo é completo, no sentido de que, havendo descumprimento por inexecução, “as consequências são relativamente previsíveis desde o início”<sup>111</sup>.

A governança pelo mercado é centrada nas “regras legais, documento formais e transações autoliquidáveis”<sup>112</sup>. O exemplo típico são contratos para aquisição de bens de consumo.

## 2.6.2. Formas híbridas

A governança através do mercado não é uma solução universalmente aplicável, independentemente da natureza das transações<sup>113</sup>.

A dificuldade de enquadrar certos tipos de transações na governança pelos mercados provavelmente provém do fato de que tais transações exigem uma governança do tipo cooperativa<sup>114</sup>. A menção ao termo cooperação, no caso, se relaciona com o problema

---

<sup>107</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p.73.

<sup>108</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 74, tradução livre.

<sup>109</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 74, tradução livre.

<sup>110</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 74, tradução livre.

<sup>111</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 69, tradução livre.

<sup>112</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 69, tradução livre.

<sup>113</sup> GLACHANT, Jean-Michel; PEREZ, Yannick. *Regulation and deregulation in network industry*. In *New institutional economics: a guidebook*, edited by Eric Brousseau and Jean-Michel Glachant, p. 340.

<sup>114</sup> GLACHANT; PEREZ, *Regulation and deregulation in network industry*. p. 340.

econômico da adaptação em face de mudanças de circunstâncias<sup>115</sup> ao longo da relação econômica (transação).

Enquanto na governança pelo mercado a adaptação das transações em face de mudanças de oferta e demanda é realizada de forma autônoma e espontânea, tomando como base agentes que respondem a incentivos com vistas à maximização de utilidade ou riqueza, em transações que exigem investimentos coordenados, nos quais as partes deverão “manter uma dependência bilateral de longo prazo”<sup>116</sup>, tais adaptações, para serem eficientes, deverão ser cooperativas. Neste sentido,

As partes nestas transações devem continuar a cooperar no sentido de concluir as operações com sucesso, seja na definição e normalização das utilidades esperadas; na criação estruturas *ad hoc* para informação e medição, ligados aos mecanismos de incentivo adequados; na projeção de compromissos credíveis e garantias; na resolução de litígios; e até mesmo na futura adaptação dos seus comportamentos e arranjos para eventualidades imprevistas de carácter significativo (em Williamson, renegociação ou "adaptação coordenada").<sup>117</sup>

Para tais tipos de transações há uma variedade de estruturas (mecanismos) de governança que são definidos para promover a coordenação contratual. São identificados como estruturas de governança dos tipos bilateral, multilateral ou trilateral.

A estrutura bilateral mantém como “partes” no mecanismo de governança somente os agentes envolvidos diretamente na transação. Na estrutura de governança trilateral ocorre a inclusão de terceira parte, pública ou privada<sup>118</sup>. A terceira parte pública é geralmente representada por uma agência reguladora, enquanto a privada pode ser um “painel de especialistas” ou árbitros<sup>119</sup>.

A tais estruturas correspondem os conceitos de contrato relacional e neoclássico<sup>120</sup>.

---

<sup>115</sup> WILLIAMSON, **The mechanisms of governance**, p. 101-103.

<sup>116</sup> WILLIAMSON, **The mechanisms of governance**, p. 102.

<sup>117</sup> GLACHANT, PEREZ, **Regulation and deregulation in network industry**, p. 340-341, tradução livre.

<sup>118</sup> GLACHANT, PEREZ, **Regulation and deregulation in network industry**, p. 341.

<sup>119</sup> GLACHANT, PEREZ, **Regulation and deregulation in network industry**, p. 342-343.

<sup>120</sup> WILLIAMSON, **The economic institutions of capitalism**, p. 70-72. No Brasil há uma grande abrangência quanto ao termo contrato relacional, utilizado entre outros casos para se referir aos contratos de longo prazo, como as concessões (MARQUES NETO, **Concessões**, p. 344.) A abrangência na utilização do conceito, que por vezes pode resultar numa dificuldade de operacionalização do mesmo, provavelmente decorre do fato de que não há a tradição de se utilizar no direito o referencial teórico da Nova Economia Institucional e da Economia dos Custos de Transação para a descrição e compreensão de fenômenos contratuais. Neste sentido, quando se quer falar de um contrato de longo prazo, remete-se à noção de contrato relacional, ligando-o à ideia de procedimento. Nos termos da Economia dos Custos de Transação, a clara delimitação do que seja um contrato relacional, para fins de apreciação da aplicabilidade, efeitos e desempenho econômico do respectivo mecanismo de governança, é relevante e contribui para dar maior operacionalidade ao conceito.

O contrato neoclássico surge em face da limitação do contrato clássico (de mercado) para lidar com incertezas em transações que envolvem ativos específicos. Realizar a governança de uma relação de longo prazo com um contrato clássico exigiria o preenchimento de lacunas contratuais antecipadamente, o que elevaria o custo da utilização de tal mecanismo, resultado em ganhos líquidos negativos em termos de economia de custos de transação.

O contrato neoclássico é caracterizado, então, pela existência de lacunas (é um contrato incompleto), que exigem “processos e técnicas usados pelos contratantes para criar flexibilidade em vez de planejar rigidamente”<sup>121</sup>.

Segundo Williamson, a assistência de uma terceira parte para o fim de resolver disputas e avaliar performance tem vantagens sobre o contencioso [judicial] na função de preenchimento de lacunas contratuais e é esta característica que identifica o contrato neoclássico<sup>122</sup>. Ao contrato neoclássico, portanto, corresponde uma estrutura de governança do tipo trilateral.

A outra forma contratual híbrida de governança, situada entre mercado e hierarquias, é o contrato relacional. Ele distingue-se do contrato neoclássico em virtude do papel que o ajuste original representa como “ponto de referência para adaptações”<sup>123</sup> futuras. Enquanto no contrato neoclássico o ajuste original é utilizado como referência, no contrato relacional utiliza-se “integralmente a relação como ela se desenvolveu no tempo [podendo] incluir ou não um acordo original”<sup>124</sup> para esta finalidade.

### 2.6.3. Hierarquias

As hierarquias são o extremo oposto da governança pelo mercado na tipologia contratual da Economia dos Custos de Transação. Elas surgem em relações de longo-prazo, para que não se incorra nos custos e atrasos relacionados com barganhas estratégicas decorrentes do oportunismo. Para isso, “a relação é reconfigurada suplantando a autonomia das partes pela hierarquia”<sup>125</sup>.

Dito de outro modo, quando uma hierarquia é estabelecida como mecanismo de governança, o ativo é internalizado e uma das partes passa ter o controle sobre a sua operação.

---

<sup>121</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 70.

<sup>122</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 71.

<sup>123</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 72, tradução livre.

<sup>124</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 72, tradução livre.

<sup>125</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 103, tradução livre.

Os “incentivos para trocas enfraquecem à medida que as transações se tornam progressivamente mais idiossincráticas. A razão para isso é que, conforme os ativos humanos e físicos se tornam mais especializados para um uso único, (...) as economias de escala podem ser apropriadas inteiramente pelo contratante como pelo fornecedor externo”<sup>126</sup>.

Hierarquias, como é o caso da operação direta de um monopólio natural pelo governo, possuem a “vantagem de adaptar-se de modo sequencial sem a necessidade de consulta, complementação ou revisão de acordos entre contratantes”<sup>127</sup>.

Por outro lado, ao se optar pela utilização de hierarquias como mecanismo de governança realiza-se um *trade off* entre a adaptabilidade do tipo coordenada, que é forte nas hierarquias, e os incentivos, que são fracos na hierarquia e fortes no tipo de governança a ela oposto, o mercado. Por isso, somente justifica-se o custo de administrar ativos por hierarquias se eles forem altamente específicos, isto é, se a sua operação por contratos forem causa de custos de transação proibitivos.

Portanto, como síntese parcial do que foi exposto, observa-se que os diversos mecanismos de governança podem ser comparados a partir da qualidade dos seus atributos, conforme a tabela abaixo<sup>128</sup>, atributos estes que têm custos e que atuam para controlar os custos das transações mediadas pelos respectivos mecanismos:

**Tabela 1: Atributos dos mecanismos de governança da Economia dos Custos de Transação**

Mecanismos de Governança			
Atributos	Mercado	Híbrido	Hierarquia
Incentivos	++	+	-
Controles Administrativos	-	+	++
Adaptação Autônoma	++	+	-
Adaptação Coordenada	-	+	++
Legislação Contratual	++	+	-

Graus de intensidade:

- Fraco +Intermediário ++Forte

<sup>126</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 78, tradução livre.

<sup>127</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 78, tradução livre

<sup>128</sup> Adaptada de WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, p. 105.



## 2.7. Alinhando mecanismos de governança e transações (alinhamento discriminante)

Definidos os atributos dos mecanismos de governança (mercado, formas híbridas e hierarquias), bem como as variáveis que condicionam a escolha do tipo apropriado para mediar as relações entre agentes econômicos (especificidade de ativos, frequência e incerteza), passa-se a descrever, como etapa final de apresentação e discussão do referencial teórico, a forma como tal escolha é realizada para o fim de reduzir com ganhos líquidos os custos de transação.

A tabela construída por Williamson<sup>129</sup> indica o resultado do *alinhamento discriminante* entre dimensões de transações e atributos do mecanismo de governança por meio do enquadramento em função da frequência e da especificidade dos ativos envolvidos.

**Tabela 2: Enquadramento dos mecanismos de governança em função da frequência e especificidade dos ativos**

		Características dos Investimentos		
		Não Específico	Misto	Idiossincrático
Frequência	Ocasional	Mercado (Contrato Clássico)	Governança Trilateral (Contrato Neoclássico)	Hierarquia (Contrato Relacional)
	Recorrente		Governança Bilateral (Contrato Relacional)	

Fonte: WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, op. cit., p. 79

Se as transações envolvem investimentos em ativos não específicos, pouco importa se são ocasionais ou recorrentes. Nestes casos, as mesmas recebem a governança pelo mercado.

Por outro lado, se a relação econômica envolver investimentos em ativos relativamente específicos, ou se opta pela governança trilateral, por meio de contratos neoclássicos, para transações ocasionais, ou se opta pela governança bilateral, por meio de contratos relacionais, para transações recorrentes.

<sup>129</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 79

Por fim, se o investimento for idiossincrático, ou seja, os ativos forem altamente específicos, a tendência é que prevaleça a hierarquia como estrutura para promover a cooperação.

Nestes casos, os custos de transação serão altos para quem for contratado para realizar o investimento (ou seja, ficará exposto à exclusiva demanda do contratante), bem como para quem contratar (isto é, se houver imprevistos na demanda planejada, ficará sujeito às imposições do contratado).

Todavia, as relações poderão ser reguladas por meio de contratos neoclássicos em hipóteses nas quais as transações forem ocasionais. O enquadramento de transações ocasionais envolvendo ativos idiossincráticos na governança do tipo trilateral dependerá do custo dos elementos que compõem o mecanismo (poder judiciário, agência reguladora, arbitragem, painel de especialistas) e da sua capacidade para reduzir os custos de transação mediante o preenchimento das lacunas inerentes aos contratos neoclássicos (de longo prazo). Se possuem qualidade institucional baixa ou custo de funcionamento elevado há a tendência que a governança seja realizada por meio de hierarquias, obviamente por proporcionarem maiores ganhos líquidos (custo-benefício) como resultado.

Em relação à incerteza, Williamson assume que esteja sempre presente em “grau suficiente para impor um problema de decisão sequencial adaptativa”<sup>130</sup>. Neste sentido, não é possível a superação de todas as contingências sem custos. Todavia, há uma ressalva realizada pelo autor quanto aos efeitos do aumento da incerteza em casos específicos.

Na hipótese do aumento da incerteza em transações envolvendo ativos não específicos, este aumento é irrelevante. A situação é distinta, no entanto, quando ativos específicos são envolvidos nas transações.

Nestes casos, “o crescimento do grau paramétrico de incerteza torna imperativa a organização das transações em estruturas de governança que tenham capacidade de ‘resolver os problemas’”<sup>131</sup>: ou se amplia incentivos, optando-se pelo mercado, ou se aumenta o controle, internalizando a transação numa hierarquia, no caso de a transação exigir um objetivo determinado que não seja possível de ser atingida mediante adaptação do tipo autônoma.

---

<sup>130</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 79, tradução livre.

<sup>131</sup> WILLIAMSON, *The economic institutions of capitalism*, p. 79, tradução livre.

### 3. O SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO NO DIREITO POSITIVO E OS DESENHOS DE GOVERNANÇA POSSÍVEIS

O presente capítulo tem o objetivo de apresentar os possíveis desenhos de governança do serviço público de saneamento básico no Brasil, tomando como base para tanto os conceitos do referencial teórico utilizado para a pesquisa e a legislação específica ao setor.

Serão descritas as duas políticas nacionais de saneamento básico aplicadas até hoje no Brasil, abrangendo a descrição do ambiente institucional básico, isto é, do direito positivo, bem como dos mecanismos de governança possíveis de serem utilizados, conforme o conceito do item 2.3, do capítulo 2.

Em relação à legislação nacional vigente para o saneamento básico, será realizada uma análise detalhada das atividades que compreendem o serviço público de saneamento básico, as funções públicas necessárias à sua governança e, por fim, serão avaliadas as possibilidades de desenho da governança da prestação segundo a Lei nº 11.445/2007 e os *standards* teóricos da Economia dos Custos de Transação.

#### *3.1. Os ambientes institucionais básicos das políticas nacionais do saneamento básico no Brasil e os desenhos de governança possíveis*

##### *3.1.1. A evolução da política nacional de saneamento de 1967*

O setor de saneamento básico no Brasil foi, até a década de 1930, objeto de preocupações isoladas do poder público. Um exemplo da forma de atuação no setor neste período foi a contratação de empresa privada de limpeza e esgoto por autorização de D. Pedro II, em 1867, para prestar serviços na capital do Império<sup>132</sup>.

Até a década de 1950, os serviços eram executados por empresas estrangeiras, geralmente em nome dos municípios, tendo o capital estrangeiro sido afastado do setor sob

---

<sup>132</sup>SOUZA, Celso Florêncio de. **Hibridismos regulatórios: uma análise do processo de agencificação no saneamento básico brasileiro**. Dissertação (mestrado), Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, 2013. p. 32.

justificativa de que visava prioritariamente à remuneração dos investimentos em detrimento do atendimento à demanda da população <sup>133</sup>.

A partir da década de 1960, a organização do setor pelo Estado avançou em virtude da intensificação da industrialização, crescimento populacional e urbanização<sup>134</sup>. O governo federal manifestou sua preocupação com o saneamento básico no Plano de Ação Econômica do Governo (PAEG-1964/66), no Plano Decenal (1966) e no Plano Estratégico de Desenvolvimento (PED-1968/70)<sup>135</sup>.

Em 1967 foi instituída pela Lei nº 5.318 a Política Nacional de Saneamento e criado o Conselho Nacional de Saneamento. A partir de 1971 foi efetivamente formulado e desenvolvido o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA)<sup>136</sup>, podendo-se afirmar que tal plano foi “um marco histórico e institucional para o setor de saneamento, sendo o seu mais importante – e talvez único – modelo de regulação”<sup>137</sup> até então.

No período entre 1970 e fim da década de 1980 houve grande evolução quantitativa nos níveis de acesso ao serviço público de saneamento básico<sup>138</sup>. O governo federal exerceu grande influência, tanto financiando como incentivando a concentração da operação e regulação nas companhias estaduais de saneamento básico (CESBs). As metas do PLANASA de prover 80% da população urbana brasileira com abastecimento de água até 1980 foram quase atingidas<sup>139</sup>.

Em relação ao abastecimento de água, o percentual de ligação domiciliares urbanas com acesso à rede partiu de 54% em 1970, para 76% em 1980 e 87% em 1985. No tocante ao serviço de esgoto, o percentual de ligações domiciliares partiu de 22% em 1970, para 38% em 1980, atingindo 43% em 1984, conforme a tabela abaixo<sup>140</sup>:

---

<sup>133</sup> RAGAZZO, *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*, p. 277.

<sup>134</sup> SOUZA, *Hibridismos regulatórios: uma análise do processo de regulação no saneamento básico brasileiro*, p. 32.

<sup>135</sup> MELO, Marcus André Barreto Campelo de. *O padrão brasileiro de intervenção pública no saneamento básico*. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, 1º trim., jan 1989, p. 85.

<sup>136</sup> PIRES, Irvando Mendonça. *PLANASA: avaliação dos resultados e perspectivas*. Trabalho apresentado no X Congresso Brasileiro de Engenharia Sanitária e Ambiental. Revista DAE, 1979, p. 30.

<sup>137</sup> DEMOLINER, *Água e saneamento: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*, p. 112.

<sup>138</sup> RAGAZZO, *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*, p. 285.

<sup>139</sup> MELO, *O padrão brasileiro de intervenção pública no saneamento básico*, p. 84. Há uma aparente contradição entre o este dado, relativo aos níveis de atendimento de abastecimento de água atingidos nos últimos anos da Política Nacional de Saneamento de 1967, e os níveis atuais, considerando que o percentual de atendimento informado pelo diagnóstico oficial de 2013 do setor é inferior em relação ao informado para a década de 1980. Todavia, esta redução significativa para os percentuais de atendimento pode ser explicado, entre outros fatores, pelo crescimento das cidades entre a década de 1980 e o ano de 2013, somado ao fato de que o Brasil ficou sem uma política nacional definida para o setor até o ano de 2007.

<sup>140</sup> MELO, *O padrão brasileiro de intervenção pública no saneamento básico*, p. 84.

**Tabela 3: Evolução do percentual de acesso ao saneamento básico durante o PLANASA**

<b>Ano</b> <b>Serviço</b>	<b>1970</b>	<b>1980</b>	<b>1984</b>
<b>Água</b>	54%	76%	87%
<b>Esgoto</b>	22%	38%	43%

Fonte: MELO, **O padrão brasileiro de intervenção pública no saneamento básico**, p. 84

Entretanto, a evolução nos índices revela somente os níveis positivos em relação ao cumprimento de metas do PLANASA, escamoteando importantes aspectos qualitativos no tocante à eficiência e eficácia da referida política de saneamento<sup>141</sup>. Um exemplo disso relaciona-se com a distinção na destinação de recursos utilizados para investimento do setor. Os investimentos não ocorreram de forma equilibrada no território nacional. Os maiores investimentos foram realizados no Estado de São Paulo, sendo que no Rio de Janeiro os investimentos foram mais modestos em virtude do excelente nível de atendimento anterior ao PLANASA. A região sudeste recebeu aproximadamente 61% dos recursos no período entre 1968-1984, apesar de contar com 44% da população brasileira em 1984<sup>142</sup>.

