

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIZA BRUMATI

Saneamento básico e participação da iniciativa privada: mão ou contramão?
Uma análise do Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil à luz de casos internacionais em que houve desestatização e, posterior, reestatização do serviço público.

Rio de Janeiro, dezembro/2020

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUIZA BRUMATI

Saneamento básico e participação da iniciativa privada: mão ou contramão?

Uma análise do Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil à luz de casos internacionais em que houve desestatização e, posterior, reestatização do serviço público.

Trabalho de Conclusão de Curso, sob a orientação do professor **Eduardo Jordão** apresentado à FGV Direito Rio como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, dezembro/2020

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

Saneamento básico e participação da iniciativa privada: mão ou contramão?
Uma análise do Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil à luz de casos
internacionais em que houve desestatização e, posterior reestatização do serviço
público.

Elaborado por LUIZA BRUMATI

Trabalho de Conclusão de Curso, sob a orientação
do professor Eduardo Jordão apresentado à FGV
DIREITO RIO como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em Direito na
Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio.

Comissão Examinadora:

Nome do orientador: **Eduardo Ferreira Jordão**

Nome da Examinadora 1: **Patrícia Regina Pinheiro Sampaio**

Nome do Examinador 2: **Flávio Amaral Garcia**

Assinaturas:

Eduardo Ferreira Jordão (Professor Orientador)

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (Examinadora 1)

Flávio Amaral Garcia (Examinador 2)

Nota Final: _____

Rio de Janeiro, ____ de _____ de 2020.

AGRADECIMENTOS

Tomo o não saber por onde começar como um bom sinal de que tive uma jornada bem acompanhada nos últimos 5 anos.

Bom, comecemos do início. Minha mãe, Denise, que acolhe, nutre e fortalece, obrigada por me ensinar tudo. Meu pai, Péricles, que enche os olhos d'água com qualquer sinal de afeto, obrigada por ser meu parceiro fiel, cuidadoso e exemplo. Pais, obrigada por tanta batalha para que eu possa fazer minhas escolhas, crescer e ter voz. Minha irmã, Gabriela, agradeço por ser exemplo de perseverança e companheirismo. Bernardo, por ser meu maior incentivador, por tornar a vida leve e por ser tanto. Vocês são o que há de melhor em mim.

Aos meus amigos, obrigada pelo apoio e paciência. Natasha, obrigada por permanecer e ser minha certeza sempre. Alhadas, Babi, Dan, Direito, Giulia, Malu, Marcelinha, Nic e Roll, o caminho foi mais leve ao lado de vocês. Foi um prazer crescer com as suas companhias. Que as lembranças sejam guardadas com carinho e que nos encontremos sempre pela vida.

Aos meus mestres da FGV Direito Rio, agradeço por tanto conhecimento e pelo empenho em transmiti-lo. Alguns agradecimentos especiais, todavia, não poderiam deixar de aparecer. Eduardo Jordão, obrigada por ter aberto as portas do direito administrativo pra mim e por ter acreditado no meu potencial. Obrigada pelo constante incentivo e pela orientação neste trabalho. Patrícia Sampaio, obrigada por ser referência, e por sempre exigir de mim o melhor que eu posso oferecer acadêmica e profissionalmente. Estar na(s) sua(s) equipe(s) foi uma honra!

Thomaz Pereira, obrigada não só por compartilhar comigo tanto saber, mas também por me ajudar a vencer minhas próprias barreiras com tanta gentileza. Ser sua aluna é daqueles privilégios indescritíveis. Lígia Fabris, agradeço por mim e por todas as alunas da FGV Direito Rio, usando o pouco tempo que ainda me resta como liderança feminista na Faculdade. Obrigada por ser inspiração e porto seguro.

Aos companheiros do Rennó, Penteado Sampaio e do Juruena, obrigada pela solidária caminhada profissional. Especialmente, ao Henrique Rocha pela parceria genuína, inclusive com materiais para este trabalho, e ao Flávio Amaral, por ser professor, mesmo quando está no papel de advogado e árbitro; e por aceitar fazer parte desta banca.