Entre os anos de 1984 e 1986 iniciou-se o colapso financeiro do sistema e o processo de extinção da política, motivados pela crise econômica a partir de 1981, com o crescimento do volume de saques no FGTS, diminuição da captação líquida na caderneta de poupança, exacerbação da inflação e onda de inadimplência. Foi afetada, assim, uma das fontes de financiamento do sistema (retorno dos empréstimos concedidos)<sup>143</sup>. As companhias estaduais de saneamento básico ingressaram numa fase de problemas financeiros crônicos, com 18 dos 23 das empresas apresentando desequilíbrio entre despesas operacionais e serviços da dívida e receitas operacionais<sup>144</sup>.

Com a extinção do BNH em 1986, a dispersão na condução da política entre Caixa Econômica Federal, Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente e outros entes do governo federal, e o processo de redemocratização do país que culminou com a promulgação

<sup>141</sup> MELO, **O padrão brasileiro de intervenção pública no saneamento básico**, p. 85.

<sup>142</sup> MELO, **O padrão brasileiro de intervenção pública no saneamento básico**, p. 91.

<sup>143</sup> MELO, **O padrão brasileiro de intervenção pública no saneamento básico**, p. 93.

<sup>144</sup> MELO, **O padrão brasileiro de intervenção pública no saneamento básico**, p. 95.

da Constituição Federal de 1988, o plano instituído em 1971 perdeu a consistência vista no auge da política centralizadora de 1967 e foi extinto.

### *3.1.2. Os objetivos da política nacional de saneamento de 1967 e o desenho de governança nela utilizado*

A criação do PLANASA ocorreu num “contexto de centralização das decisões políticas no plano federal”, condicionando-se a participação dos municípios no plano ao “repasse do patrimônio e das instalações existentes dos serviços de água e esgoto às companhias estaduais de saneamento básico”<sup>145</sup>, mediante a delegação do respectivo serviço público.

O plano, criado e implementado sob comando central na ditadura militar, tinha como objetivo à universalização do serviço de saneamento básico para toda a população através da realização de investimentos para expansão da rede de infraestrutura necessária ao fornecimento de água e coleta de esgoto<sup>146</sup>. O incentivo para a adesão ao PLANASA operava-se basicamente com o financiamento público da expansão da rede pelo extinto Banco Nacional da Habitação<sup>147</sup>. A operação e a regulação eram realizadas de forma conjunta pelos operadores aos quais o serviço era delegado.

A centralização institucional e decisória verificada na política de saneamento entre 1968-1987 tipificou o processo de formação de políticas públicas sob o regime burocrático autoritário, sendo exemplo paradigmático do esvaziamento das instâncias locais em detrimento de uma instituição federal responsável pela formulação de uma política nacional e controle de instituições e subsidiárias municipais e estaduais<sup>148</sup>. O PLANASA contava com uma estrutura fortemente hierarquizada, sendo o planejamento realizado nacionalmente pelo Conselho Nacional de Saneamento, órgão do Ministério do Interior<sup>149</sup>, e pelo Banco Nacional da Habitação, órgão central e normativo do Sistema Financeiro de Saneamento<sup>150</sup>.

---

<sup>145</sup> GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro; MONTEIRO, Mário Augusto Parente. **Análise de contratos de concessão para a prestação de serviços de água e esgoto no Brasil**. Eng. Sanit. Ambiental, Vol. II, nº 4, out/dez 2006, p. 353.

<sup>146</sup> RAGAZZO, **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**, p. 278. No mesmo sentido, DEMOLINER, **Água e saneamento: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro**, p. 113.

<sup>147</sup> RAGAZZO, **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**, p. 278-279.

<sup>148</sup> MELO, **O padrão brasileiro de intervenção pública no saneamento básico**, p. 85.

<sup>149</sup> BRASIL, **Lei nº 5.318/1967**, art. 3º.

<sup>150</sup> BRASIL, **Decreto-Lei nº 949/1969**; BRASIL, **Decreto nº 82.587/1978**, art. 7º.

Os Estados integrantes do PLANASA, isto é, aqueles que contavam com CESBs<sup>151</sup>, deveriam ter seus planos estaduais aprovados pelo Banco Nacional da Habitação, consoante os objetivos e metas nacionais, inclusive em relação a questões relacionadas a reajustes tarifários, necessariamente autorizados pelo Ministério do Interior<sup>152</sup>.

A iniciativa privada, por sua vez, tinha uma participação secundária na execução da política nacional de saneamento de 1967. Tal participação era limitada à contratação de “empresas projetistas, consultoras, empreiteiras, e pelas indústrias de materiais e equipamentos, ligadas ao setor do saneamento básico (...), ficando sob a ação governamental aquelas atividades que não [pudessem] ser absorvidas pela iniciativa privada”<sup>153</sup>.

Deste modo, verifica-se que o serviço público de saneamento básico, assim definido como fornecimento de água e coleta e tratamento de esgoto, era à época atividade restrita à administração pública, com planejamento, financiamento e controle exercidos pelo governo federal, operação das etapas do serviço (água e esgoto) integrada verticalmente, prestadas através de sociedades de economia mista (CESBs) por meio de delegação realizada pelos municípios.

A política nacional de saneamento de 1967 e o PLANASA tinham como objetivos a uniformização de diretrizes administrativas e técnicas no campo do saneamento<sup>154</sup>, eliminação do déficit e manutenção de equilíbrio na oferta e demanda de serviços públicos de água e esgoto, auto-sustentação financeira do setor, adequação tarifária às possibilidades dos usuários, entre outros<sup>155</sup>. Havia, já em nível de planejamento federal, uma preocupação específica com o custo, com limitação da remuneração do investimento reconhecido e definição do que seria considerado custo dos serviços<sup>156</sup>.

Vê-se, assim, que a governança no modelo compreendido entre os anos de 1967 e 1986 foi uniforme em todo o território nacional, realizada com etapas (água e esgoto) verticalmente integradas e delegadas pelos titulares a empresas estatais criadas pelos estados. A preocupação da governança do serviço público envolve essencialmente aspectos técnicos e financeiros, relacionados ao equilíbrio entre oferta e demanda, receitas e custos, com preocupação residual em relação a questões ambientais e de regulação do contrato de delegação dos serviços públicos

---

<sup>151</sup> BRASIL, **Decreto-Lei nº 949/1969**; BRASIL, **Decreto nº 82.587/1978**, art. 2º.

<sup>152</sup> BRASIL, **Decreto-Lei nº 949/1969**; BRASIL, **Decreto nº 82.587/1978**, arts. 7º, 8º e 9º.

<sup>153</sup> PIRES, **PLANASA: avaliação dos resultados e perspectivas**, p. 30

<sup>154</sup> BRASIL, **Lei nº 5.318/1967**, art. 1º; BRASIL, **Decreto nº 82.587/1978**, art. 2º.

<sup>155</sup> BRASIL, **Decreto nº 82.587/1978**, art. 3º.

<sup>156</sup> BRASIL, **Decreto nº 82.587/1978**, arts. 21 a 28.

em função dos interesses dos contratantes, isto é, das CESBs (estaduais) e das populações usuárias (municipais).

### *3.1.3. As atuais diretrizes nacionais de saneamento básico (Lei nº 11.445/2007)*

Após um período de aproximadamente 20 anos sem um marco regulatório nacional específico para o setor, foram instituídas, através da Lei nº 11.445/2007, as diretrizes nacionais do saneamento básico no Brasil, nas quais são fixadas objetivos e as condições para a governança do serviço público.

A governança do serviço público de saneamento básico na Lei nº 11.445/2007 difere qualitativamente da governança definida pela política anterior, instituída pela Lei nº 5.318/1967. Ao contrário desta, a Lei nº 11.445/2007 procura estabelecer formas de cooperação entre os diversos entes federados, com o planejamento e a definição da forma de prestação do serviço público orientados pelo interesse local. No entanto, “embora tenha feito referência implícitas aos Municípios”<sup>157</sup>, não define expressamente a titularidade do serviço público de saneamento básico, por ser reconhecidamente questão de natureza constitucional<sup>158</sup>, “deixando para o STF dirimir essa questão”<sup>159</sup>.

Tal característica, apesar de ter a qualidade de proporcionar “o nível de flexibilidade que uma determinação federal deve ter para dar conta da heterogeneidade da federação”<sup>160</sup>, aumenta a incerteza na aplicação do marco regulatório ao deixar uma gama de arranjos de governança a serem definidos pelas autonomias municipais e estaduais.

A organização do serviço público de saneamento básico, segundo as atuais diretrizes nacionais, é necessariamente precedida de planejamento e, quando definida a prestação mediante contrato, este mecanismo de governança deve ser objeto de regulação. Nos itens

---

<sup>157</sup> RAGAZZO, **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**, p. 421.

<sup>158</sup> Segundo o art. 30, V, da Constituição Federal, “Art. 30. Compete aos Municípios: (...) V- organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;”. O artigo 25, § 3º, da Constituição Federal dispõe: “§ 3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.”. Por fim, o artigo 23, IX, da Constituição Federal dispõe: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (...) IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;”

<sup>159</sup> RAGAZZO, **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**, p. 421.

<sup>160</sup> MENDES, C.H. et al. **Poder Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico**. Cadernos Direito GV, v. 2, n. 2, Relatório de Pesquisa n.10, São Paulo, 2006, p. 37.



seguintes serão descritas cada uma das funções necessárias à atual governança do serviço público de saneamento básico no Brasil (planejamento, prestação e regulação).

Antes, porém, serão discriminadas no subitem seguinte as atividades que são consideradas serviço público de saneamento básico, consoante a Lei nº 11.445/2007.

#### *3.1.4. As atividades compreendidas como serviço público de saneamento básico na Lei nº 11.445/2007*

A Lei nº 11.445/2007 estabelece que o saneamento básico é composto pelos serviços públicos de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos<sup>161</sup>, excluídos os recursos hídricos, cujas outorgas de direito de uso são da competência do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal, podendo o primeiro delegá-la aos últimos quando se tratar de direito relativo a domínio da União<sup>162</sup>.

Os serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, por sua vez, são compostos por diversas atividades interdependentes<sup>163</sup>, que podem ou não ser prestadas de modo verticalizado, isto é, podem ser integradas verticalmente, com operação por um prestador (público ou privado), ou podem ser desverticalizadas total ou parcialmente, com a operação por diferentes prestadores (públicos ou privados).

A integração vertical das atividades, seguindo as proposições teóricas utilizadas nesta pesquisa, tem o propósito de reduzir os custos das transações entre as etapas interdependentes, viabilizando os investimentos em ativos específicos necessários à prestação do serviço público. Como exemplo, ao se integrar verticalmente as etapas entre o tratamento da água e a distribuição (Figura 2), elimina-se os custos decorrentes de imprevistos *ex post* nas transações entre as etapas de tratamento e reservação de água tratada e de distribuição, caso venham a ser operadas por prestadores distintos, de forma desverticalizada.

As atividades compreendidas pelos serviços de abastecimento de água são a distribuição mediante ligação predial, inclusive a sua medição, bem como pela reservação de água bruta,

---

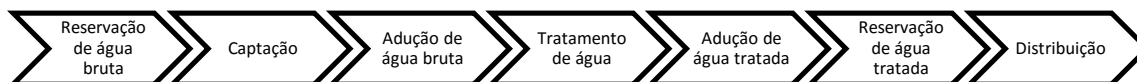
<sup>161</sup> BRASIL. **Lei nº 11.445**, de 5 de janeiro de 2007, art. 2º, III.

<sup>162</sup> BRASIL. **Lei nº 9.433**, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 9 jan. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9433.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015. Art. 14, § 1º.

<sup>163</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.217**, de 21 de junho de 2010, art. 4º, *caput*, e incisos I a VI, e art. 9º, I a IV.

captação, adução de água bruta, tratamento de água, adução de água tratada e reservação de água tratada, quando vinculadas à distribuição.

**Figura 2: Serviços públicos de abastecimento de água**



Já os serviços de esgotamento sanitário compreendem a coleta de esgotos, transporte e tratamento de esgotos e disposição final dos mesmos e dos lodos originários da operação de unidade de tratamento coletivas e individuais, como fossas sépticas. Os efluentes industriais cujas características se assemelhem aos do esgoto doméstico serão considerados para fins de prestação e regulação dos serviços públicos de esgotamento sanitário.

**Figura 3: Serviços públicos de esgotamento sanitário**



Quando as atividades interdependentes dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário forem total ou parcialmente desverticalizadas e operadas por prestadores distintos, as transações entre estes terá um contrato<sup>164</sup> como mecanismo de governança. Tal contrato apresentará salvaguardas para a redução de custos de transação e viabilização da governança do serviço público de saneamento básico com este desenho. De acordo com o referencial teórico, a opção pela desverticalização é realizada segundo uma análise comparativa entre as configurações alternativas entre si, ou seja, entre a desverticalização total, parcial ou verticalização.

Tal contrato deverá prever (a) as atividades ou insumos contratados, (b) as condições e garantias recíprocas de fornecimento e de acesso às atividades ou insumos, (c) o prazo de vigência, compatível com as necessidades de amortização de investimentos, (d) as hipóteses de sua prorrogação, (e) o prazo de vigência, compatível com as necessidades de amortização de investimentos, (f) as hipóteses de sua prorrogação, (g) procedimentos técnicos relativos à operação e ampliação das atividades, (h) regras relativas à revisão e reajuste e preços públicos

<sup>164</sup>BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, art. 12, §1º ao §4º.

aplicáveis, (i) condições e garantias de pagamento, penalidades e hipóteses de extinção, além de (j) designação de entidade de regulação e fiscalização.

Segundo o Decreto nº 7.217/2010, ficam excluídos dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário as soluções individuais<sup>165</sup> nas quais o usuário não dependa de terceiro para a operação, bem assim as ações e serviços de saneamento de responsabilidade do gerador.

Não são incluídas na exceção anterior, por outro lado, os serviços que atendam condomínios e localidades de pequeno porte, que são prestados pelos próprios usuários, de forma organizada, mediante autorização do titular dos serviços públicos<sup>166</sup>, além de fossas sépticas e outras alternativas individuais que dependam de operação e controle do poder público<sup>167</sup>.

### *3.1.5. As funções públicas para a execução da governança do saneamento básico segundo a Lei nº 11.445/2007*

#### *3.1.5.1. Planejamento*

A Lei nº 11.445/2007 define o planejamento como o conjunto de atividades atinentes à identificação, qualificação, quantificação, organização e orientação de todas as ações, públicas e privadas, por meio das quais o serviço público deve ser prestado ou colocado à disposição de forma adequada<sup>168</sup>. O planejamento do serviço público de saneamento básico necessariamente deve anteceder a prestação, em relação a qual e à regulação tem natureza vinculante. É condição de validade para a prestação dos serviços realizada mediante os mecanismos híbridos de governança (contratos de longo prazo)<sup>169</sup>.

---

<sup>165</sup> Segundo o inciso XXV, do Decreto nº 7.217/2010, são consideradas soluções individuais todas e quaisquer soluções alternativas de saneamento básico que atendam a apenas uma unidade de consumo.

<sup>166</sup> BRASIL, **Lei nº 11.445/2007**, art. 10, §1º, I, alíneas a e b.

<sup>167</sup> BRASIL, **Decreto nº 7.217**, de 21 de junho de 2010, op. cit., art. 2º, §§ 1º e 2º.

<sup>168</sup> BRASIL, **Decreto nº 7.217**, de 21 de junho de 2010. Regulamenta a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 2010, edição extra. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015. Art. 2º, § 1º.

<sup>169</sup> BRASIL, **Lei nº 11.445**, de 5 de janeiro de 2007, art. 11, I.

A responsabilidade pelo planejamento é do titular do serviço, podendo ser os planos baseados em estudos fornecidos pelos contratados para a prestação<sup>170</sup>. Para a elaboração do plano pelo titular também é prevista a possibilidade de apoio técnico ou financeiro de outros entes da Federação, instituições universitárias ou de pesquisa científica, exigindo-se a participação das comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil<sup>171</sup>.

O produto do planejamento, que contempla o plano de saneamento elaborado pelos municípios e os planos nacional e regionais de saneamento básico elaborados pela União<sup>172</sup>, deve ser compatível com os planos de gestão das bacias hidrográficas em que estiverem inseridos<sup>173</sup>.

A Lei nº 11.445/2007 estabelece o conteúdo mínimo do plano de saneamento básico. Ele deve abranger o diagnóstico situacional e impactos nas condições de vida, com indicadores relativos aos aspectos sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos; objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas; programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e metas; alternativas para casos de emergências e contingências; e formas de avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações objeto de programação<sup>174</sup>.

Finalmente, o produto de planejamento deve ser objeto de revisão periódica, em prazo não superior a quatro anos, antes da elaboração do plano plurianual dos entes responsáveis<sup>175</sup>, condicionada a eficácia da revisão do plano, em relação ao prestador, à preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato com ele firmado para a delegação do serviço público<sup>176</sup>.

### *3.1.5.2. Prestação*

A prestação do serviço público de saneamento básico pode ser realizada de forma desagregada ou agregada, isto é, além de abranger somente o território de um município, poderá

---

<sup>170</sup> BRASIL. **Lei nº 11.445**, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 jan. 2007, retificado em 11 jan. 2007. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015. Art. 9º, I, e art. 19, § 1º.

<sup>171</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.217**, de 21 de junho de 2010, art. 25, § 3º.

<sup>172</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.217**, de 21 de junho de 2010, art. 24, I, II e III.

<sup>173</sup> BRASIL. **Lei nº 11.445**, de 5 de janeiro de 2007, art. 19, §3º. A política nacional de recursos hídricos foi instituída pela Lei nº 9.433/1997, na qual são regulamentados o planejamento e a gestão dos recursos hídricos.

<sup>174</sup> BRASIL. **Lei nº 11.445**, de 5 de janeiro de 2007, art. 19, I a V.

<sup>175</sup> BRASIL. **Lei nº 11.445**, de 5 de janeiro de 2007, art. 19, §4º.

<sup>176</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.217**, de 21 de junho de 2010, art. 25, § 8º.

ser do tipo regionalizada, com um único prestador em vários municípios, contíguos ou não. A condição para ambos os casos é a uniformidade de planejamento, regulação, fiscalização e remuneração<sup>177</sup>, podendo, no caso da prestação regionalizada, seguir os planos de saneamentos dos municípios atendidos<sup>178</sup>.

O titular do serviço público poderá contratar a prestação com ente integrante da administração dos Estados, Municípios ou Distrito Federal, através de contrato de programa, ou um ente privado, por meio de contratos de concessão.

Assim, os serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário podem ser prestados sob dois instrumentos distintos, de modo verticalizado ou desverticalizado (neste caso, total ou parcialmente), com a governança realizada por meio dos mecanismos discriminados na tabela abaixo:

**Tabela 4: Formas de prestação e mecanismos de governança**

Arranjo	Forma de Prestação	Mecanismos de Governança
1	Indireta	Autorização a usuários organizados em cooperativas ou associações, limitadas a determinado condomínio ou localidade de pequeno porte
2	Indireta	Concessão comum <sup>179</sup> ou Parceria Público-Privada <sup>180</sup>

<sup>177</sup>BRASIL. **Lei nº 11.445**, de 5 de janeiro de 2007, art. 14.

<sup>178</sup>BRASIL. **Decreto nº 7.217**, de 21 de junho de 2010, art. 43.

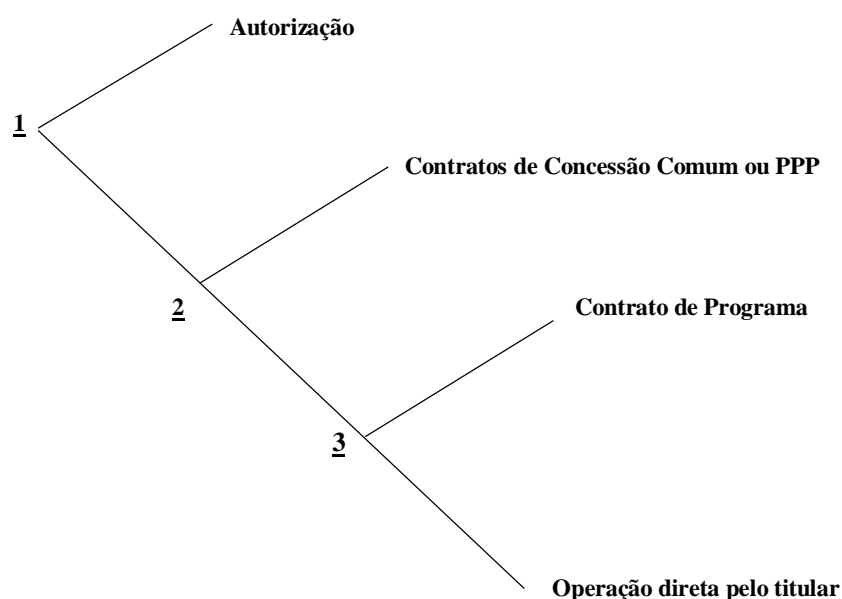
<sup>179</sup> BRASIL. **Lei nº 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 fev. 1995 e republicado em 28 set. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015. A concessão comum de serviço público, segundo o art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995, é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente (titular do serviço público por competência constitucional), mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. As concessões podem ser ou não precedidas de obras públicas. Ao tratar dos investimentos relacionados aos contratos de concessão, a Lei nº 8.987/1995, art. 28-A, faz menção ao termo longo-prazo para caracterizar os contratos de mútuo destinados a financiá-los, caracterizando como sendo de longo prazo aqueles contratos com vencimento de obrigações com prazo médio superior a 5 (cinco) anos. Daí decorre a possível conclusão de que os contratos de concessão de serviço público são igualmente ajustes de longo-prazo.

<sup>180</sup> BRASIL. **Lei nº 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079compilado.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015. As Parcerias Público-Privadas são espécies de contratos de concessão, regulamentadas por lei específica em relação à lei das concessões comuns. São do tipo administrativa e patrocinada. A concessão administrativa é, segundo o §2º, do art. 2º, da Lei nº 11.079/2004, o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. Nas concessões administrativas a remuneração da concessionária é realizada mediante contraprestações exclusivas do poder concedente. Já a concessão patrocinada, segundo o §1º, do art. 2º, da Lei nº 11.079/2004, é o contrato de concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Ambas são ajustes de longo prazo, com tempo de vigência nunca inferior a 5 (cinco) anos.

3	Indireta	Delegação mediante contrato de programa <sup>181</sup>
4	Direta	Operação pelo titular dos serviços públicos

Os serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, especialmente no tocante à prestação, deverão ter sustentabilidade econômico-financeira, com remuneração por tarifas, obedecidas, entre outras, as diretrizes da ampliação do acesso aos cidadãos e localidades de baixa renda, geração de recursos para a realização de investimentos destinados ao cumprimento de metas e objetivos do serviço, com incentivo à eficiência dos prestadores<sup>182</sup>. O desenho da governança, para atingir a melhor relação custo-benefício comparativa entre os diversos arranjos possíveis no ambiente institucional básico com o objetivo de assegurar a sustentabilidade econômica e a geração de recursos para realização de investimentos, segue o esquema contratual da figura abaixo:

**Figura 4: Governança da prestação do serviço segundo a intensidade da intervenção estatal**



<sup>181</sup>BRASIL. **Lei nº 11.445**, de 5 de janeiro de 2007, art. 8º, e Lei nº 11.107/2005, art. 13, *caput* e §§1º a 7º. É a espécie de contrato de longo prazo que regula as obrigações que um ente da Federação constitui para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos. O contrato de programa deve atender à legislação de concessões e permissões de serviços públicos e, especialmente no que se refere ao cálculo de tarifas e de outros preços públicos, à de regulação dos serviços a serem prestados, além de prever procedimentos que garantam a transparência da gestão econômica e financeira de cada serviço em relação a cada um de seus titulares.

<sup>182</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.217**, de 21 de junho de 2010, art. 29, § 1º, I a VIII.

De início, cabe excluir do esquema contratual acima, ainda no ponto 1, as soluções individuais que, segundo o Decreto nº 7.217/2007, não constituem serviço público: (i) as ações de saneamento executadas por meio de soluções individuais, desde que o usuário não dependa de terceiros para operar os serviços; e (ii) as ações e serviços de saneamento básico de responsabilidade privada, incluindo o manejo de resíduos de responsabilidade do gerador<sup>183</sup>. Os ativos necessários para a obtenção de água tratada e para a realização da disposição de esgotos nestes casos (por exemplo, poços, estações de tratamento de pequeno porte, fossas sépticas, etc), por serem específicos somente às hierarquias privadas que os internalizam, não tem relação com o serviço público objeto desta pesquisa e não necessitam de salvaguardas contratuais para o investimento e operação.

No ponto 1, deve-se optar pela governança mediante autorização ou por avançar ao ponto 2 do esquema.

A autorização é o instrumento jurídico previsto no art. 10, §1º, I, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 11.443/2007, para a delegação da prestação do serviço público de saneamento básico a usuários organizados em cooperativas ou associações, desde que se limitem a determinado condomínio ou localidade de pequeno porte predominantemente ocupada por população de baixa renda, onde outras formas de prestação apresentem custos de operação e manutenção incompatíveis com a capacidade de pagamento dos usuários.

São, como é possível intuir, sistemas de saneamento básico simples e independentes em relação aos sistemas centralizados urbanos<sup>184</sup>, com investimentos em ativos de baixa especificidade (infraestrutura) em relação ao serviço público. Dito de outro modo, a possibilidade de oportunismo do titular do serviço em relação ao autorizatário é baixa. Por essa razão, segundo o art. 10, §2º, da Lei n. 11.445/2007, é exigida apenas a obrigação de se transferir ao titular os bens vinculados aos serviços por meio de termo específico, com os respectivos cadastros técnicos, nos casos em que o operador do sistema perde o interesse na gestão do mesmo.

Na alocação inicial dos direitos de controle sobre os ativos, portanto, não se estabelecem garantias recíprocas expressivas, possivelmente porque os investimentos, mesmo quando subsidiados integralmente pelo Estado, são baixos ou a operação não tem reflexos significativos

---

<sup>183</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.217/2010**, de 21 de junho de 2010, art. 2º, §1º, I e II.

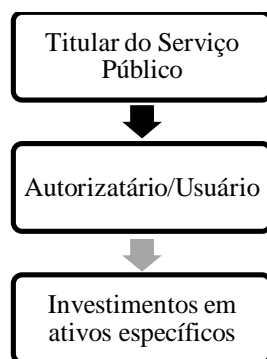
<sup>184</sup> SEDLAK, David. **Water 4.0: the past, presente and future of the most vital resource**. New Haven: Yale University Press, 2014.

em relação ao conjunto de políticas públicas a serem articuladas com os sistemas centralizados de saneamento básico típicos de zonas urbanas.

Deste modo, a baixa especificidade dos ativos de infraestrutura objeto de investimento em relação ao serviço público não justifica a adoção das salvaguardas utilizadas na prestação indireta, mediante contratos de concessão, PPPs ou de programa, ou ainda na operação direta pelo titular, razão pela qual o mecanismo de governança necessário para garantir a realização dos investimentos é a autorização.

Nos casos de autorização, ocorre uma relativa integração vertical do serviço público pelos usuários, que realizam a autogestão organizada do sistema de saneamento sob a fiscalização do titular do serviço público, resultando o desenho abaixo:

**Figura 5: Desenho da governança por autorização**



Não sendo o caso de autorização, passa-se ao ponto 2 do esquema, onde a escolha é mais complexa do que a efetivada no ponto 1. No ponto 2, deve-se medir<sup>185</sup> o nível de especificidade dos ativos relacionados à prestação do serviço de saneamento básico e a sustentabilidade econômico-financeira da operação dos respectivos investimentos. Por outro lado, a incerteza no tocante à execução do contrato para realização dos citados investimentos depende da definição da sua relação com as outras políticas públicas conforme previsto na Lei nº 11.445/2007.

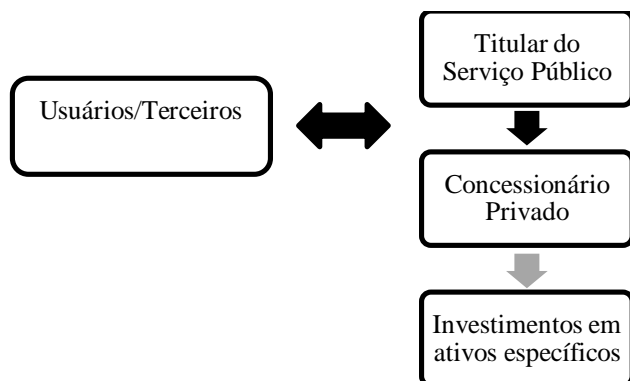
As condições para a prestação do serviço tornam-se mais incertas a partir do ponto 2 e os ativos cada vez mais específicos ao sistema centralizado de saneamento, sendo incrementados os custos de transação para realização dos investimentos, com crescimento de incentivos para a operação direta pelo titular. Da comparação dos custos existentes entre os mecanismos de governança alternativos (custos de transação nos contratos de longo-prazo

<sup>185</sup> Tal medição é realizada no planejamento do serviço público, função necessariamente exercida diretamente pelo titular, sem a qual a opção pela contratação é nula, nos termos da Lei nº 11.445/2007, art. 11, I.

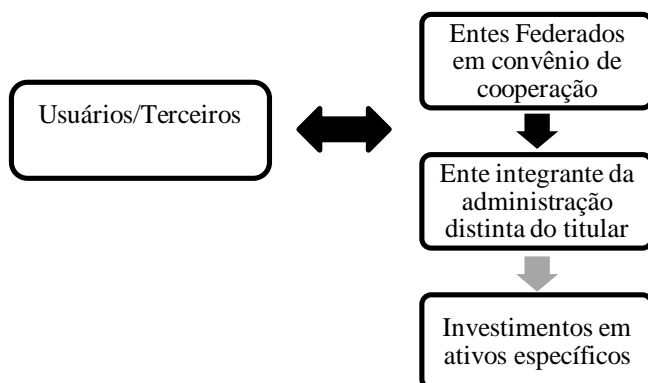


somados ao custo de salvaguardas<sup>186</sup> e custo de administração do conjunto de ativos do titular do serviço público) é que a escolha será realizada. Os desenhos da governança do serviço público de saneamento básico resultantes da comparação e escolha segundo o esquema da figura 4 são os seguintes, sucessivamente:

**Figura 6: Desenho da governança por contrato de concessão comum ou PPP**

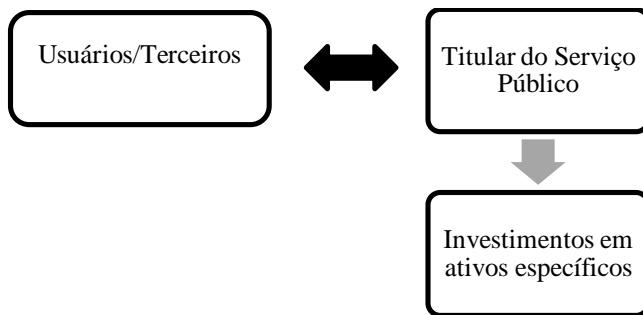


**Figura 7: Desenho da governança por contrato de programa**



<sup>186</sup> Consoante sustenta Ragazzo, o “saneamento é um setor que demanda uma estrutura regulatória e fiscalizatória de custo relevante, não prescindindo, a rigor, de estruturas independentes e altamente técnicas para levar adiante essa função. Os custos administrativos e de recursos humanos (incluindo-se aí a capacitação e a manutenção dos quadros) podem inclusive recomendar um desestímulo ao crescente movimento de instituições regulatórias, nos moldes de agências reguladoras, que estão sendo ou foram criadas no âmbito municipal. E essa conclusão pode se confirmar mais ainda, ao se levar em consideração o fato de que os próprios órgãos regulatórios se beneficiam de economias de escala nas atividades de regulação, o que não se verificaria *a priori* nas hipóteses das agências municipais. Em outras palavras, recomenda-se uma escala maior do que a local para a regulação do saneamento por razões relacionadas à qualidade regulatória e à possibilidade de redução dos próprios valores das tarifas (já que o custo regulatório, em virtude de uma maior escala nas atividades, seriam menor.” (RAGAZZO, **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**, p.395-395).

**Figura 8: Desenho da governança por operação estatal direta**



Por outro lado, a dificuldade para a definição do desenho da governança do serviço público de saneamento básico não se limita à complexidade decorrente do aumento da incerteza na prestação e do grau de especificidade dos ativos de infraestrutura. É também necessário observar que os mecanismos de governança indireta relacionados na tabela 4, não se esgotam nas hipóteses nela discriminadas.

Nesse sentido, há a possibilidade de realização de ajustes intermediários em cada um dos mecanismos inicialmente escolhidos<sup>187</sup>. Isto se deve porque a Lei nº 11.445/2007 e o seu regulamento permitem a contratação, pelo titular do serviço público, de atividades interdependentes com mais de um prestador (desverticalização), sendo que a relação entre as atividades de um prestador e outro, conforme as figuras 2 e 3, é regulada por contrato (item 3.2.4).

Assim, na operação direta pelo titular, isto é, quando realizada a prestação do serviço público de saneamento básico mediante hierarquia pública, há a possibilidade de contratação de atividades específicas da prestação com particulares, não ficando o titular do serviço necessariamente responsável pela operação direta do serviço público de saneamento básico integralmente verticalizada. Da mesma forma, o titular pode conceder as atividades interdependentes a distintos prestadores, sendo que a relação entre estes será regulada por contrato.

É o caso, por exemplo, de uma parceria público-privada realizada mediante uma concessão administrativa regida pela Lei nº 11.079/2004, na qual o titular do serviço público contrata a construção, operação, financiamento e manutenção de um determinado ativo

---

<sup>187</sup> JOSKOW, **Asset specificity and the structure of vertical relationships: empirical evidence**, Journal of Law, Economics, and Organization, p. 99

específico com um particular<sup>188</sup> (p. ex., infraestrutura para reservação, captação, adução ou tratamento de água bruta), sendo que, por força da lei mencionada, o contrato é necessariamente um acordo de longo prazo, com as características das formas híbridas de governança.

No mesmo sentido ocorre com o caso do arranjo 3 da tabela 4, onde a prestação é realizada mediante uma delegação por contrato de programa a órgão, autarquia, fundação de direito público, consórcio público, empresa pública ou sociedade de economia mista estadual, do Distrito Federal, ou municipal. Estes prestadores delegados podem utilizar mecanismos contratuais regulados pela Lei nº 11.079/2004 ou da Lei nº 8.987/1995 para a contratação de parcelas do serviço público que foi delegado a tais entes mediante contrato de programa.

No caso da contratação de entes privados por meio das Leis nº 8.987/1995 e 11.079/2004, os ajustes intermediários realizados pelas hierarquias privadas contratadas ocorrem tanto por meio de subconcessões de atividades interdependentes ou contratações de terceiros em regime de direito privado, para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados<sup>189</sup>.

Em todos os casos, entretanto, há uma dependência da qualidade e do custo das salvaguardas contratuais para que a contratação ou subcontratação seja realizada. Se houver ganhos líquidos, o desenho custo-eficiente da governança permitirá o investimento em ativos específicos por meio da utilização contratos de longo prazo. Caso contrário, a operação por hierarquia pública será o resultado do alinhamento discriminante entre as dimensões das transações e as estruturas de governança possíveis.

### *3.1.5.3. Regulação*

O regulamento da Lei nº 11.445/2007 define regulação, no saneamento básico, como todo e qualquer ato que discipline ou organize determinado serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impacto socioambiental, direitos e obrigações dos usuários e dos responsáveis pela oferta ou prestação, fixação e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos, para atingir objetivos de promover a adequada, eficiente e eficaz

---

<sup>188</sup> Caso semelhante foi o do Metrô de Londres, onde a London Underground Ltd. realizou um contrato de longo prazo com o consórcio Seeboard Powerlink para terceirizar a operação, a manutenção, o financiamento e a renovação da sua rede elétrica de alta tensão. (LITTLECHILD, Stephen C. **Competitive bidding for a long-term electricity distribution contract**. Review of Network Economics, Vol. 1, Issue 1, March 2002)

<sup>189</sup> BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, op. cit., arts. 25 e 26

prestação, com o cumprimento de metas, prevenindo o abuso do poder econômico e assegurando o equilíbrio entre direitos patrimoniais do prestador, modicidade das tarifas e apropriação social dos ganhos de produtividade<sup>190</sup>.

Ainda no regulamento são definidas as atividades através das quais a regulação é exercida pelo poder público. São elas a interpretação e fixação de critérios de execução dos contratos e dos serviços e para a correta administração de subsídios<sup>191</sup>.

A regulação é função do poder público exercida obrigatoriamente nos casos de prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário por contrato<sup>192</sup>, tendo como condições para o exercício da função de regulação no saneamento básico a observância dos princípios da independência decisória (autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora), transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões<sup>193</sup>. Pode ser delegada pelo titular do serviço público a entidade reguladora existente no território do Estado onde o serviço é prestado<sup>194</sup>, devendo o ato de delegação definir a forma de atuação e abrangência das atividades a serem exercidas pelo titular da função e pela entidade que receber a delegação para o seu exercício<sup>195</sup>.

A lei estabelece medidas para a correção de assimetria de informações na prestação e na regulação<sup>196</sup>. Podem ser citadas, nesse sentido, a obrigação de o prestador fornecer à entidade

---

<sup>190</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.217**, de 21 de junho de 2010, art. 2º, II, e art. 27, I a IV; BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, op. cit., art. 22, I a IV.

<sup>191</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.217**, de 21 de junho de 2010, art. 27, parágrafo único.

<sup>192</sup> BRASIL. **Lei nº 11.445**, de 5 de janeiro de 2007, art. 11, III.

<sup>193</sup> BRASIL. **Lei nº 11.445**, de 5 de janeiro de 2007, art. 21, I e II.