RESUMO

O Novo Marco do Saneamento Básico, representado pelas alterações introduzidas pela Lei nº 14.026, de 2020, abriu espaço para maior participação da iniciativa privada no setor. Chamou atenção a crítica ao Marco que diz que o Brasil está indo na direção contrária à vários países do mundo com a abertura. A partir disso, o presente trabalho se propôs a fornecer elementos para essa discussão. Para isso, analisou-se qualitativamente como se iniciou e deu a relação com a empresa privada e posterior reestatização nas cidades de Hamilton, Canadá; Buenos Aires, Argentina; e La Paz e El Alto, Bolívia. Os principais problemas estavam relacionados aos seguintes pontos: contratação sem concorrência; dificuldade regulatória e de fiscalização; desenho contratual; descumprimento de metas contratuais; e má relação com a opinião pública. Identificados os problemas, tentou-se observar se o Novo Marco do Saneamento Básico estabelece mecanismos que possibilitem contornar esses problemas ou se o Brasil parece seguir caminho do fracasso da relação entre saneamento básico e a iniciativa privada.

PALAVRAS-CHAVE: Saneamento básico; Experiências internacionais; Regulação; Desestatização, Serviços públicos, Reestatização;

ABSTRACT

The New Legal Framework for Basic Sanitation, represented by the changes introduced by Law No. 14,026, of 2020, opened space for greater participation by the private sector in the sector. The criticism of the new legislation, that drew attention, was that Brazil is going in the opposite direction to several countries in the world. From this, the present work intends to provide elements for this discussion, analyzing qualitatively how it started and gave the relationship with the private company and later re-statation in the cities of Hamilton, Canada; Buenos Aires, Argentina; and La Paz and El Alto, Bolivia. The main problems were related to the following points: contracting without bidding and public competition; regulatory and inspection difficulties; contractual design; non-compliance with contractual targets; and poor relationship with public opinion. Having identified the problems, an attempt was made to see whether the New Basic Sanitation Legal Framework establishes mechanisms that make it possible to work around these problems or whether Brazil seems to be following the path of failure in the relationship between basic sanitation and the private sector.

KEYWORDS: Basic sanitation; International experiences; Regulation; Privatization; Public services; Re-statization;

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO	8
I.1. Situação problema e relevância	8
I.2. Breves comentários sobre metodologia	11
II. HISTÓRICO DA REGULAÇÃO DO SANEAMENTO	13
III. NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO – LEI 14.026/2020	
17	
III.1. Ampliação da concorrência e fim dos contratos de programa	17
III.2. Prestação regionalizada	19
III.3. Supervisão regulatória da Agência Nacional de Águas (ANA)	20
III.4. Metas de desempenho	23
III.5. Titularidade do serviço	24
IV. EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS	26
IV.1. Contextualização geral	26
IV.2. Caso 1: Hamilton, Canadá	27
IV.3. Caso 2: Buenos Aires, Argentina	31
IV.4. Caso: La Paz e El Alto, Bolívia	38
IV.5. Comentários sobre os casos	43
V. COMPARAÇÃO ENTRE OS CASOS ESTUDADOS E O AMBIENTE CRIADO	
PELO NOVO MARCO DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL	51
V.1. Contratação sem concorrência	51
V.2. Problemas com o desenho institucional regulatório	52
V.3. Desenho contratual	57
V.4. Descumprimento de metas contratuais	61
V.5. Má relação com a opinião pública	63
VI. CONCLUSÃO	65
VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:	68

I. INTRODUÇÃO

I.1. Situação problema e relevância

Segundo dados de 2016, cerca de 16,7% da população brasileira não tinha acesso à água tratada e 48,1% da população não tinha acesso a serviço de esgoto. Pesquisa do IBGE apontou que 1.933 municípios, ou seja, 34,7% do total, registraram ocorrência de epidemias ou endemias causadas pela falta de saneamento básico em 2017¹. Além disso, segundo auditoria realizada, em 2015, pelo TCU, o lançamento de esgotos é a principal causa de poluição dos corpos hídricos, em especial em áreas urbanas².