<sup>194</sup> Consoante sustenta Ragazzo, o “saneamento é um setor que demanda uma estrutura regulatória e fiscalizatória de custo relevante, não prescindindo, a rigor, de estruturas independentes e altamente técnicas para levar adiante essa função. Os custos administrativos e de recursos humanos (incluindo-se aí a capacitação e a manutenção dos quadros) podem inclusive recomendar um desestímulo ao crescente movimento de instituições regulatórias, nos moldes de agências reguladoras, que estão sendo ou foram criadas no âmbito municipal. E essa conclusão pode se confirmar mais ainda, ao se levar em consideração o fato de que os próprios órgãos regulatórios se beneficiam de economias de escala nas atividades de regulação, o que não se verificaria *a priori* nas hipóteses das agências municipais. Em outras palavras, recomenda-se uma escala maior do que a local para a regulação do saneamento por razões relacionadas à qualidade regulatória e à possibilidade de redução dos próprios valores das tarifas (já que o custo regulatório, em virtude de uma maior escala nas atividades, seriam menor.” (RAGAZZO, **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**, p.395-395).

<sup>195</sup> BRASIL. **Lei nº 11.445**, de 5 de janeiro de 2007, art. 23, § 1º

<sup>196</sup> Ragazzo, a respeito da divulgação de informações como tendência administrativo-regulatória, acentua que “transparência não é meramente publicidade (no sentido específico de publicação dos atos governamentais, seja decisões, decretos etc.)”. Segundo o autor, “para que se possa de fato elaborar um novo conceito de transparência, é indispensável associá-la à *accountability*. (...) o conjunto de modos variados de prestação de contas, pelo governo, à sociedade e a outros órgãos de controle.” Nesse sentido, “A transparência envolve uma obrigação do agente público no sentido de tornar acessível aos órgãos de controle os objetivos motivos e fundamentos das políticas públicas. A transparência é relevante para todos os tipos de controle, independentemente da sua função específica (judicial, financeiro, desempenho, etc.), servindo até mesmo para indicar quais os limites do controle, a fim de evitar superposição ou deficiência. Não é errado supor que as informações, mais cedo ou mais tarde, venham a público, o que inclui as razões para a tomada de decisão governamental. Assim, a transparência contínua (e não posterior) de todo o processo decisório seria a melhor forma de reduzir as barreiras de informação que normalmente

reguladora dados necessários para a adequada regulação, bem como a garantia de acesso a qualquer do povo aos relatórios, estudos, decisões e instrumentos equivalentes que se refiram à regulação e à fiscalização dos serviços, aos direitos e deveres de prestadores e usuários, independentemente da existência de interesse direto<sup>197</sup>.

Apesar das condições legais para o exercício da função de regulação no saneamento básico indicarem que a entidade responsável seja uma agência independente, sem vínculo hierárquico com a administração direta do poder concedente, nos moldes geralmente reconhecidos na doutrina<sup>198</sup>, o regulamento da lei não é preciso a este respeito ao admitir que a regulação possa ser realizada por “qualquer outro órgão”<sup>199</sup>.

De outro lado, conforme a tabela 2 (item 2.7), os contratos de longo prazo utilizados para realizar a governança de transações envolvendo ativos específicos (como no caso dos contratos de concessão) são do tipo neoclássico, os quais exigem uma governança trilateral. Assim, o referencial teórico sugere a necessidade da existência de agência reguladora *independente* para que, nos casos de falta de consensualidade entre contratante e contratado,

---

prejudicam os mecanismos de controle, tendo ainda o benefício de gerar menor risco de instabilidade. ” (RAGAZZO, **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**, p. 49-50).

<sup>197</sup> BRASIL. **Lei nº 11.445**, de 5 de janeiro de 2007, art. 26.

<sup>198</sup> Nesse sentido, observa Aragão: “Mais sensível, pelo maior número de pontos de contato e pela tradicional ideia de subordinação hierárquica ao Chefe do Governo de todos os agentes do aparato administrativo, é a afirmação da independência das agências reguladoras frente ao Chefe do Poder Executivo e aos agentes a ele subordinados. Note-se que cabe falar apenas em autonomia das agências em relação ao Chefe do Poder Executivo (e aos seus subordinados), não em relação ao Poder Executivo em si, uma vez que as agências reguladoras, como autarquias que são, fazem parte do próprio Poder Executivo, não em sua feição napoleônica, mas em seu atual perfil organizacional pluralista.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 341). Acompanha o entendimento de Aragão, Marques Neto: “O terceiro e último aspecto a ser destacado é que estamos diante de autoridades reguladoras dotadas de *independência*. (...) “O traço essencial de tais organismos é naturalmente a sua autonomia ou independência dos respectivos membros. Não estão organicamente integrados na administração ordinária do Estado, nem estão sujeitos a orientações ou controle governamental quanto à condução de sua atividade. ”. Trata-se de uma decorrência daquele requisito de neutralidade da regulação que acima divisemos. Como afirma Sala Arquer “la independencia es la garantía de la neutralidade”. (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 67). Ainda a respeito da independência no exercício da função de regulação, Sérgio Guerra, ao aplicar o princípio da proporcionalidade na linha teórica de Alexy, divide a verificação de adequação de medidas legislativas atinentes à instituição de modelos de intervenção reguladora do Estado em três esferas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), e sustenta que o padrão regulador de agências *independentes* é o *meio* adequado para os  *fins* perseguidos em matéria de regulação de atividades econômicas em sentido lato, os quais estão estabelecidos na Constituição Federal. (GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 2ª edição, revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 283-287). Por fim, Ragazzo, no contexto específico do saneamento básico, argumenta o seguinte: “A agência é um organismo autônomo e independente talhado para regular as variáveis econômicas (...) garantindo ainda o cumprimento das obrigações e das metas acordadas, podendo, para tanto, impor sanções. Complementando o modelo de regulação por processos, a agência não só monitora o contrato (de concessão ou programa), mas viabiliza um fórum que tem preocupação em aumentar transparência e *accountability*, permitindo a instituição de mecanismos de participação popular (que são relevantes não só para garantir a adequação do serviço, como também porque representam uma forma menos custosa de fiscalização). (RAGAZZO, **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**, p. 390-391).

<sup>199</sup> BRASIL. **Decreto nº 7.217**, de 21 de junho de 2010, art. 2º, IV.

sejam os conflitos decididos com eficiência (reduzindo eficazmente os custos de transação). Estes critérios para a definição terceira via decisória são justificados, sob a perspectiva da Economia dos Custos de Transação, pela especialização e capacidade que agências reguladoras *independentes* têm para solucionar as controvérsias técnicas, bem como por serem melhor direcionadas à continuidade dos contratos de longo prazo.

Conforme será visto, a divergência entre as condições estabelecidas para o exercício da função de regulação *independente* na lei e no seu regulamento por decreto dá ensejo a uma fragilidade no ambiente institucional que, por sua vez, pode interferir no desenho de governança resultante para o setor e no desempenho dos investimentos em ativos de infraestrutura necessários à prestação do serviço público de saneamento básico.

### *3.2. Avaliação das possibilidades de desenho da governança da prestação de saneamento básico na Lei nº 11.445/2007, segundo os standards teóricos da Economia dos Custos de Transação*

Segundo as proposições teóricas da Economia dos Custos de Transação, a definição do desenho da governança de determinadas transações parte do alinhamento discriminante, que é o alinhamento realizado entre as dimensões das transações (especificidade dos ativos, frequência e incerteza) e os atributos e custos dos diversos mecanismos institucionalmente viáveis segundo as condições do ambiente institucional básico.

Os mecanismos de governança utilizados para reduzir custos de transação e promover a cooperação entre os agentes envolvidos na relação econômica estabelecida são, portanto, variáveis dependentes das dimensões das transações necessárias para a organização da atividade econômica, considerando também a viabilidade estabelecida no ambiente institucional básico.

Os dados descritos no item 3.2.3 demonstram uma variedade de desenhos possíveis para serem adotados de acordo com as necessidades de investimentos em ativos específicos ao serviço público de saneamento básico no país, de forma a sugerir que o desenho da governança do saneamento básico pode ter distintas configurações no território nacional.

Enquanto em alguns casos a prioridade é o controle do uso de recursos hídricos disponíveis, em outros casos a prioridade é a própria disponibilização de infraestrutura necessária à reserva de água bruta para que infraestruturas de distribuição possam ser construídas, tornando possível a universalização do acesso ao serviço.

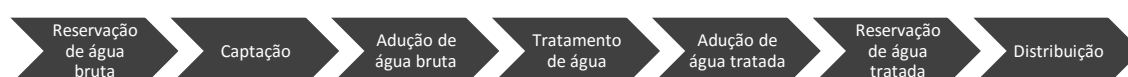
Tais peculiaridades, embora deem ensejo a investimentos em ativos específicos de qualquer modo, não deveriam conduzir à mesma escolha de governança, consoante o referencial teórico. De outra forma, pode-se dizer que problemas distintos exigem medidas distintas para se chegar a resultados com ganhos líquidos.

Seguem adiante os possíveis desenhos de governança para a prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil, considerando o disposto na Lei nº 11.445/2007 e os *standards* teóricos da Economia dos Custos de Transação.

### 3.2.1. Investimentos em ativos específicos geram incentivos à governança por hierarquias (públicas ou privadas)

Sendo uma cadeia industrial verticalizada, na qual são criadas dependências mútuas em cada uma das etapas do serviço público, há no caso a geração de incentivos para a integração vertical, com um prestador para todas as atividades discriminadas no regulamento da Lei n. 11.445/2007. A primeira configuração do sistema de saneamento é a de que a melhor governança seria a realizada através de *uma* hierarquia pública (figuras 7 ou 8) abrangendo as seguintes atividades:

**Figura 9: Integração vertical com operação pública dos Serviços públicos de Abastecimento de Água**



**Figura 10: Integração vertical com operação pública dos Serviços públicos de Esgotamento Sanitário**



Todavia, este tipo de alinhamento discriminante entre dimensões de transações e mecanismos de governança, embora seja positivo para incentivar a realização dos investimentos em infraestrutura necessários à prestação do serviço público, cria problemas relacionados à

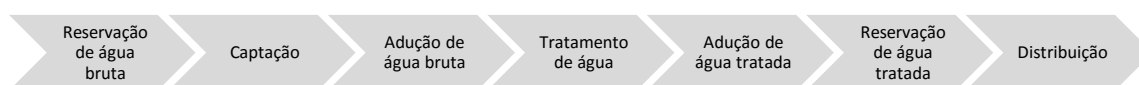
manutenção e atualização das redes de infraestrutura necessárias à prestação dos serviços. Em outras palavras, nesta configuração não há incentivos para a atualização em face de mudanças exógenas relacionadas à operação do sistema, ocorridas após a construção das infraestruturas.

Caso seja adotada uma verticalização com operação totalmente estatal, identificada aqui por operação do titular do serviço (municípios) ou, de modo equiparado, por uma companhia estadual de saneamento básico, em tese teríamos muito controle e poucos incentivos para a realização dos investimentos relacionados à atualização e manutenção do sistema em longo prazo.

O titular do serviço público ou delegado estatal eliminaria todos os custos de transação de uma concessão a prestador(es) privado(s), reduzindo drasticamente os riscos de conflitos decorrentes de situações imprevistas na contratação, e teria o *controle* sobre as metas da política pública, incluindo proteção ao meio ambiente (pela prestação do serviço de esgotamento sanitário), universalização do acesso (pelo atendimento a todos os usuários, independentemente da capacidade de pagamento), e pela gestão dos recursos hídricos. Não haveria, de outro lado, incentivos para a manutenção da prestação com a atualização das redes de infraestruturas.

Do lado oposto à operação estatal verticalizada, há a possibilidade da concessão integral do serviço público a *um* operador privado (figura 6), uma forma híbrida de governança mais próxima ao mercado que pecaria pelo excesso de incentivos e pela diminuição do controle sobre a execução da política pública através da prestação do serviço.

**Figura 11: Integração vertical com operação privada dos Serviços públicos de Abastecimento de Água**



**Figura 12: Integração vertical com operação privada dos Serviços públicos de Esgotamento Sanitário**



Neste caso, o prestador privado teria interesse em aumentar o consumo de água seletivamente, e não teria interesse em prestar de forma sustentável o serviço de esgotamento sanitário, pois o total das suas receitas seria proporcional à tarifa da água consumida e não ao



serviço de esgoto prestado. Além do mais, não haveria incentivos à expansão para a prestação do serviço a populações com baixa capacidade de pagamento. Portanto, na concessão integral do serviço público a um prestador privado há o risco de não cumprimento dos princípios fundamentais da Lei nº 11.445/2007 e das metas da política pública.

Em ambos os casos de integração vertical, isto é, verticalização com operação totalmente pública ou totalmente privada, a redução dos custos de transação para realização dos investimentos em ativos de infraestrutura necessária à prestação do serviço pode não gerar ganhos líquidos para a política pública de saneamento básico, pois há uma tendência a dissipação dos ganhos transacionais para a realização dos investimentos em ativos específicos gerados pela integração vertical, manifestada na ineficiência na operação, baixa expansão e desvio dos ganhos para fora do setor<sup>200</sup>, com a necessidade de aumento dos custos de governança (regulação) para corrigir tais disfunções.

### *3.2.2. Salvaguardas contratuais e desverticalização em formas híbridas de governança podem reduzir custos de transação com ganhos líquidos*

A segunda configuração para os sistemas de saneamento básico é caracterizada pela desverticalização das atividades interdependentes por meio de salvaguardas contratuais, com o fim de assegurar os investimentos em ativos específicos necessários para o cumprimento das metas da política pública de saneamento básico, assim definidas pelo conjunto de princípios fundamentais do art. 2º da Lei nº 11.445/2007.

O desenho da governança, neste caso, é composto por formas híbridas, com a definição de prestadores diversos e espécies de contratos distintos para cada etapa da cadeia industrial, considerando para isso os ganhos finais que a intervenção geraria em todo o processo e segundo as peculiaridades de cada local.

Assim, a governança seria definida a partir do seguinte *dégradé* representativo de graus distintos de intervenção, indicando as partes mais escuras maior tendência de intervenção e as partes mais claras uma menor tendência à intervenção do poder concedente:

---

<sup>200</sup> SALGADO, Lúcia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (editores). **Regulação e concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência**. Rio de Janeiro: IPEA, 2007, p. 188.

**Figura 13: Formas híbridas na governança do Serviços Públicos de Abastecimento de Água – desverticalização com operação pública ou privada**



**Figura 14: Formas híbridas na governança do Serviços Públicos de Esgotamento Sanitário – desverticalização com operação pública ou privada**



A maior intervenção estatal sobre os investimentos em ativos de infraestrutura a montante (governança das figuras 7 ou 8) asseguraria a gestão eficiente dos recursos hídricos por meio da garantia de disponibilidade onde há escassez e do controle do uso onde há disponibilidade da água bruta fornecida para os distintos prestadores nas etapas seguintes<sup>201</sup>. Tal intervenção a montante além de facilitar a articulação do saneamento com outras esferas regulatórias, relativas as competências para a gestão dos recursos hídricos, incentiva a realização de investimentos para a expansão da rede de distribuição e para a redução de perdas com a introdução de tecnologias inovadoras pelos prestadores privados das etapas seguintes (governança da figura 6) e até mesmo pelos usuários.

Além disso, a existência de dependências recíprocas entre os distintos prestadores privados na cadeia pode constituir uma salvaguarda informal na medida em que ações oportunistas de um tendem a ser objeto de posterior retaliação pelo outro prestador. Tal salvaguarda, portanto, reduz o custo da governança ao adequar o seu desenho ao processo decisório representado na Figura 1 (item 2.5.1).

Por outro lado, a maior intervenção estatal à jusante, no tratamento dos esgotos e na disposição final, proporciona o controle do volume de esgoto produzido em função da água

<sup>201</sup> De acordo com o art. 1º, da Lei nº 9.433/1997, a água é um bem de domínio público, limitado, dotado de valor econômico, com prioridade de uso para consumo humano e a dessedentação de animais em casos de escassez. A utilização da água é regulada, podendo, inclusive, ocorrer a cobrança pelo seu uso, nos termos do art. 5º, da Lei nº 9.433/1997.

bruta fornecida, assegurando que o prestador privado não tenha incentivos para investir somente nas etapas menos onerosas do serviço (abastecimento de água), bem como não tenha incentivos para compensar as perdas na distribuição de água com as receitas do serviço de esgotamento sanitário não prestado aos usuários.

Todavia, para que a governança por formas híbridas com salvaguardas contratuais proporcione ganhos líquidos em relação à operação integralmente estatal, especialmente com incentivos para a realização de investimentos em ativos de infraestrutura específicos, é necessária maior qualidade do ambiente institucional (regulação, poder judiciário, arbitragem, etc.) que eventualmente componham a estrutura de governança utilizada concretamente, o que nem sempre ocorre dada a diferença existente entre as características locais onde o serviço público é organizado.

#### **4. OS DESENHOS DE GOVERNANÇA DO SERVIÇO PÚBLICO DE SANEAMENTO BÁSICO PRATICADOS NO BRASIL E OS INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA PARA A SUA PRESTAÇÃO**

No capítulo anterior, viu-se a estrutura legal e a governança do saneamento básico no Brasil em dois momentos: na política nacional dos governos militares e na Lei nº 11.445/2007. A análise foi realizada com o objetivo de identificar quais os desenhos de governança de aplicação possível segundo o ordenamento jurídico, avaliando as alternativas legais a partir dos *standards* teóricos da Economia dos Custos de Transação.

Neste capítulo, por sua vez, serão apontados os dados a partir dos quais foram identificados os desenhos da governança predominantemente praticados no Brasil, os quais provavelmente contribuem para o baixo desempenho dos investimentos em infraestrutura necessários ao cumprimento dos princípios fundamentais do art. 2º, da Lei nº 11.445/2007, como, por exemplo, a gestão eficiente dos recursos hídricos, fomento à moderação do consumo, garantia da proteção ao meio ambiente, sustentabilidade econômico e financeira, universalização do acesso e observância da capacidade de pagamento dos usuários.

Este capítulo, por fim, utilizará as proposições da Economia dos Custos de Transação e dos seus recentes desenvolvimentos teóricos na denominada *Transaction Cost Regulation* para refletir se existem alternativas de governança viáveis entre aquelas disponíveis no direito positivo e quais as limitações institucionais determinantes para a realização destas alternativas para a consequente melhoria do desempenho dos investimentos em ativos específicos ao serviço público de saneamento básico no Brasil.

##### *4.1. Alguns dados sobre o serviço público de saneamento básico no Brasil*

Em novembro de 2013, seis anos após a sanção do atual marco regulatório do saneamento básico no Brasil, foi sancionado o Decreto nº 8.141, através do qual se aprovou o Plano Nacional de Saneamento Básico<sup>202</sup>.

---

<sup>202</sup> BRASIL, Ministério das Cidades. **Plano Nacional de Saneamento Básico**, Acesso em: 13/11/2014.

O plano tem um diagnóstico completo do setor, abrangendo todos os aspectos descritos no §2º, do artigo 52, da Lei nº 11.445/2007<sup>203</sup>, destacando-se a informação relativa aos percentuais de atendimento adequado, precário e não atendimento pelo serviço. Os dados apresentados demonstram a importância das metas de universalização do acesso para a orientação das decisões a serem tomadas durante a execução da política pública em referência.

Segundo o diagnóstico do Plano Nacional de Saneamento Básico, somente 59,4% da população brasileira possui atendimento adequado ao serviço de fornecimento de água tratada. Do total pesquisado, 33,9% tem atendimento precário e 6,8% da população não é atendida por este serviço. Em relação ao serviço de esgotamento sanitário, 39,7% da população brasileira é atendida adequadamente, 50,7% tem atendimento precário e 9,6% não é atendida.

**Tabela 5: Atendimento adequado e déficit de acesso atuais ao saneamento básico**

Componente	Atendimento Adequado	Déficit	
		Atendimento Precário	Sem Atendimento
<b>Abastecimento de Água</b>	59,4%	33,9%	6,8%
<b>Esgotamento Sanitário</b>	39,7%	50,7%	9,6%

Fonte: SNIS, Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto - 2013

Para a qualificação da situação da população em relação ao atendimento do serviço público foram utilizados os critérios da tabela abaixo<sup>204</sup>:

<sup>203</sup> Art. 52. A União elaborará, sob a coordenação do Ministério das Cidades: I - o Plano Nacional de Saneamento Básico - PNSB que conterá: a) os objetivos e metas nacionais e regionalizadas, de curto, médio e longo prazos, para a universalização dos serviços de saneamento básico e o alcance de níveis crescentes de saneamento básico no território nacional, observando a compatibilidade com os demais planos e políticas públicas da União; b) as diretrizes e orientações para o equacionamento dos condicionantes de natureza político-institucional, legal e jurídica, econômico-financeira, administrativa, cultural e tecnológica com impacto na consecução das metas e objetivos estabelecidos; c) a proposição de programas, projetos e ações necessários para atingir os objetivos e as metas da Política Federal de Saneamento Básico, com identificação das respectivas fontes de financiamento; d) as diretrizes para o planejamento das ações de saneamento básico em áreas de especial interesse turístico; e) os procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações executadas; (...) § 1º O PNSB deve: I - abranger o abastecimento de água, o esgotamento sanitário, o manejo de resíduos sólidos e o manejo de águas pluviais e outras ações de saneamento básico de interesse para a melhoria da salubridade ambiental, incluindo o provimento de banheiros e unidades hidrossanitárias para populações de baixa renda; II - tratar especificamente das ações da União relativas ao saneamento básico nas áreas indígenas, nas reservas extrativistas da União e nas comunidades quilombolas.

<sup>204</sup> BRASIL, **Plano Nacional de Saneamento Básico**, p. 27

**Tabela 6: Critérios de qualificação do atendimento adequado e déficit de acesso no PLANSAB**

Componente	Atendimento Adequado	Déficit	
		Atendimento Precário	Sem Atendimento
<b>Abastecimento de Água</b>	- Fornecimento de água potável por rede de distribuição ou por poço, nascente ou cisterna, com canalização interna, em qualquer caso sem intermitências (paralisações ou interrupções).	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Dentre o conjunto com fornecimento de água por rede e poço ou nascente, a parcela de domicílios que:</li> <li>– Não possui canalização interna;</li> <li>– recebe água fora dos padrões de potabilidade;</li> <li>– tem intermitência prolongada ou racionamentos.</li> <li>– Uso de cisterna para água de chuva, que forneça água sem segurança sanitária e, ou, em quantidade insuficiente para a proteção à saúde.</li> <li>– Uso de reservatório abastecido por carro pipa.</li> </ul>	Todas as situações não enquadradas nas definições de atendimento e que se constituem em práticas consideradas inadequadas (2)
<b>Esgotamento Sanitário</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Coleta de esgotos, seguida de tratamento;</li> <li>– Uso de fossa séptica(1)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Coleta de esgotos, não seguida de tratamento;</li> <li>– Uso de fossa rudimentar.</li> </ul>	

(1) Por “fossa séptica” pressupõe-se a “fossa séptica sucedida por pós-tratamento ou unidade de disposição final, adequadamente projetados e construídos”.

(2) A exemplo de ausência de banheiro ou sanitário; coleta de água em cursos de água ou poços a longa distância; fossas rudimentares; lançamento direto de esgoto em valas, rio, lago, mar ou outra forma pela unidade domiciliar; coleta indireta de resíduos sólidos em área urbana; ausência de coleta, com resíduos queimados ou enterrados, jogados em terreno baldio, logradouro, rio, lago ou mar ou outro destino pela unidade domiciliar.

Conforme se observa, a avaliação oficial do déficit relativo ao saneamento básico no Brasil adotou uma “maior amplitude conceitual”, contemplando, consoante o Plano Nacional de Saneamento Básico, “além da infraestrutura implantada, os aspectos socioeconômicos e culturais e, também, a qualidade dos serviços ofertados ou da solução empregada”<sup>205</sup>.

Tal avaliação tem o mérito de apresentar dados mais fidedignos à realidade, com um diagnóstico mais preciso, capaz de fornecer elementos mais detalhados para a elaboração das alternativas de governança a serem utilizadas por região ou localidade em função das variáveis

<sup>205</sup> BRASIL, **Plano Nacional de Saneamento Básico**, p. 25

necessidades de investimentos em ativos para a universalização do acesso e para cumprimento das demais metas relativas ao serviço público em questão<sup>206</sup>.

Com a exclusão das situações descritas na coluna 2 da tabela, constata-se que existe a necessidade de realização de investimentos em ativos para a universalização do acesso em virtude do atendimento precário ou inexistente. No entanto, tal constatação, por si só, não oferece dados suficientes para definir a forma como tais investimentos serão realizados, porque as situações definidas na coluna 2 também demandam investimentos para a manutenção da qualidade do acesso universal, sob pena de ocorrer a precarização na prestação do serviço público, com a consequente redução dos índices de atendimento adequado.

Um outro dado relevante para o presente estudo diz respeito à caracterização da prestação em relação às regiões do país.

Segundo o diagnóstico do Plano Nacional de Saneamento Básico, enquanto “os domicílios da região norte, proporcionalmente utilizam mais água bruta proveniente de poço ou nascente com canalização interna para suprir suas necessidades, provavelmente por ter a implantação de redes dificultada pelo número de comunidades com habitações muito esparsas”, os das regiões sul e sudeste são os que exibem a maior proporção com canalização interna ligados à rede geral”<sup>207</sup>.

A pior situação geral, segundo o diagnóstico oficial, é das regiões nordeste e norte, sendo que naquela região há o maior número absoluto de pessoas com atendimento inadequado, enquanto na região norte a situação é pior do ponto de vista relativo, em termos percentuais.

Ainda que seja possível estabelecer uma comparação entre regiões, o Plano Nacional de Saneamento Básico informa também que “as macrorregiões do País não são geograficamente homogêneas, apresentando diversidades que devem ser consideradas (...), a exemplo da realidade do Nordeste, com suas diferenciações no ciclo hidrológico e fontes de abastecimento de água do litoral e do semiárido”<sup>208</sup>. As diferenças entre regiões e nas regiões podem ser observadas nos mapas abaixo.

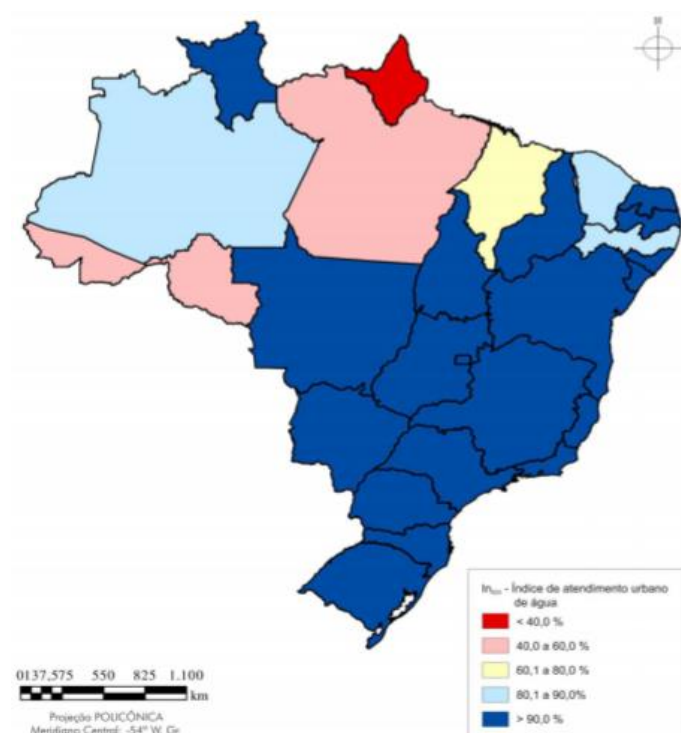
---

<sup>206</sup> Segundo o Plano Nacional de Saneamento Básico, “a despeito da fragilidade de algumas informações coletadas pelos levantamentos atuais (...) entende-se que o conceito inovador de déficit traz grande importância à sua real caracterização, no sentido de prover uma visão mais realista e que não se atenha apenas à infraestrutura implantada e sua dimensão quantitativa, além de possibilitar seu aperfeiçoamento ao longo da implementação do Plansab.” (BRASIL, **Plano Nacional de Saneamento Básico**, p. 26)

<sup>207</sup> BRASIL, **Plano Nacional de Saneamento Básico**, p. 29

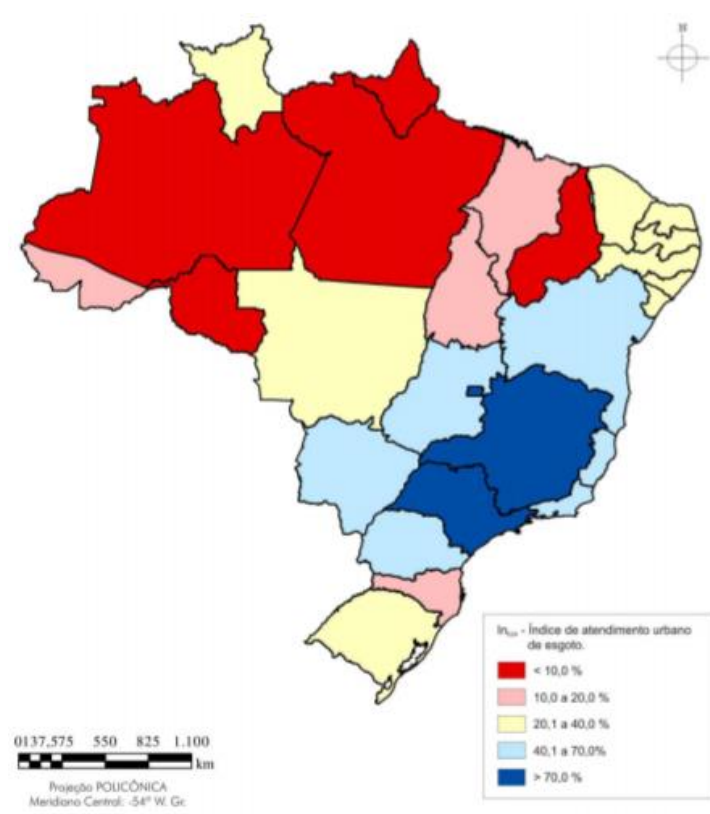
<sup>208</sup> BRASIL, **Plano Nacional de Saneamento Básico**, p. 31

**Figura 15: Índice de atendimento urbano de água**



Fonte: SNIS, Diagnóstico 2013

**Figura 16: Índice de atendimento urbano de esgoto**



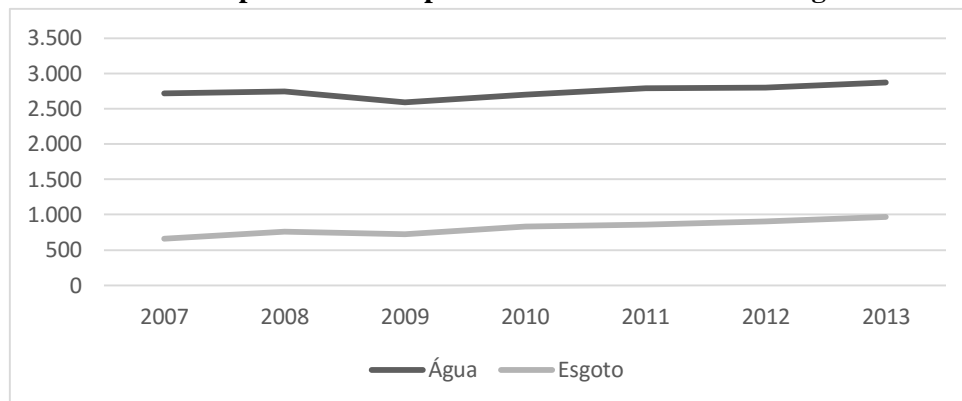
Fonte: SNIS, Diagnóstico 2013



Apesar das diferenças inter e intrarregionais, predomina ainda no Brasil, com adaptações formais, a governança do serviço público de saneamento básico por meio das estruturas instituídas nas décadas de 1960-1970, como parte da antiga política nacional de saneamento básico. As CESBs atendem os municípios nos territórios dos respectivos Estados mediante delegação por contratos de programa firmados com os poderes locais, operando na maioria dos casos os serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário (quanto prestado), de forma verticalizada (figuras 9 e 10).

Conforme é possível observar no gráfico abaixo, a permanência de tal desenho de governança no serviço público de saneamento básico é estável, sem tendência de mudanças:

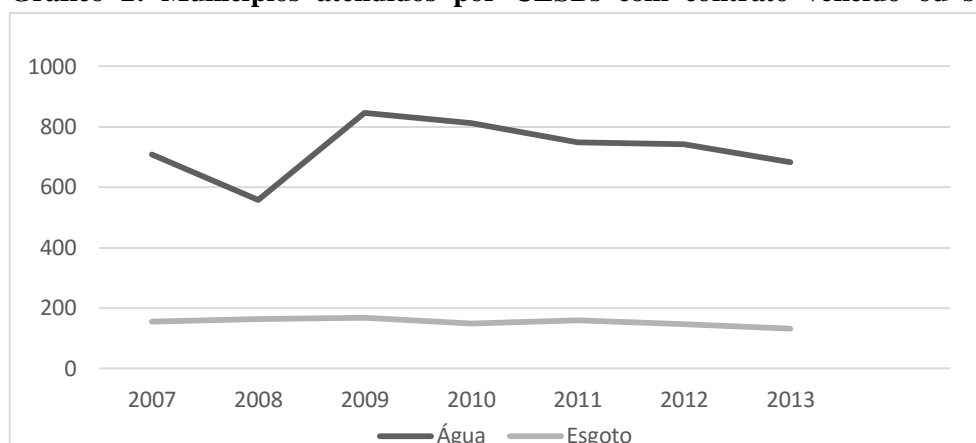
**Gráfico 1: Municípios atendidos por CESBs com contrato em vigor entre 2007 e 2013**



**Fonte: SNIS, Aplicativo Série Histórica**

Além dos municípios atendidos com contratos de programa vigentes, há também uma grande quantidade de municípios atendidos pelas CESBs com contratos de delegação vencidos ou sem contrato:

**Gráfico 2: Municípios atendidos por CESBs com contrato vencido ou sem contrato**

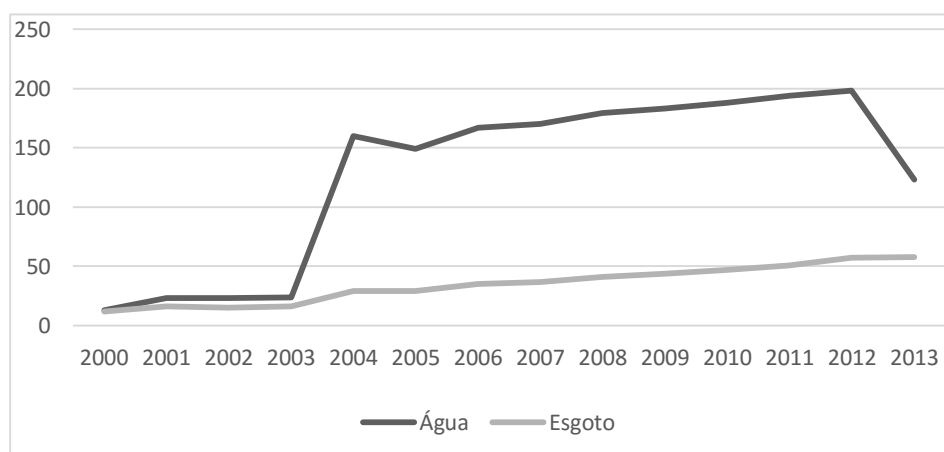


**Fonte: SNIS, Aplicativo Série Histórica**

Há uma tendência de queda na prestação dos serviços de abastecimento de água sem contratos ou com contratos vencidos, o mesmo não correspondendo aos serviços de esgotamento sanitário, que contam com estabilidade e em nível muito abaixo da prestação de serviços de abastecimento de água.

Tal tendência de queda na prestação precária de serviços de abastecimento de água pelas CESBs, todavia, não indica necessariamente que a mesma esteja sendo regularizada, pois há um interesse de empresas privadas pela aquisição de ativos de sistemas locais de saneamento, na maioria dos casos relativos aos serviços de abastecimento de água, em alguns casos verticalizando os serviços de água e esgoto. Em poucos casos há o interesse exclusivo pelos serviços de esgoto, conforme é possível observar no gráfico abaixo:

**Gráfico 3: Municípios atendidos por empresas privadas com contrato em vigor**

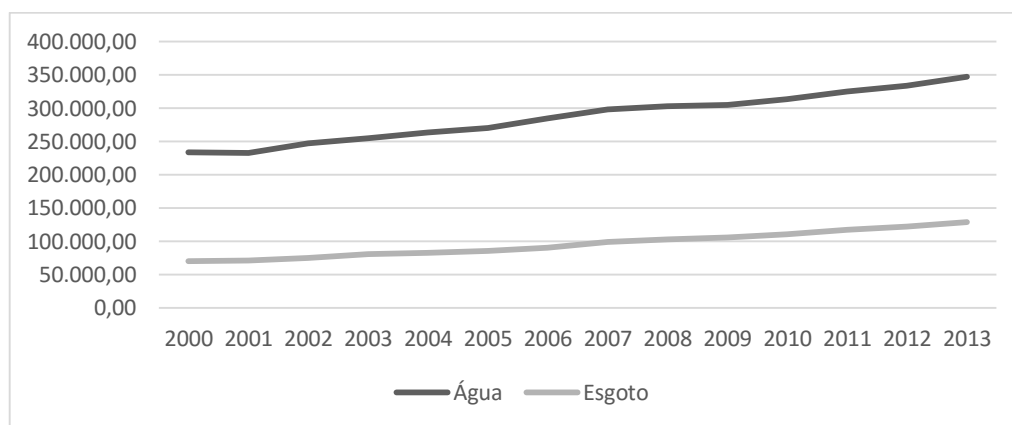


**Fonte: SNIS, Aplicativo Série Histórica**

A queda na quantidade de municípios atendidos por empresas privadas em relação ao serviço público de abastecimento de água, entre os anos de 2012 e 2013, refere-se à devolução dos sistemas de abastecimento de água pela empresa SANEATINS, prestadora regional privada no Estado de Tocantins.