Esses dados demonstram-se consideravelmente preocupantes e comprovam que o acesso ao saneamento básico envolve riscos à saúde da população³ e ao meio ambiente⁴, sendo ambos direitos garantidos constitucionalmente. Além do quadro atual ser alarmante e incompatível com o estágio de desenvolvimento brasileiro⁵, pesquisas apontam a impossibilidade de universalizar o acesso ao saneamento básico dentro do prazo estabelecido pelo Plano Nacional de Saneamento – até 2033⁶, de modo que o quadro de restrições de direitos tende a se prolongar pela falta de investimentos.

¹ IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2017.

² Tribunal de Contas da União. AUDITORIA OPERACIONAL EM ESGOTAMENTO SANITÁRIO. TC 017.507/2015-4 Fiscalis 317/2015 Relator: André Luís de Carvalho.

³ O direito à saúde, entre outras menções na Constituição, aparece com especial atenção no art. 196 da CRFB/88 que reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

⁴ A temática do meio ambiente é tratada em diversos títulos e capítulos, mas cabe destaque o Título VIII, Da Ordem Social, cujo art. 225, caput, diz que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Cabe apontar também que o art. 170 da CRFB/88 traz uma nova percepção sobre o direito ao meio ambiente e descreve que a ordem econômica brasileira deve respeitá-lo.

⁵ Sobre isso, destaca Carlos Tieghi, presidente do Conselho do Instituto Trata Brasil: “Os dados da última Pesquisa Nacional por Amostra Domiciliar, divulgada recentemente pelo IBGE, mais do que comprovam que o saneamento foi deixado de lado pelos últimos governos: a sociedade hoje conta com mais acesso a tecnologia que a rede coletora de esgotos. Dado o contraste dos indicadores do setor de saneamento com os demais (rede elétrica, telefonia, internet, entre outros), cabe ao próximo governo priorizar o saneamento básico e promover todas as alternativas de investimentos previstas na legislação para prover esses serviços básicos para a população.”. Disponível em <<http://www.tratabrasil.org.br/por-que-a-universalizacao-do-saneamento-basico-e-uma-meta-tao-dificil-de-ser-atingida-no-brasil---pensar-brasil>> Acesso em out. de 2020.

⁶ “Segundo o plano, o custo para universalizar os quatro serviços (água, esgoto, resíduos e drenagem) é de R\$ 508 bilhões entre 2014 e 2033. Já para a universalização de água e esgoto, o custo será de R\$ 303 bilhões. Um estudo da Confederação Nacional da Indústria (CNI) apontou que, com o ritmo atual de investimentos, o Brasil apenas conseguirá universalizar o atendimento de água em 2043, e de esgoto, em 2054.” MARQUES, André Luiz de Paula. Saneamento Básico – A difícil arte de universalização. In. Caderno IERBB – Vozes para o Saneamento Básico / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, CAO

O cenário atual de prestação de saneamento básico é o de que os prestadores públicos são os principais responsáveis por esses serviços no Brasil. Segundo dados divulgados pela CERI FGV, 25% dos Municípios é atendido por meio de autarquias municipais, empresas públicas e/ou administração pública direta, enquanto dos 75% que delegam a execução, 96% são atendidos por Companhias Estaduais de Saneamento Básico⁷.

Diante desse cenário precário de acesso ao serviço de saneamento da população brasileira provido pela prestação, em sua maioria, estatal – direta ou indireta – o movimento de maior abertura à iniciativa privada surgiu como alternativa ao *status quo* de incapacidade e ineficiência do Estado na prestação do serviço⁸. Esse movimento começou a se concretizar institucionalmente com as Medidas Provisórias 844/2018 e 868/2018; e, posteriormente, com os Projetos de Lei 3.261/2019 e 4.162/19. O PL 4.162/19 foi convertido na Lei nº 14.026/20, que promoveu alterações substanciais na Lei nº 11.445/07.

Uma série de críticas, entretanto, foram feitas a essa possibilidade, dada a resistência dos opositores ao projeto à prestação privada dos serviços de saneamento. Afirmou-se que a atuação de empresas privadas e o fim dos subsídios cruzados levarão à má prestação do serviço, aumento das tarifas e impossibilidade de universalização. Além disso, muitas das críticas citam que experiências internacionais, de reestatização do serviço depois de má prestação de companhias privadas, comprovam que o Brasil está na contramão do ideal.