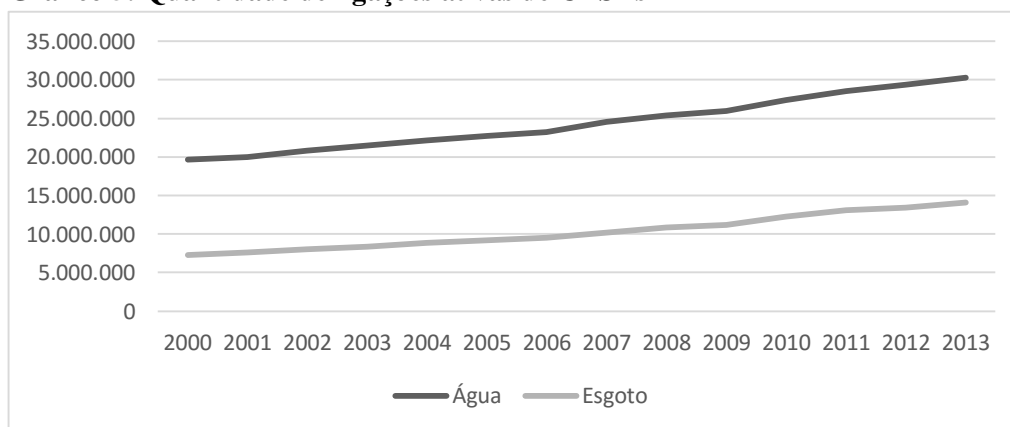
Em relação às redes de distribuição de água e coleta de esgoto e ligações, vê-se um aumento progressivo no caso das companhias estaduais de saneamento. Todavia, os números podem ser questionados porque os dados que compõem o SNIS são fornecidos pelos próprios prestadores.

**Gráfico 4: Extensão da rede de CESBs (KM)**



**Fonte: SNIS, Aplicativo Série Histórica**

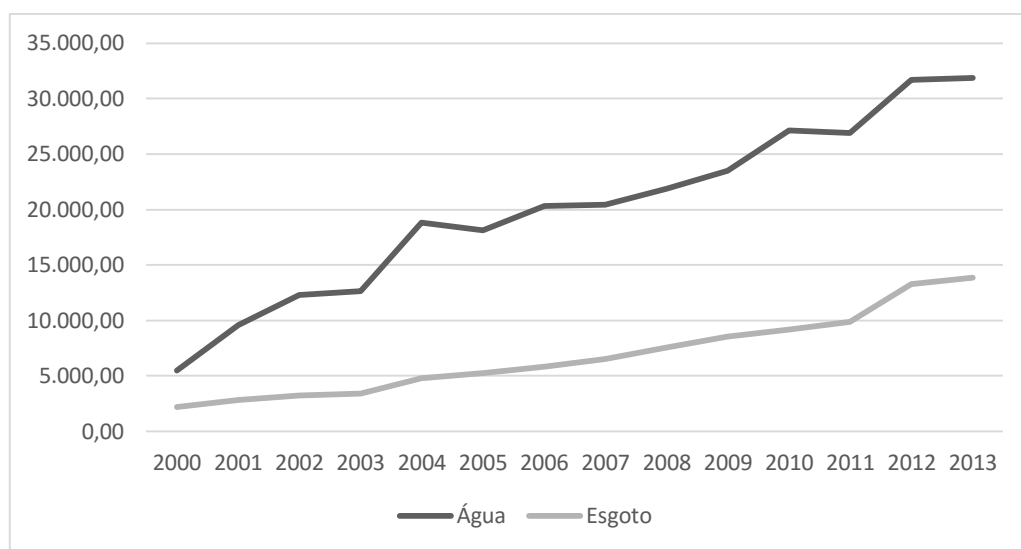
**Gráfico 5: Quantidade de ligações ativas de CESBs**



**Fonte: SNIS, Aplicativo Série Histórica**

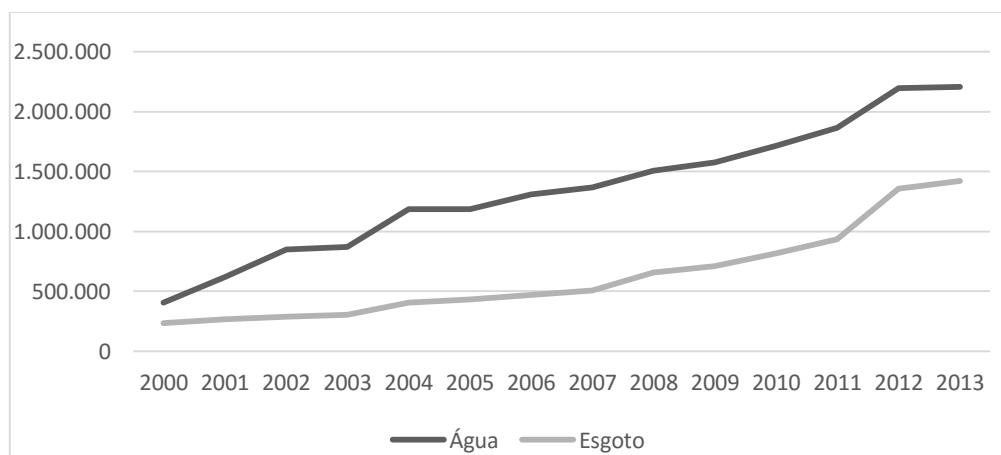
Já em relação às prestadoras privadas, há uma tendência de afastamento das curvas das redes de abastecimento de água e coleta de esgoto, da mesma forma que as ligações. Tal afastamento pode ser atribuído ao interesse das empresas pela prestação de serviços de abastecimento de água isoladamente, cujo número de concessões aumentou substancialmente desde o ano 2000 (gráfico 3).

**Gráfico 6: Extensão da rede de empresas privadas (KM)**



**Fonte: SNIS, Aplicativo Série Histórica**

**Gráfico 7: Quantidade de ligações ativas de empresas privadas**



**Fonte: SNIS, Aplicativo Série Histórica**

No tocante ao índice de perdas na distribuição de água, os maiores percentuais são verificados em prestadores regionais nas regiões norte e nordeste e em empresas privadas nas regiões norte, sul e centro-oeste:

**Tabela 7: Índices de perda na distribuição de água**

Região	Tipo de prestador de serviços					Total
	Regional	Micro-regional	Local Direito Público	Local Direito Privado	Local Empresa privada	
	(%)	(%)	(%)	(%)	(%)	
Norte	54,3	-	44,7	-	48,1	50,8
Nordeste	46,1	-	38,7	5,8	-	45,0
Sudeste	32,3	39,7	36,6	30,3	32,5	33,4
Sul	35,9	28,1	31,0	46,8	51,9	35,1
Centro-Oeste	29,4	42,6	32,1	-	49,1	33,4
Brasil	37,0	38,7	36,1	31,2	42,7	37,0

**Fonte: SNIS, Diagnóstico 2013**

O volume médio de perdas na distribuição de água ainda é elevado, tendo sido reduzido em somente 4,6% entre 2009 e 2013<sup>209</sup>.

Em relação aos planos municipais de saneamento básico, segundo pesquisa realizada pelo Instituto Trata Brasil com dados do SNIS até o ano de 2013, das 100 maiores cidades brasileiras, 66 contam com planos elaborados e 34 não têm planos, apesar de, neste caso, contarem com recursos financeiros, corpo técnico e estruturas políticas para a realização do planejamento exigido na Lei nº 11.445/2007<sup>210</sup>.

Na mesma pesquisa, o instituto informa que dos 100 municípios avaliados, somente 56 dispõem de agência reguladora.

<sup>209</sup> INSTITUTO TRATA BRASIL. **Avanço tímido do saneamento básico nas maiores cidades compromete universalização em duas décadas.** Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/estudos/ranking/release-ranking-2015.pdf>>. Acesso em 20 nov 2015.

<sup>210</sup> INSTITUTO TRATA BRASIL. **Diagnóstico da situação dos Planos Municipais de Saneamento Básico e da Regulação dos Serviços nas 100 maiores cidades brasileiras.** Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/diagnostico-da-situacao-dos-planos-municipais-de-saneamento-basico-e-da-regulacao-dos-servicos-nas-100-maiores-cidades-brasileiras-3>>. Acesso em 17 dez 2015.

#### *4.2. Os desenhos da governança do serviço público de saneamento básico praticados no Brasil influenciam o desempenho dos investimentos em infraestrutura necessária à sua prestação?*

No Brasil, predominam as abordagens formais sobre o serviço público de saneamento básico<sup>211</sup>, que o tomam como consequência de um regime jurídico-administrativo, além de abordagens que privilegiam a formação e a demonstração do fundamento de instituições como o serviço público sob a perspectiva histórica<sup>212</sup>. Há ainda estudos mais amplos, que procuram definir e operacionalizar o conceito de serviço público sob uma perspectiva constitucional<sup>213</sup>. Tais tipos de abordagem, entretanto, não favorecem a análise da relação entre instrumentos jurídicos utilizados e consequências econômicas.

De outro lado, uma abordagem interdisciplinar e descritiva sobre o tema da presente pesquisa, com suporte no referencial teórico escolhido, possibilita a análise das relações e influências existentes entre direito e economia tal qual eles são, não pretendendo a aplicação normativa da economia sobre o direito, nem vice-versa<sup>214</sup>. Por meio desta análise descritiva é possível apontar as consequências da aplicação de determinadas estruturas jurídicas, avaliando a sua função como meio para que determinados fins sejam atingidos<sup>215</sup>.

Segundo a estratégia metodológica adotada na pesquisa e a partir das considerações e dos dados apontados nos item 4.1, neste item será realizada uma análise dos desenhos de governança do serviço público de saneamento básico praticados no Brasil e sua provável influência sobre o desempenho dos investimentos em infraestrutura necessários à sua prestação. Também será verificado se há alguma alternativa viável a tais desenhos de governança a partir das proposições teóricas da Economia dos Custos de Transação e das possibilidades existentes na regulamentação contida na Lei nº 11.445/2007.

##### *4.2.1. O serviço público de saneamento básico no Brasil é um monopólio natural operado predominantemente por contratos de programa com regulação deficiente*

O serviço público de saneamento básico, como outras *utilities*, são caracterizados por três pontos comuns. Os seus “produtos” são consumidos largamente; possuem economias de escala

---

<sup>211</sup> DEMOLINER, *Água e saneamento: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*, 2008.

<sup>212</sup> CARVALHO, *O direito do saneamento básico*, 2010.

<sup>213</sup> ARAGÃO, *Direito dos serviços públicos*, 2008.

<sup>214</sup> CAVALLI, *Empresa, direito e economia*, p. 279 e WILLIAMSON, Oliver E. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press. 1996, p. 349.

<sup>215</sup> CAVALLI, *Empresa, direito e economia*, p. 279.

e escopo, isto é, não é economicamente racional ter múltiplas redes de distribuição no mesmo lugar; e os investimentos realizados são irrecuperáveis, por terem elevado grau de especificidade física (é muito custoso desenterrar redes de distribuição e medidores, etc)<sup>216</sup>. As três características fazem do serviço público de saneamento básico um monopólio natural, razão pela qual os usuários não têm alternativas como no mercado e necessariamente estão sujeitos ao poder econômico do monopolista para terem uma infraestrutura necessária à obtenção do serviço público. Nesta relação contratual de longo prazo entre prestador e usuários, à luz da Economia dos Custos de Transação, aquele tende a extrair quase renda destes mediante redução de quantidade do serviço ofertado ou redução da sua qualidade, precarizando o acesso.

Os principais ativos específicos para a prestação do serviço público de saneamento básico são a infraestrutura necessária à disponibilização de água bruta que será, em sequência, aduzida, tratada e distribuída, além das redes de infraestrutura utilizadas para tratar a água, distribuí-la, coletar, transportar e tratar o esgoto a ser devolvido ao meio ambiente ou reutilizado em alguns casos. Há, nesse sentido, uma relação de dependência bilateral entre o prestador do serviço público e usuários. Enquanto usuários dependem do operador do monopólio natural para realizar os investimentos nos ativos e disponibilizar o insumo essencial (água tratada), este depende dos usuários para remunerar os investimentos realizados na infraestrutura necessária para captar a água bruta, tratá-la e distribuí-la.

Para realizar investimentos relacionados à construção e ao aperfeiçoamento da infraestrutura necessária à operação do monopólio natural, há a demanda por segurança pelo prestador, no sentido de que o mesmo será remunerado pelos “contratantes”, no caso, os usuários do serviço público, conforme condições estabelecidas pelo poder concedente ou regulador. Esta segurança é sinônimo de redução de custos de transação e sua entrega representa a superação de obstáculos existentes para a realização dos investimentos em ativos específicos (infraestrutura). Evita-se, assim, o oportunismo *ex post* dos “contratantes”/usuários e assegura-se que o prestador terá os investimentos devidamente remunerados.

Uma segunda espécie de oportunismo *ex post* que ocorre na operação de monopólios naturais, como o saneamento básico, é o do poder concedente. De acordo com Spiller, esta espécie de oportunismo consiste na “capacidade dos governos para mudar regras do jogo através do uso do poder para extrair quase renda dos investidores”<sup>217</sup>. Pode ocorrer de várias

---

<sup>216</sup> SPILLER, *Transacion Cost Regulation*, 2012, p. 234.

<sup>217</sup> SPILLER, *Transacion Cost Regulation*, 2012, p. 234, tradução livre.

formas: tipificação de ilícitos contratuais, ainda que originalmente não considerados; imposição de multas ou indeferimento de reajuste tarifário.

Há, por fim, um terceiro tipo de oportunismo relatado nos casos de monopólios naturais: o oportunismo de terceiros. Segundo Spiller et Moszoro<sup>218</sup>, tal oportunismo refere-se à atuação de opositores políticos ao governo, concorrentes ao operador do monopólio/*utility* e grupos de interesse. Esta espécie de oportunismo não tem relação direta com os investimentos em ativos específicos, ocorrendo mesmo em casos onde estes não são exigidos. O oportunismo de terceiros tem relação com a licença para operação do monopólio e com a disputa sobre a destinação dos recursos públicos utilizados nesta operação.

Os oportunismos acima destacados importam em distintas consequências sobre o desenho da governança do serviço público. Enquanto o controle do oportunismo do governo implica na estipulação de procedimentos de precificação e de resolução de conflitos (arbitragem ou judicial), controle de qualidade e políticas de investimento credíveis como forma de limitação da capacidade de extração de quase renda dos investidores (públicos ou privados), o oportunismo de terceiros tem como consequência a maior formalização da relação entre operador do monopólio e poder concedente, com estipulações contratuais mais rígidas e específicas<sup>219</sup>.

O oportunismo do poder concedente e de terceiros, quando não recebem o tratamento viável através de salvaguardas em mecanismos de governança contratuais, como destacado acima, permanece até mesmo nas hipóteses em que há a operação estatal do serviço público. De acordo com Spiller, a “integração vertical pública [figuras 9 e 10] não resolve os problemas contratuais ‘dentro da burocracia’ (...)”, eis que incentivos burocráticos geram crescimento das transferências para empregados públicos, com o surgimento que dúvidas sobre a probidade e o risco de oportunismo de terceiros<sup>220</sup>.

Os dados colhidos na pesquisa (item 4.1) sugerem que o desenho da governança predominantemente praticado no Brasil associa problemas relacionados à prestação por contrato com os problemas relativos à operação pública do serviço de saneamento básico<sup>221</sup>. As

---

<sup>218</sup> SPILLER, Pablo T; MOSZORO, Marian W. **Third-Party Opportunism and the Theory of Public Contracts: Operationalization and Applications**. In "The Manufacturing of Markets: Legal, Political and Economic Dynamics," edited by Eric Brousseau and Jean-Michel Glachant. Cambridge University Press, 2014.

<sup>219</sup> SPILLER, **Transacion Cost Regulation**, 2012, p. 236 e 239.

<sup>220</sup> SPILLER, **Transacion Cost Regulation**, 2012, p. 240.

<sup>221</sup> Nesse sentido, “quando a regulação é falha o monopólio privado extrai rendas anormais, com lucros que são mandados para fora do setor, e o monopólio público extrai essa renda e dissipa os lucros na forma de ineficiência ou com baixos índices de expansão dos serviços. ” (SALGADO, Lúcia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da. **Regulação e concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência**. Rio de Janeiro: IPEA, 2007, p. 188).



CESBs prestam os serviços públicos de saneamento básico com apoio em um contrato de longo prazo (contrato de programa) que é antecedido pela formalização de um convênio de cooperação com o titular do serviço público (municípios). Nesse sentido, apesar de o contrato com as CESBs ter como partes o município e a companhia estadual, há um prévio acordo daquele com o Estado controlador da sociedade de economia mista prestadora do serviço público, de forma que, na prática, o controlador da CESB é que ajusta as condições da prestação, realizando um *hold up* no titular do serviço público (município).

O desenho de governança da figura 7, apesar de ser um contrato, na prática da governança tem as características do modelo da figura 8, com o agravante de que um contrato de longo prazo firmado com uma empresa estadual dá a esta a possibilidade de extrair quase renda dos usuários do serviço público de saneamento básico (municípios), mediante oportunismo do governo de ente federado distinto do titular do serviço e de terceiros (empregados, grupos de interesse), sem uma estrutura de trilateral de regulação adequada, independente ou com uma estrutura precária, conforme dado do Instituto Trata Brasil (item 4.1).

Os oportunismos do governo e de terceiros associados, no caso de operação do saneamento básico por CESBs mediante contrato de programa, sem uma correspondência de salvaguardas necessárias ao desenho da governança<sup>222</sup>, implicam no baixo desempenho dos investimentos em ativos específicos, levando ao que Savedoff et Spiller<sup>223</sup> denominam de *low-level equilibrium*, caracterizado por preços dos serviços demasiadamente baixos, baixa qualidade, limitado ritmo de expansão, ineficiência operacional e corrupção, com a erosão do suporte público ao sistema no decorrer do tempo.

#### *4.2.2. A articulação deficiente do desenho da governança do serviço público de saneamento básico praticado no Brasil com a gestão dos recursos hídricos e com a política de meio-ambiente influencia o desempenho dos investimentos?*

Em estudo de Sedlak sobre saneamento básico é sustentado que no modelo dos sistemas de saneamento centralizados urbanos tal qual os conhecemos, em breve os “prestadores de

---

<sup>222</sup> Procedimentos de precificação e de resolução de conflitos (arbitragem ou judicial), controle de qualidade e políticas de investimento, formalização da relação entre operador do monopólio e poder concedente, com estipulações contratuais mais rígidas e específicas.