Todas essas críticas merecem especial cautela em sua análise, mas chamou atenção como se constrói a crítica sobre o fato de outras cidades no mundo estarem retomando os serviços de saneamento à prestação pública. É possível observar que, na

Meio Ambiente e Patrimônio Cultural. – Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

⁷Disponível em https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf Acesso em set. de 2020.

⁸ Nesse sentido, manifestou-se o Ministro Luiz Fux na Medida Cautelar na ADI 6.492 DF: “O perigo de dano, que se configuraria no risco de perecimento do direito em caso de demora na prestação jurisdicional, afasta-se desde logo pelo cenário lastimável em que atualmente se encontra o acesso da população brasileira a esses serviços. A manutenção do status quo perpetua a violação à dignidade de milhares de brasileiros e a fruição de diversos direitos fundamentais. É como reconhece o próprio Requerente, ao aduzir que “quanto à irreparabilidade dos danos emergentes dos atos impugnados, evidencie-se que a situação atual per se já está a causar um amplo espectro de danos à população brasileira”.” Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.492-DF. Min. Relator Luiz Fux. Decisão Monocrática, julgado em 03.08.2020. DJE 04.08.2020.

maioria das vezes, o ponto central da argumentação é mostrar o número de casos em que houve a chamada remunicipalização, como fizeram Luiz Roberto Moraes e Patricia Borja em artigo acadêmico:

“No entanto, no mundo inteiro está acontecendo um movimento de remunicipalização/reestatização dos serviços públicos de saneamento básico, e não apenas de água e esgoto, mas também de resíduos sólidos. Em um levantamento mundial, realizado entre 2000 e 2016, é mostrado que 267 municípios de diversos países, em diversos continentes, remunicipalizaram/reestatizaram seus serviços públicos de água e esgoto e 31 municípios fizeram o mesmo em relação aos serviços públicos de resíduos sólidos. Paris (França), Buenos Aires (Argentina), Atlanta (Estados Unidos), Budapeste (Hungria), Berlim (Alemanha) e Kuala Lumpur (Malásia) seguiram esse caminho.”⁹

Poucas vezes é possível notar menção aos motivos que levaram as cidades que reestatizaram a adotar esse caminho, mas, quando são feitas, há pouco aprofundamento, citando razões supostamente gerais para que houvesse a retomada de serviços¹⁰. Esse é o caso, por exemplo, petição inicial da ADI 6492, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista, em face do Novo Marco do Saneamento Básico:

“A Lei nº 14.026/2020 ainda colocará o Brasil na contramão do mundo, eis que conforme estudo realizado pelo Transnational Institute, 884 municípios em mais de 35 países reestatizaram seus serviços de saneamento de 2000 a 2017. As razões foram tarifas altas e a baixa qualidade na prestação de serviços cobrados pelas empresas. 26 Cite-se, à guisa de exemplo, a Inglaterra, primeiro país a privatizar o saneamento básico. Hoje, a experiência inglesa revela problemas típicos de modelos de privatização radical, especialmente em um setor como o saneamento básico, propício a monopólios, gera um “contínuo descumprimento de metas de aumento de eficiência e redução de desperdício, trajetória ambiental insustentável, enormes lucros para executivos e grandes acionistas e tarifas reajustadas cerca de 40% acima da inflação em relação aos preços cobradas até a privatização”.”

⁹ MORAES, Luiz Roberto; BORJA, Patricia. MEDIDA PROVISÓRIA NO 868/2018: TENTATIVA DE DESCONSTRUÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SANEAMENTO BÁSICO VIGENTE NO BRASIL. 10.22533/at.ed.9531923121. 2019

¹⁰ Destaca-se que, na petição inicial da ADI 6536, ajuizada por quatro partidos políticos: Partido Comunista do Brasil (PCdoB), o Partido Socialismo e Liberdade (Psol), o Partido Socialista Brasileiro (PSB) e o Partido dos Trabalhadores (PT), o argumento também surge como na maioria dos casos, apenas apontando que o Brasil vai contra diversos países do mundo: “A Lei n. 14.026, de 15 de julho de 2020 representa, assim, a saída do Governo Federal como principal responsável pelo financiamento público do setor de saneamento brasileiro. O setor passa a adotar a privatização como única alternativa para o desenvolvimento do saneamento no Brasil; estratégia esta já fracassada em diversos países mundo a fora, inclusive com clara tendência nos EUA e Europa de remunicipalização dos serviços de saneamento que houveram sido privatizados décadas atrás (verbi gratia, Buenos Aires, Paris e La Paz).”

Diante disso, surgiu a curiosidade e se constatou a necessidade de buscar a fundo compreender o que ocorreu nos casos internacionais para que houvesse a retomada da prestação ao Poder Público. Este trabalho busca fornecer, portanto, elementos para contribuir no debate sobre a participação da iniciativa privada no setor de saneamento como política pública, visando a universalização do serviço, diante dos avanços e retrocessos das tentativas semelhantes de outros países.

Conforme se abordará no tópico de metodologia e se verá ao longo deste trabalho, com a finalidade de fornecer elementos ao debate, serão observados casos internacionais, nos quais houve a concessão do serviço a parceiro privado e posterior reestatização e sob quais contextos e modelos foram realizadas essas escolhas.

Desse modo o presente trabalho tem sua relevância justificada em virtude da tentativa de compreender as críticas que são feitas ao Novo Marco Regulatório e como as experiências internacionais podem auxiliar no alcance da universalização do saneamento básico no país, atualmente tão distante.

I.2. Breves comentários sobre metodologia

A metodologia aplicada para o desenvolvimento do presente trabalho foi mista, representando o estudo exploratório que se pretende. Foi realizada pesquisa doutrinária e estudo de casos, com a finalidade de adquirir subsídios a fim de contribuir com elementos para o debate sobre a participação da iniciativa privada na prestação de serviços de saneamento básico.

A pesquisa doutrinária consistiu no levantamento e na leitura de materiais que abordem tanto a percepção diante do Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil, como também a literatura internacional sobre desestatização e reestatização desses serviços.

A escolha de casos para estudo, que por impossibilidade de tempo ou de informações, não pretenda analisar todos os casos que envolvam determinado acontecimento comum, acaba sendo, quase inevitavelmente, arbitrária. Entretanto, tentou-se buscar alguma lógica que pudesse gerar elementos que melhor contribuíssem com a discussão apresentada.

O estudo de casos realizado no presente trabalho teve como objetivo observar três cidades internacionais que em algum momento concederam o serviço de saneamento básico à iniciativa privada e, posteriormente, optaram pela reestatização do serviço. Cabe destacar como se deu a escolha metodológica dos casos escolhidos para o estudo:

- (i) Primeiro, buscou-se de forma geral quais casos existiam no mundo de desestatização e posterior reestatização do serviço de saneamento, dado que dão base para a crítica ao Novo Marco do Saneamento Básico.
- (ii) Em segundo lugar, restringiu-se o estudo a casos em países, cuja língua fosse conhecida pela autora do presente trabalho, para que fosse possível uma melhor pesquisa em artigos locais do tema e documentos públicos do próprio país, dando mais legitimidade às informações alcançadas.
- (iii) Combinou-se também, à busca, locais com realidade próxima à brasileira ou que tenham tido em seu processo de desestatização alguma semelhança importante com o processo que foi desenhado para o Brasil com a nova lei.
- (iv) Por fim, buscou-se casos em que, em ao menos um, fosse possível ter uma análise de realização completa do contrato com a empresa privada e outros em que fosse possível ter análise de relação que foi rompida durante o curso do contrato.

Chegou-se, então, aos casos estudado, que foram: Hamilton, Canadá; Buenos Aires, Argentina; e La Paz e El Alto, Bolívia. No primeiro, o contrato com a empresa privada foi finalizado, enquanto nos outros o contrato foi encerrado antes do término do tempo previsto.

II. HISTÓRICO DA REGULAÇÃO DO SANEAMENTO

Para compreender quais são as mudanças substanciais implementadas pela Lei nº 14.026/20 no ordenamento jurídico brasileiro, é importante observar como se deu historicamente a regulação do serviço do saneamento básico brasileiro. Por isso, passa-se a observar como a questão é tratada pela Constituição e por normas infraconstitucionais e como o Judiciário contribuiu para a interpretação desses diplomas.