<sup>223</sup> SAVEDOFF, William D; SPILLER, Pablo. **Government opportunism and the provision of water.** In Spilled water: institutional commitment in the provision of water services. Edited by William D. Savedoff and Pablo T. Spiller. Interamerican Development Bank. Washington, D.C., 1999, p. 2.

abastecimento de água deverão aceitar a ideia de que eles não estão mais no *negócio de venda de água*: ao contrário, são administradores de um recurso limitado que eles gerenciam para o público”<sup>224</sup>. A reflexão proposta por Sedlak pode ser colocada no caso da precariedade dos investimentos e da prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil de duas formas, ambas relacionadas com a gestão dos recursos hídricos escassos.

De um lado, há o exemplo recente da região sudeste, onde a crise hídrica ameaça a prestação nos sistemas de saneamento que têm o melhor desempenho no país<sup>225</sup>. De outro lado, há o exemplo das regiões semiáridas do Brasil, especialmente na região nordeste, onde a escassez natural do recurso hídrico pode ser relacionada com o baixo índice de atendimento (item 4.1).

Um dos principais ativos específicos para os prestadores do serviço de saneamento básico é a infraestrutura necessária ao armazenamento, captação e adução de água bruta. Sem a disponibilidade de água bruta não há razão econômica para se construir, à jusante da cadeia de etapas interdependentes, infraestruturas necessárias ao tratamento e distribuição de água tratada, bem como à coleta, transporte e tratamento de esgoto sanitário.

A ausência de uma política de gestão eficiente dos recursos hídricos, externada na ineficácia da disponibilidade de água bruta para o saneamento em algumas regiões do país, inviabiliza ou dificulta os investimentos nos ativos específicos ao serviço. É o caso crônico do nordeste do Brasil. Por outro lado, no caso da região sudeste, vê-se que a ausência da política de gestão de recursos hídricos e ambiental articulada com as medidas de conservação relacionadas à moderação do consumo, redução de perdas e universalização do esgotamento sanitário tende a esgotar as fontes de água bruta, encarecendo a prestação do saneamento básico através da imposição de alternativas como a importação de água bruta (como no caso do Sistema Cantareira em São Paulo) e precarizando o serviço com prejuízo dos investimentos em ativos específicos ao serviço público.

Nesse sentido, a predominância do desenho de governança que adota como mecanismo a contratação verticalizada de todo o serviço com CESBs limita a capacidade de controle sobre a utilização dos recursos hídricos na medida em que entre os entes federados competentes para a o controle do uso das águas<sup>226</sup> um é o responsável pelas companhias estaduais prestadoras do

---

<sup>224</sup> SEDLAK, **Water 4.0: the past, presente and future of the most vital resource**, p. 247, tradução livre.

<sup>225</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro homologa acordo sobre gestão de águas no Sudeste**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306032>>. Acesso em: 18 dez 2015.

<sup>226</sup> BRASIL. **Lei nº 9.433**, de 8 de janeiro de 1997, Art. 14. A outorga efetivar-se-á por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal. § 1º O Poder Executivo Federal

saneamento básico. Esta limitação compromete a realização dos investimentos em ativos específicos, considerando que a ausência de controle sobre o uso da água bruta torna a infraestrutura economicamente insustentável em longo prazo.

Por outro lado, quando adotada a governança por contrato de concessão verticalizada com prestadores privados, com operação desde a etapa da reservação da água bruta, os dados sugerem que há interesse maior onde há água bruta facilmente disponível na natureza, não havendo evolução correspondente nos investimentos em serviços de esgoto. As perdas na distribuição de água neste caso superam a média nacional em 3% (tabela 7) e a expansão da rede de esgotos não acompanha a de distribuição de água (gráfico 6), aparentemente corroborando o entendimento de Spiller *et* Tommasi, de que, não havendo governança regulatória credível, “investimentos não serão realizados e, caso realizados, não serão eficientes”<sup>227</sup>.

#### *4.3. Existem alternativas viáveis para melhorar o desempenho dos investimentos em ativos específicos ao saneamento básico?*

Para a busca da resposta à questão que intitula este item é necessário que se façam outras perguntas antecedentes, as quais, como se verá, auxiliarão a compreender a razão da aparente inviabilidade de utilização dos desenhos alternativos para a governança do saneamento básico no Brasil sugeridos no item 3.2.2. Desta forma, serão indicados caminhos para que se encontre meios de eventualmente torná-los viáveis.

A partir deste raciocínio, indaga-se: se, conforme o referencial teórico, investimentos em ativos específicos condicionam a escolha do mecanismo de governança com o objetivo de reduzir custos de transação e melhorar o desempenho econômico da atividade, por que à diversidade situacional retratada no item 4.2 não corresponde uma multiplicidade de mecanismos de governança praticados no saneamento básico no Brasil? Por que, diante de uma

---

poderá delegar aos Estados e ao Distrito Federal competência para conceder outorga de direito de uso de recurso hídrico de domínio da União.

<sup>227</sup> SPILLER; TOMMASI, **The institutions of regulation: an application to public utilities**, p. 521. Ainda segundo os autores, os investimentos ineficientes são manifestados de várias formas, citando-as: subinvestimento; investimento em áreas onde o retorno de mercado é elevado e o período de *payback* é relativamente curto; gastos mínimos com manutenção, degradando a qualidade na prestação; investimento em tecnologias com baixo grau de especificidade, ao custo da redução de qualidade; rendas iniciais altas por meio de preços elevados e politicamente insustentáveis.

flexibilidade de desenhos possíveis na Lei nº 11.445/2007, ainda há a predominância de um mecanismo específico que, por sua vez, pode ser relacionado ao baixo desempenho dos investimentos no setor?

Como observado na justificativa para a utilização do referencial teórico escolhido, a relevância da utilização da Economia dos Custos de Transação para a abordagem dos problemas desta pesquisa relaciona-se com a sua natureza descritiva, na medida em que possibilita a análise das influências existentes entre direito e economia tal qual eles são, não pretendendo a aplicação normativa da economia sobre o direito, nem vice-versa<sup>228</sup>. Neste sentido, a Economia dos Custos de Transação identifica modelos a partir de observações da realidade, não para determinar qual modelo *deve ser* utilizado, mas para auxiliar a compreensão dos motivos pelos quais determinado modelo de governança *é* utilizado e eventualmente *possa* ser alterado para um alternativo caso seja economicamente viável em termos de ganhos líquidos.

Neste sentido, Williamson argumenta para justificar porque uma regulação mais interventiva (*rate of return*) não pode ser refutada *a priori* em favor de um modo de governança de *utilities* menos interventivo (*franchise bidding*):

*Merely to show that regulation is flawed, however, does not establish that regulation is an inferior mode of organizing economic activity... Secondly, before regulation is supplanted, there is an obligation to assess the properties of the proposed alternative – not only in general, but also specifically with respect to the activity in question. If the proposed mode is flawed in similar or different respects, the purported advantages of shifting out of regulation may be illusory.*<sup>229</sup>

Dessa forma, no caso específico do serviço público de saneamento básico, é preciso não somente comparar modelos de governança em termos dos resultados previstos abstratamente, mas abrir a caixa-preta (*black box*) da regulação, para compreender todos os determinantes do modelo atual e os custos da mudança para um desenho de governança alternativo que possa melhorar o desempenho dos investimentos, verificando, assim, se a mudança é viável na linha da proposta de Spiller para a compreensão da governança regulatória (*Transaction Cost Regulation*), construída a partir das propostas teóricas de Williamson.

Spiller busca identificar na sua agenda de pesquisa os determinantes de desenhos regulatórios considerando que estes têm como objetivo realizar a governança das interações entre o público e o privado, como nos casos dos serviços públicos, viabilizando os investimentos em ativos de custos irre recuperáveis necessários à operação do monopólio

---

<sup>228</sup>CAVALLI, **Empresa, direito e economia**, p. 279 e WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**. New York: Oxford University Press. 1996, p. 349.

<sup>229</sup> WILLIAMSON apud SPILLER, **Transacion Cost Regulation**, 2012, p. 233.

natural<sup>230</sup>. Para isso, ele parte do pressuposto de que no caso de *utilities*, em que a governança é altamente politizada em virtude das suas características<sup>231</sup>, o desenho da regulação tem como determinantes os riscos relacionados ao ambiente institucional da jurisdição analisada, especialmente os relacionados ao oportunismo do governo e de terceiros em relação aos investidores, no primeiro caso, e aos investidores e governos, no segundo caso.

Há, nessa linha de pensamento, três tipos básicos de organização para a prestação de *utilities*, os quais existem para responder aos oportunismos governamental e de terceiros, controlando riscos aos investidores e reduzindo os custos de transação para a realização dos investimentos em ativos com elevada especificidade física necessários à prestação dos serviços. Os tipos de organização são integração vertical pública (prestação direta), regulação flexível e regulação rígida<sup>232</sup>. Segundo o autor, os desenhos de governança, para reduzir os custos de transação e proporcionar os investimentos em ativos específicos relacionados às *utilities*, tendem a ficar mais rígidos onde há um ambiente institucional mais fraco. De outro lado, onde há tradição de judiciário independente e governos descentralizados, há uma tendência a esquemas mais flexíveis<sup>233</sup>. No caso extremo, onde não é possível estabelecer mecanismos regulatórios credíveis para a realização de investimentos privados, a “operação pública será a regra”<sup>234</sup> (*default mode of operation*).

O que, então, no ambiente institucional básico brasileiro, restringe a utilização de alternativos mecanismos de governança para a realização eficiente dos investimentos em ativos específicos necessários à prestação do serviço público de saneamento básico, atendendo aos objetivos fundamentais estabelecidos no art. 2º, da Lei nº 11.445/2007?

Como visto no item 4.1, apesar da diversidade situacional entre macrorregiões e até mesmo dentro de determinadas regiões do Brasil e da necessidade de os sistemas de saneamento básico passarem por ciclos de atualização diversos e simultâneos em certos casos, com demandas diferenciadas por investimentos em ativos específicos, há ainda uma relativa uniformidade das formas de governança utilizadas na organização do serviço público de saneamento básico no Brasil, com a predominância verticalizada da operação dos sistemas pelas companhias estaduais instituídas na época do PLANASA.

Uma explicação possível para esse fato pode ser extraída a partir das observações de Ragazzo sobre o fenômeno do *hiato regulatório*, “um momento (...) em que não se vê

---

<sup>230</sup> SPILLER, *Transacion Cost Regulation*, 2012, p. 232-233.

<sup>231</sup> Ver nota 222.

<sup>232</sup> SPILLER, *Transacion Cost Regulation*, 2012, p. 240.

<sup>233</sup> SPILLER; TOMMASI, *The institutions of regulation: an application to public utilities*, p. 529-530.

<sup>234</sup> SPILLER, *Transacion Cost Regulation*, 2012, p. 240.

claramente uma tendência, seja no sentido de aprofundamento das liberalizações, ou no sentido reverso, mais estatizante”<sup>235</sup>. Tal momento ocorre em circunstâncias de incertezas no ambiente institucional básico, decorrentes de reformas regulatórias em serviços públicos.

Joskow<sup>236</sup> analisou estes problemas em caso semelhante ocorrido nos Estados Unidos, a respeito da desregulamentação do setor elétrico do início dos anos 1980. Segundo o autor, o processo de desregulamentação não era em si uma má ideia, mas a forma como foi realizada ignorou as “complicações relevantes”, existentes no momento posterior à “contratação” (*transformação fundamental*), conforme apontado nas propostas teóricas de Williamson.

Em suma, os problemas originados pela reforma do setor no referido caso relacionaram-se a erros de avaliação. Tais erros, suponho, foram menos graves do que os verificados nas mudanças no saneamento básico brasileiro, onde um longo período sem regulação deixou o setor “à disposição apenas do controle político exercido pelos governos do dia”<sup>237</sup>, através de monopolistas puros criados e fortalecidos ao longo de mais de 20 anos de existência do PLANASA. O controle político dos Estado no setor contribui para a permanência do *hiato regulatório* no serviço público de saneamento básico mesmo após oito anos de vigência da nova política.

A extinção do PLANASA na segunda metade da década de 1980 criou um “vácuo institucional agravado pelo vencimento, a partir do final da década seguinte, da maioria dos contratos de concessão assinados entre os municípios e as companhias estaduais de saneamento básico”<sup>238</sup>. Para se ter uma dimensão do problema, em 2004 as companhias estaduais atendiam 3.921 municípios com abastecimento de água, ou seja, 75% da população urbana do país. Durante a maior parte deste período do *hiato regulatório* no serviço público de saneamento básico as discussões se limitaram à questão da titularidade do serviço, se estadual ou municipal. Segundo Ragazzo, estas discussões foram marcadas por aspectos formais da disputa entre os interesses dos estadualistas e dos municipalistas, geralmente ficando em segundo plano os objetivos de universalização do serviço<sup>239</sup>, bem como as condições para a realização dos investimentos em infraestruturas para atender aos interesses locais.

Os dados existentes sugerem a permanência do *hiato regulatório* no serviço público de saneamento básico mesmo após a sanção do novo marco legal em 2007, com a incerteza no

---

<sup>235</sup> RAGAZZO, *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*, p. 64.

<sup>236</sup> JOSKOW, *Asset specificity and the structure of vertical relationships: empirical evidence*, p. 95-117.

<sup>237</sup> SALGADO; MOTTA, *Regulação e concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência*, p. 179.

<sup>238</sup> GALVÃO JÚNIOR; MONTEIRO, *Análise de contratos de concessão para a prestação de serviços de água e esgoto no Brasil*, p. 354.

<sup>239</sup> RAGAZZO, *Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico*, p. 405-406.

ambiente institucional a respeito da utilização dos mecanismos de governança disponíveis para viabilizar investimentos e o cumprimento das metas da política pública. Contribui para isso o bloqueio exercido pelos atuais monopólios estatais operados com regulação deficiente (item 4.2.1). O próprio Plano Nacional de Saneamento Básico em vigor observa que há uma “tendência do setor de saneamento de se render às suas forças inerciais e de retornar às formas institucionais originais”<sup>240</sup>, apesar de se reconhecer amplamente que a titularidade do serviço é municipal<sup>241</sup>.

A atuação de agentes que se fortaleceram durante a política anterior (CESBs) bloqueiam a plena concretização das atuais diretrizes nacionais da Lei nº 11.445/2007, que estabelece um regime de planejamento e organização descentralizado, com a possibilidade de utilização de mecanismos de governança segundo as características das transações locais. Dito de outra forma, a incerteza do ambiente institucional básico, decorrente da flexibilidade da Lei nº 11.445/2007 e da possibilidade de contratação de CESBs sem licitação<sup>242</sup>, favorece a utilização do *default mode of organization* atual.

Sugere-se, assim, a existência de um *path dependence* no serviço público de saneamento básico em função do *hold up* realizado pelas CESBs e governos estaduais sobre os municípios, facilitado pelos elevados custos para a aplicação da Lei nº 11.445/2007 pelos titulares dos serviços. Tais custos, portanto, impõem a fragmentação e captura política dos municípios pelos estados (*hold up*), a dificuldade de articulação do saneamento básico com a gestão de recursos hídricos e a consequente dificuldade de reconstrução do planejamento e da regulação que, como visto no referencial teórico e na análise realizada no item 4.2, tem impactos significativos no desempenho dos investimentos para o setor. A utilização de alternativos mecanismos de governança pressupõe a superação do custo de rompimento do *path dependence*.

A dificuldade (custos) de realizar o planejamento e a regulação, na forma prevista na Lei nº 11.445/2007, resulta, como dito, na “tendência do setor de saneamento de se render às suas forças inerciais e de retornar às formas institucionais originais”<sup>243</sup>, impedindo-se a

---

<sup>240</sup> BRASIL, **Plano Nacional de Saneamento Básico**, p. 85.

<sup>241</sup> Ver item 4.3.1. A infraestrutura para tratamento e distribuição de água potável no saneamento básico é específica às cidades e não aos estados. Estes, segundo a Lei nº 9.433/1997, tem competência para realizar a gestão de recursos hídricos, com a União. Nesse sentido, uma interpretação constitucional clara nesta direção talvez diminuísse a incerteza existente no ambiente institucional básico, favorecendo a melhoria da governança existente.

<sup>242</sup> Segundo o art. 24, XXVI, da Lei Geral de Licitações, é dispensável a licitação na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação

<sup>243</sup> BRASIL, **Plano Nacional de Saneamento Básico**, p. 85.

continuidade do processo de reforma e a manutenção de um sistema ineficiente em termos de realização de investimentos e cumprimento de metas.

A esta explicação para a permanência de um *default mode of organization* no saneamento básico no Brasil, pode-se acrescentar outra relacionada a um segundo tipo de *path dependence* que contribui para tal situação (e possivelmente para circunstâncias análogas em diversas atividades econômicas reguladas pelo Estado) ainda que de forma indireta. O segundo *path dependence* aqui apontado assemelha-se ao defendido por Cavalli<sup>244</sup> em relação à dificuldade para se construir um conceito juridicamente relevante e operacionalizável de empresa no Brasil.

Na administração pública brasileira ainda é bastante arraigada concepção de um direito administrativo formal, vinculado diretamente ao Estado como fonte normativa. Esta tradição jurídica tem baixa aptidão para *conhecer* e *dialogar* com aspectos da *realidade* como, em sentido contrário, foi possível realizar com a abordagem interdisciplinar utilizada para enfrentar o problema da presente pesquisa. A dificuldade de compreensão e diálogo com a realidade econômica das transações resulta na dificuldade de se construir no Brasil uma teoria jurídica da regulação que viabilize a construção de compromissos regulatórios (governança) adequados à redução dos custos de transação de modo a tornar viáveis investimentos em infraestruturas com elevado grau de especificidade.

Tal característica da tradição jurídica brasileira certamente dificulta a realização de mudanças e inovação nela própria e nas políticas públicas de responsabilidade do Estado, já que é parte dessa cultura “rejeitar as novidades, e isso pelo simples fato de que, não tendo sido testadas nos órgãos de controle, elas provavelmente serão malvistas”<sup>245</sup>.

Esta concepção mais tradicional no direito administrativo praticado no Brasil, portanto, ao centrar sua preocupação na caracterização de determinada atividade como serviço público através da investigação dos limites jurídicos impostos por determinadas conjunturas históricas, favorece a preservação de formas de governança historicamente existentes, bloqueando (elevando custos das) as reformas institucionais que tenham o objetivo de ajustar determinadas políticas públicas a problemas e circunstâncias atuais, como verificado no caso do saneamento básico.

---

<sup>244</sup> CAVALLI, **Empresa, direito e economia**, 2013.

<sup>245</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 44.



## 5. CONCLUSÕES

Para a realização desta pesquisa foi empregada uma estratégia distinta da que normalmente é utilizada no direito administrativo no Brasil. Em vez de tentar descobrir os problemas existentes no serviço público de saneamento básico observando-o e compreendendo-o abstratamente, pelo lado de fora, ajustou-se o foco da observação para os seus detalhes.

Esta perspectiva foi possível a partir dos estudos teóricos da Economia dos Custos de Transação. Trata-se, como visto, de uma linha da teoria econômica que, através do exame das instituições, propõe que economia, direito e organizações influenciam e são influenciados entre si. As instituições, desse modo, interferem no desempenho econômico e, de modo específico, as instituições de governança podem melhorá-lo caso sejam desenhadas apropriadamente.