A Constituição Federal estabelece que a competência para o desenvolvimento de programas de melhoria do saneamento básico é comum a todos os entes da federação, na forma do artigo 23, IX. A Constituição, por um lado, prevê que a União é responsável por estabelecer diretrizes capazes de guiar políticas públicas no segmento, de acordo com o seu art. 21, XX. Por outro lado, o artigo 30, V, da Constituição atribui à competência municipal a organização e prestação, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, dos serviços públicos de interesse local, de forma que a titularidade de prestação do serviço de saneamento é municipal.

Apesar de previsto constitucionalmente, o setor de saneamento básico após a Constituição Federal de 1988, possui regulamentação bastante recente, tendo sido iniciada pela Lei nº 9.433 em 1997. Esta Lei trata da Política Nacional de Recursos Hídricos e institui o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, mediante regulamentação do disposto no item XIX do art. 21 da Constituição Federal.

Dez anos depois, em 2007, foi promulgada a Lei nº 11.445/2007, Lei Nacional de Saneamento Básico (LNSB), diploma jurídico de grande relevância no setor, pois além de definir o conceito de saneamento, define o escopo de competência em relação à coordenação e à atuação dos diversos agentes envolvidos nesta cadeia a nível nacional. A LNSB cria também um dever de planejamento setorial previsto em seu artigo 52, de que o Governo Federal, com a ajuda do Ministério das Cidades, elabore o Plano Nacional de Saneamento Básico.

Segundo a Lei nº 11.445/2007, o setor de saneamento é o conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais, sendo esse conjunto formado por: (i) a coleta e tratamento do esgoto, (ii) a limpeza urbana e manipulação de resíduos sólidos e controle de pragas, assim como qualquer outro agente insalubre, (iii) o abastecimento de água potável, e, ainda, (iv) a drenagem e gerência de águas pluviais. Além disso, diante

da partição de competências, estabelecidas pelo constituinte originário, a Lei nº 11.445 de 2007, regulada posteriormente por duas Medidas Provisórias que serão melhor abordadas, dispõe que os Municípios e o Distrito Federal são titulares dos serviços públicos de saneamento, tendo em vista que o serviço de saneamento básico é de interesse local.

Cabe mencionar que o Poder Judiciário também exerceu importante papel na definição de papéis aos entes federativos em relação à prestação do serviço público de saneamento básico. Nesse sentido, destacam-se duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) que foram direcionadas ao Supremo Tribunal Federal (STF) questionando a titularidade dos serviços de saneamento básico. A ADI 2.077¹¹ questionava a possibilidade da Constituição Estadual da Bahia conferir ao Estado a titularidade do serviço de saneamento e a ADI 1.842¹² questionava a possibilidade do Estado do Rio de Janeiro atuar nos serviços de saneamento básico em regiões metropolitanas.

Em 2013, em Medida Cautelar na ADI 2.077, foi decidido que a titularidade para a prestação de serviços de saneamento básico é dos Municípios, devido ao seu caráter local. Em 2019, por unanimidade, os Ministros do STF acordaram em confirmar a medida cautelar anteriormente deferida pelo Plenário e julgar parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 59, V, e 228, caput e § 1º, da Constituição do Estado da Bahia.:

“Ementa: CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. NORMAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA, COM REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 7/1999. COMPETÊNCIAS RELATIVAS A SERVIÇOS PÚBLICOS. OCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIAS MUNICIPAIS (ART. 30, I E V). PARCIAL PROCEDÊNCIA.

1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse.

2. A Constituição Federal de 1988, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos - União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios - e, a partir dessas opções, pode

¹¹ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.077, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2019. DJE 09/09/2019.

¹²Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1842, Relator Min. LUIZ FUX, Relator p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, DJe 16-09-2013.

ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-Membros e nos Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I).

3. O art. 59, V, da legislação impugnada, ao restringir o conceito de "interesse local", interferiu na essência da autonomia dos entes municipais, retirando-lhes a expectativa de estruturar qualquer serviço público que tenha origem ou que seja concluído fora do limite de seu território, ou ainda que demande a utilização de recursos naturais pertencentes a outros entes.

4. O artigo 228, caput e § 1º, da Constituição Estadual também incorre em usurpação da competência municipal, na medida em que desloca, para o Estado, a titularidade do poder concedente para prestação de serviço público de saneamento básico, cujo interesse é predominantemente local. (ADI 1.842, Rel. Min. LUIZ FUX, Rel. P/ acórdão Min. GILMAR MENDES, DJe de 13/9/2013).

5. As normas previstas nos artigos 230 e 238, VI, não apresentam vícios de inconstitucionalidade. A primeira apenas possibilita a cobrança em decorrência do serviço prestado, sem macular regras constitucionais atinentes ao regime jurídico administrativo. A segunda limita-se a impor obrigação ao sistema Único de Saúde de participar da formulação de política e da execução das ações de saneamento básico, o que já é previsto no art. 200, IV, da Constituição Federal.

6. Medida Cautelar confirmada e Ação Direta julgada parcialmente procedente.”¹³ (grifos acrescentados)

Na ADI 1.842, por sua vez, decidiu-se que, nas regiões metropolitanas, os serviços deveriam ser prestados conjuntamente pelos Estados e Municípios, tendo em vista que nesses casos existe interesse comum. A prestação conjunta se daria por meio de um colegiado inter-federativo com representantes do Estado e dos Municípios da região metropolitana. Nesse caso, entendeu-se que não há perda da titularidade dos municípios, pois aqueles que não pertencem a regiões metropolitanas permanecem como gestores exclusivos do serviço e os demais, que compõem os grandes aglomerados, continuam tendo poder decisório sobre a prestação dos serviços.

Destaca-se que esse entendimento do STF foi incorporado ao Estatuto da Metrópole de 2015, que estabelece diretrizes gerais para as regiões metropolitanas. O Estatuto prevê, em seu artigo 6º, II, o “compartilhamento de responsabilidades” e, em seu artigo 7º, IV a “execução compartilhada das funções de interesse comum”, por meio de “estrutura de governança interfederativa”.

¹³ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.077, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2019. DJE 09/09/2019.

Além dessas decisões por parte do STF e das tentativas do legislativo de se adaptar a elas, é preciso apontar duas disposições recentes do Poder Executivo Federal que foram extremamente relevantes para a regulação do setor: a Medida Provisória 844/2018, e a Medida Provisória 868/2018.

As medidas em seu mérito possuem previsões similares, estabelecendo: (i) definição de novas diretrizes para o Plano Nacional de Saneamento Básico; (ii) ampliação dos poderes da Agência Nacional de Águas para emitir regras regulatórias nacionais sobre serviços de saneamento; (iii) melhoria das condições estruturais do saneamento básico no país; (iv) estabelecimento da privatização de empresas estatais de saneamento; (v) possibilidade de subdelegação de serviços através de contratos de programa; (vi) criação de um Comitê Interministerial de Saneamento Básico e (vii) atribuição legal de propriedade do serviço público de saneamento aos Municípios e ao Distrito Federal.

Significativas alterações foram introduzidas pelas Medidas, mas elas não foram votadas em tempo hábil pelo Congresso para que fossem convertidas em Lei e seus efeitos passaram a não vigorar, de modo que foi necessária criação de Projetos de Lei como mais uma tentativa de atualização do marco regulatório do saneamento básico. O senador Tasso Jereissati, também relator da MP 868, apresentou o PL 3.261, que era muito semelhante à Medida Provisória.

O PL 3.261, aprovado em junho de 2019 pelo Senado, foi arquivado pela Câmara, que privilegiou o PL 4.162/19. O objetivo era justamente que a última palavra fosse da Câmara, dado que a Casa do Congresso onde o caminho se inicia tem a prerrogativa de recebê-lo de volta, caso a outra Casa faça alguma mudança, a fim de decidir se aceita ou rejeita a alteração. Assim, enquanto o PL 3.261 iria para o Senado em fase terminativa, o PL 4.162 precisaria voltar para a Câmara após a votação do Senado caso houvesse alteração.