A pesquisa das instituições de governança na Economia dos Custos de Transação insere-se como linha de uma disciplina mais ampla da teoria econômica, a nova economia institucional. Foi apresentado na pesquisa um quadro mais amplo por meio do qual é possível identificar em que nível da nova economia institucional a agenda da pesquisa da Economia dos Custos de Transação se situa: no nível da governança (contratos, formas de organização e demais instituições condicionadas pelo ambiente institucional básico), abaixo do nível referente ao ambiente institucional básico (Constituições, leis, regras do jogo).

Foi observado na pesquisa que as instituições de governança são estruturas que surgem para reduzir os custos de se organizar determinada atividade econômica. As dimensões das transações, especialmente os ativos específicos, são determinantes para o desenho de mecanismos de governança destinados a economizar os custos de transação que impedem ou dificultam a contratação de investimentos relacionados aos referidos ativos. Esse desenho é realizado por meio do que se convencionou chamar de *alinhamento discriminante*, e é limitado às formas institucionalmente viáveis, assim consideradas aquelas permitidas no contexto de determinado ambiente institucional básico, excluídas as formas demasiadamente complexas e as ingênuas (ideais).

A Economia dos Custos de Transação indica que quanto maior a especificidade dos ativos envolvidos em dadas relações econômicas, maior a tendência à integração vertical do ativo, isto é, maior a tendência de que o ativo seja internalizado numa hierarquia. Tal tendência é interrompida, todavia, pela existência de salvaguardas em mecanismos alternativos, como as formas híbridas (contratos de longo prazo) ou os mercados (contratos de execução instantânea).

O *alinhamento discriminante*, através do qual é definido o mecanismo de governança apropriado para cada caso, é realizado a partir de uma análise institucional comparativa entre os custos e atributos de cada um dos mecanismos viáveis, sendo que a correção do alinhamento é fundamental para o desempenho econômico da atividade a ser realizada.

A partir dos conceitos apresentados no capítulo destinado ao referencial teórico, passou o trabalho a tratar especificamente sobre o tema da pesquisa, iniciando a investigação sobre os dois problemas que a orientaram. Tais problemas circunscreveram-se (a) à busca de uma possível relação entre o baixo desempenho dos investimentos em infraestrutura (ativos específicos) necessários ao cumprimento dos objetivos das diretrizes nacionais do saneamento básico no Brasil (Lei nº 11.445/2007) e os desenhos de governança predominantemente utilizados no país; e (b) à investigação sobre a viabilidade de desenhos alternativos, no caso de ser demonstrada a relação sugerida no primeiro problema.

Partiu-se da hipótese que os desenhos de governança predominantes influenciam o desempenho dos investimentos em infraestrutura realizados no serviço público de saneamento básico no Brasil e que a alternativa para melhorar o desempenho seria a adoção de mecanismos alternativos, como a operação direta pelos municípios ou a contratação de longo prazo com entes privados ou públicos acompanhada do fortalecimento de uma regulação contratual independente, por entes especializados.

No capítulo 3, foi apresentado o ambiente institucional básico do serviço público de saneamento básico no Brasil em dois momentos. O primeiro referente à pioneira política nacional para o setor, vigente na segunda metade do século passado e formalmente extinta no período da redemocratização do Brasil. O segundo momento apresentado refere-se à atual política nacional, instituída em 2007, com a sanção da Lei nº 11.445.

Viu-se que as duas políticas divergem qualitativamente, sendo a primeira orientada pela centralização e a segunda pela descentralização na organização do serviço público. Enquanto na primeira política foi definido pelo governo federal um mecanismo de governança para ser aplicado uniformemente em todo o território nacional (a delegação da prestação verticalizada e regulação às CESBs), na política atual admite-se o uso de formas alternativas (operação direta pelos municípios, concessões privadas, com ou sem verticalização de atividades), sendo, todavia, definido um instrumento específico para acolher a forma desenhada para a política anterior (contrato de programa).

Os dados colhidos na pesquisa e apresentados no capítulo 4 demonstraram que, apesar da flexibilidade para o desenho da governança do serviço público de saneamento básico

proporcionada na Lei nº 11.445/2007, este continua sendo predominantemente prestado mediante delegações municipais às CESBs, com um recente interesse do setor privado por sistemas de fornecimento de água tratada. Ainda segundo os dados colhidos, o desempenho dos investimentos não vem atendendo às metas definidas para a política, com (a) a manutenção de uma grande disparidade entre o fornecimento dos serviços de água e esgoto, (b) elevados percentuais de perda na distribuição de água tratada e (c) inexistência ou deficiência de estruturas independentes de regulação.

Ao confrontar os dados com as proposições do referencial teórico, chegou-se à conclusão que, de fato, o mecanismo de governança predominantemente utilizado influencia o desempenho dos investimentos, confirmando-se a primeira hipótese levantada.

A influência do desenho de governança no desempenho dos investimentos tem raiz na ação oportunista de terceiros (grupos políticos, grupos de interesse), proporcionada por um *hold up* realizado pelas CESBs, com apoio dos Estados, nos titulares dos serviços de saneamento básico, assim considerados os municípios. A operação dos serviços de saneamento básico pelas CESBs, apesar de ser mediada por um contrato de longo-prazo (contrato de programa), assemelha-se ao desenho de uma prestação estatal direta, com o agravante de que não há a integração vertical pública tradicional, pois as CESBs não são controladas pelos titulares dos serviços públicos (municípios).

Assim, a captura política (*hold up*) dos titulares do serviço de saneamento básico (municípios) pelos Estados dá ensejo à extração de quase renda daqueles e dos usuários do serviço (munícipes), com a verificação do baixo desempenho (*low-level equilibrium*), caracterizado por preços dos serviços demasiadamente baixos, baixa qualidade, limitado ritmo de expansão, ineficiência operacional, com a erosão do suporte público ao sistema no decorrer do tempo. Tal situação, além de corresponder a uma extração de quase renda dos governos municipais e dos usuários do serviço, cria um ambiente institucional inapropriado para a realização de investimentos privados por meio de mecanismos de governança alternativos ao contratos de programa com as CESBs (*default mode of organization*).

Outro ponto observado, segundo o qual há a indicação de uma influência do desenho de governança predominantemente utilizado no saneamento básico no Brasil sobre os investimentos necessários à prestação, é a articulação deficiente do saneamento com a gestão dos recursos hídricos e com a política de meio-ambiente. Tal conclusão surge do fato de que foi identificada uma coincidência entre um dos entes federados competentes para o controle dos usos de água bruta (Estados) e o prestador verticalizado do saneamento básico (CESBs). Esta

coincidência, proporcionada pela verticalização das etapas interdependentes (desde a reservação da água bruta), possivelmente incentiva a falta de investimentos na redução das perdas de distribuição de água tratada.

A segunda hipótese, ou seja, a indicação de que existem alternativas de governança viáveis ao desenho predominante foi confirmada, embora de forma sugestiva. Dito de outro modo, a utilização de formas alternativas provavelmente não possua execução viável pelo simples transplante de normas, isto é, pela via formal.

A modificação da forma de governança predominante no saneamento básico no Brasil, com a superação do *low-level equilibrium* verificado, não é possível de ser realizada sem custos. Em primeiro lugar, deve-se considerar a constatação de que há uma janela na regulamentação da Lei nº 11.445/2007 que favorece a operação do saneamento pelas CESBs: o contrato de programa. Diante das precárias estruturas regulatórias de muitos municípios, as CESBs tendem a continuar influenciando a trajetória do setor, reforçando a existência de um *path dependence* reconhecido até mesmo no plano nacional de saneamento publicado em 2013.

Há, portanto, um custo para o rompimento da trajetória que caracteriza a governança atual.

Por outro lado, o rompimento desta trajetória de ineficiência, a reconstrução da política de saneamento e o consequente retorno de investimentos eficientes em infraestrutura no setor depende, em grande parte, do rompimento de outro *path dependence*.

Na administração pública brasileira ainda é bastante arraigada concepção de um direito administrativo formal, vinculado diretamente ao Estado como fonte normativa. Esta tradição jurídica tem baixa aptidão para *conhecer* e *dialogar* com aspectos da *realidade* como, em sentido contrário, foi possível realizar com a abordagem utilizada para enfrentar o problema da presente pesquisa. A dificuldade de compreensão e diálogo com a realidade econômica das transações resulta na dificuldade de se construir no Brasil uma teoria jurídica da regulação que viabilize a construção de compromissos regulatórios adequados à redução dos custos de transação (ou seja, de estruturas de governança adequadamente alinhadas), de modo a tornar viáveis investimentos em infraestruturas com elevado grau de especificidade.

Esta concepção mais tradicional no direito administrativo praticado no Brasil, portanto, favorece a preservação de formas de governança historicamente existentes, bloqueando (elevando custos das) as reformas institucionais que tenham o objetivo de ajustar determinadas políticas públicas a problemas e circunstâncias atuais, como verificado no caso do saneamento básico.

Conclusivamente, demonstrou-se na pesquisa que o aprofundamento dos estudos interdisciplinares entre direito e economia pode contribuir para a construção de alternativas de governança viáveis no Brasil.

## BIBLIOGRAFIA

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013
- \_\_\_\_\_, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- \_\_\_\_\_, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BRASIL. **Decreto nº 7.217/2010, de 21 de junho de 2010**. Regulamenta a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jun. 2010, edição extra. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7217.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 82.587, de 6 de novembro de 1978**. Regulamenta a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978, que dispõe sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 nov. 1978. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D82587.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D82587.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015.
- \_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 949, de 13 de outubro de 1969**. Dispõe sobre aplicações de recursos pelo BNH nas operações de financiamento para Saneamento e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 out. 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1965-1988/Del0949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0949.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 5.318, de 26 de setembro de 1967**. Institui a Política Nacional de Saneamento e cria o Conselho Nacional de Saneamento. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 set. 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/1950-1969/L5318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5318.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 fev. 1995 e republicado em 28 set. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015.

- \_\_\_\_\_. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079compilado.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.** Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 abr. 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015.
- \_\_\_\_\_. **Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.** Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 jan. 2007, retificado em 11 jan. 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm)>. Acesso em: 15 set. 2015.
- \_\_\_\_\_. Ministério das Cidades. **Plano Nacional de Saneamento Básico.** Brasília, 2013, disponível em: <[http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/PlanSaB/plansab\\_texto\\_aprovado.pdf](http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNSA/PlanSaB/plansab_texto_aprovado.pdf)>, Acesso em: 13/11/2014.
- BROUSSEAU, Éric. **Contracts: from bilateral sets of incentives to the multi-level governance of relations.** In New institutional economics: a guidebook, edited by Eric Brousseau and Jean-Michel Glachant. Cambridge University Press: 2008
- CARVALHO, Vinícius Marques de. **O direito do saneamento básico.** Coleção Direito Econômico e Desenvolvimento. São Paulo: Quartier Latin, 2010
- CAVALLI, Cássio. **Empresa, direito e economia.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- COASE, Ronald H. **The nature of the firm.** Economica, v. 4, n., p. 386-405. 1937
- \_\_\_\_\_, Ronald. **The Nature of the Firm: Origin, Meaning, Influence,** 4 Journal of Law, Economics, and Organization. 1988
- CROCKER, Keith J.; MASTEN, Scoot E.. **Regulation and administered contracts revisited: lessons from transaction-cost economics for public utility regulation.** Journal of Regulatory Economics; 9:5-39, 1996
- DEMOLINER, Karine Silva. **Água e saneamento: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- DEMSETZ, Harold. **Why regulate utilities.** 11 Journal of Law and Economics, 55, 1968
- FOSS, Nicolai J.; KLEIN, Peter G. **The theory of the firm and its critics: a stocktaking and assessment.** In New institutional economics: a guidebook, edited by Eric Brousseau and Jean-Michel Glachant. Cambridge University Press: 2008

- GALVÃO JÚNIOR, Alceu de Castro; MONTEIRO, Mário Augusto Parente. **Análise de contratos de concessão para a prestação de serviços de água e esgoto no Brasil**. Eng. Sanit. Ambiental, Vol. II, nº 4, out/dez 2006.
- GLACHANT, Jean Michel; PEREZ, Yannick. **Regulation and deregulation in network industry**. In *New institutional economics: a guidebook*, edited by Eric Brousseau and Jean-Michel Glachant. Cambridge University Press: 2008
- GOLDBERG, Victor. **Regulation and administered contracts**. The Bell Journal of Economics, Vol. 7, nº 2, (Autumn, 1976)
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 12ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas**. 2ª edição, revista e atualizada. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- INSTITUTO TRATA BRASIL. **Avanço tímido do saneamento básico nas maiores cidades compromete universalização em duas décadas**. Disponível em: < <http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/estudos/ranking/release-ranking-2015.pdf>>. Acesso em 20 nov 2015.
- \_\_\_\_\_, **Diagnóstico da situação dos Planos Municipais de Saneamento Básico e da Regulação dos Serviços nas 100 maiores cidades brasileiras**. Disponível em: < <http://www.tratabrasil.org.br/diagnostico-da-situacao-dos-planos-municipais-de-saneamento-basico-e-da-regulacao-dos-servicos-nas-100-maiores-cidades-brasileiras-3>>. Acesso em 17 dez 2015.
- JOSKOW, Paul L. **Asset specificity and the structure of vertical relationships: empirical evidence**. Journal of Law, Economics, and Organization, IV, n. 1, 1988
- \_\_\_\_\_, Paul L. **Introduction to a new institutional economics: a report card**. In *New institutional economics: a guidebook*, edited by Eric Brousseau and Jean-Michel Glachant. Cambridge University Press: 2008
- KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIAN, Armen A. **Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process**. Journal of Law and Economics, v. 21, n. 2, p. 297-326. 1978.
- \_\_\_\_\_, Benjamin. **Vertical integration as organizational ownership: the Fisher Body-General Motors relationship revisited**. Journal of Law, Economics, & Organization, Vol. 4, No. 1. (Spring, 1988), pp. 199-213
- LEVY, Brian; SPILLER, Pablo T. **The institutional foundations of regulatory commitment: a comparative analysis of telecommunications regulation**. Journal of Law, Economics, and Organization, vol. 10, nº 2, 1994.
- LITTLECHILD, Stephen C. **Competitive bidding for a long-term electricity distribution contract**. Review of Network Economics, Vol. 1, Issue 1, March 2002



- MACAULAY, Stewart. **Non-contractual Relations in Business**. American Sociology Review, 1963.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2005
- \_\_\_\_\_, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- \_\_\_\_\_, Floriano Azevedo. **Direito das telecomunicações e ANATEL**. In Direito Administrativo Econômico. Carlos Ari Sundfeld (org.). São Paulo: Malheiros, 2000
- \_\_\_\_\_, Floriano de Azevedo. **Notas sobre o conceito de serviço público e suas configurações na atualidade**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 63/77, abr./jun. 2014.
- \_\_\_\_\_, Floriano de Azevedo. **O direito administrativo no sistema de base romanística e de common law**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 268, p. 55-81, jan./abr. 2015
- MASTEN, Scott E. **Public utility ownership in 19th-century America: the “aberrante” case of water**. The Journal of Law, Economics & Organization, vol. 27, nº 3, jan. 2010.
- MELO, Marcus André Barreto Campelo de. **O padrão brasileiro de intervenção pública no saneamento básico**. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, 1º trim., jan 1989,
- MÉNARD, Claude; SAUSSIE, Stéphane. **Contractual choice and performance: the case of water supply in France**. Reveu d’économie industrielle. Vol 92. 2e et 3eme trimestres 2000. Économie des contrats: bilan et perspectives. Pp. 385-404.
- MENDES, C.H. et al. **Poder Concedente e Marco Regulatório no Saneamento Básico**. Cadernos Direito GV, v. 2, n. 2, Relatório de Pesquisa n.10, São Paulo, 2006
- NOBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- PÉRARD, Edouard. **Water supply: Public or private? An approach based on cost of funds, transaction costs, efficiency and political costs**. Policy and Society. 2009, 27: 193-219
- PIRES, Irvando Mendonça. **PLANASA: avaliação dos resultados e perspectivas**. Trabalho apresentado no X Congresso Brasileiro de Engenharia Sanitária e Ambiental. Revista DAE, 1979.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- SALGADO, Lúcia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (editores). **Regulação e concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência**. Rio de Janeiro: IPEA, 2007

- SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem nos contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e concorrência – a atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013
- SANTOS, Rodolfo Torres dos. **Análise econômica de contratos: elementos para discussão em setores de infra-estrutura**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 11, n. 21, jun. 2004, p. 233-254
- SAVEDOFF, William D; SPILLER, Pablo. **Government opportunism and the provision of water**. In *Spilled water: institutional commitment in the provision of water services*. Edited by William D. Savedoff and Pablo T. Spiller. Interamerican Development Bank. Washington, D.C., 1999
- SCRIPTORE, Juliana Souza; TONETO JÚNIOR, Rudinei. **A estrutura de provisão dos serviços de saneamento básico no Brasil: uma análise comparativa do desempenho dos provedores públicos e privados**. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro 46(6): 1479-1504, nov/dez 2012.
- SCHILL, Stephan W. **Abordagens jurídicas transnacionais sobre direito administrativo: a conceituação dos contratos públicos na globalização**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 268, p. 13-53, jan./abr. 2015
- SEDLAK, David. **Water 4.0: the past, presente and future of the most vital resource**. New Haven: Yale University Press, 2014.
- SOUZA, Celso Florêncio de. **Hibridismos regulatórios: uma análise do processo de agencificação no saneamento básico brasileiro**. Dissertação (mestrado), Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, 2013.
- SPILLER, Pablo T. **Transaction Cost Regulation**. Journal of Economic Behavior & Organization, Elsevier, vol. 89(C), p. 232-242
- SPILLER, Pablo T; MOSZORO, Marian W. **Third-Party Opportunism and the Theory of Public Contracts: Operationalization and Applications**. In "The Manufacturing of Markets: Legal, Political and Economic Dynamics," edited by Eric Brousseau and Jean-Michel Glachant. Cambridge University Press, 2014
- SPILLER, Pablo T.; TOMMASI, Mariano. **The institutions of regulation: an application to public utilities**. C. Ménard and M. M. Shirley (eds.), Handbook of New Institutional Economics, Springer, 2005
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2ª edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro homologa acordo sobre gestão de águas no Sudeste**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=306032>>. Acesso em: 18 dez 2015.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism.** The Free Press, New York, 1985.

\_\_\_\_\_, Oliver. **Franchise bidding for natural monopoly.** In: The economic institutions of capitalism. New York: Free Press, 1985

\_\_\_\_\_, Oliver E. **The mechanisms of governance.** New York: Oxford University Press. 1996.

\_\_\_\_\_, Oliver E. **Public and private bureaucracies: a transaction cost economics perspective.** Journal of Law Economics & Organization; Mar 1999; 15, 1.

\_\_\_\_\_, Oliver. **The theory of the firm as governance structure: from choice to contract.** The Journal of Economic Perspectives, vol. 16, n° 3, summer 2002.