Em dezembro de 2019, a Câmara dos Deputados aprovou o PL 4.162/19, encaminhando-o ao Senado Federal. O Senado, em junho de 2020, aprovou o projeto sem alterações e o encaminhou para o presidente Jair Bolsonaro. Em julho de 2020, o presidente sancionou o projeto com vetos. A Lei, então, foi publicada sob a numeração 14.026/2020 e a resta ao Congresso deliberar sobre os vetos do presidente, acolhendo-os ou revertendo o texto.

III. NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SANEAMENTO BÁSICO – LEI 14.026/2020

Para compreender melhor quais foram as principais alterações na legislação do saneamento básico, este capítulo está separado em subtópicos com os as principais alterações introduzidas pela Lei nº 14.026, de 2020. Além da apresentação das mudanças, serão apontadas as principais críticas em relação a essas mudanças específicas. Considerou-se pontos essenciais para serem abordados: (1) ampliação da concorrência e fim dos contratos de programa; (2) prestação regionalizada; (3) supervisão regulatória da Agência Nacional de Águas; (4) metas de desempenho; e (5) titularidade do serviço.

III.1. Ampliação da concorrência e fim dos contratos de programa

Essa alteração é significativa para os interesses do presente trabalho, de forma que parece pertinente demonstrar claramente na tabela abaixo as alterações realizadas:

Tabela 1. Fim dos contratos de programa:

<u>Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007</u>	<u>Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, alterada pela Lei nº 14.026, de 2020</u>
<p>Art. 10. A prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.</p> <p>§ 1º Excetua-se do disposto no caput deste artigo:</p> <p>I - os serviços públicos de saneamento básico cuja prestação o poder público, nos termos de lei, autorizar para usuários organizados em cooperativas ou associações, desde que se limitem a:</p> <p>a) determinado condomínio;</p>	<p>Art. 10. A prestação dos serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato de concessão, mediante prévia licitação, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, vedada a sua disciplina mediante contrato de programa, convênio, termo de parceria ou outros instrumentos de natureza precária. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)</p> <p>§ 3º Os contratos de programa regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)</p>

<p>b) 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;</p> <p>II - os convênios e outros atos de delegação celebrados até o dia 6 de abril de 2005.</p> <p>§ 2º A autorização prevista no inciso I do § 1º deste artigo deverá prever a obrigação de transferir ao titular os bens vinculados aos serviços por meio de termo específico, com os respectivos cadastros técnicos.</p>	
--	--

Com a alteração fica evidente o fim dos contratos de programa, contratos pelos quais os municípios transferiam a execução dos seus serviços de saneamento para empresas públicas do governo estadual. Esses possuem regras de prestação e tarifação, mas permitiam que as empresas estatais assumissem os serviços sem nenhum procedimento de concorrência com a iniciativa privada. Como está disposto na nova redação do artigo 10 da Lei nº 11.445/2007, no lugar deles serão realizadas licitações, que culminarão na celebração de contratos de concessão.

Ainda, para garantir maior segurança jurídica, inseriu-se o Art. 10-A Lei 11.445/2007, que exige disposições contratuais mínimas que devem estar presentes nos contratos firmados. Dentre as disposições exigidas estão cláusulas essenciais dos contratos de concessão, de acordo com o Art. 23 da Lei 8.987/95.

A transição entre esses dois regimes se dará de forma a manter os contratos de programa que estão em vigor, que poderão ser prorrogados mais uma vez até março de 2022 por 30 anos. Para tanto, entretanto, é necessário que se comprove a viabilidade econômico-financeira.

Sobre este ponto é preciso destacar também a discussão quanto ao Art. 16, alterado pela Lei nº 14.026, de 2020. Esse artigo dispunha que os contratos de programa vigentes e as situações de fato de prestação dos serviços por empresas ou sociedades de economia mista sem assinatura ou com a vigência expirada poderiam ser reconhecidos como contratos de programa e formalizados ou revogados mediante acordo entre as partes. Esse

artigo foi vetado pelo Presidente Jair Bolsonaro, mas é considerado essencial por defensores do PL 4.162/19.

Por um lado, o veto foi motivado sob a justificativa de que o reconhecimento de fato desses contratos por mais 30 anos prolonga demasiadamente a situação atual, postergando soluções para os impactos ambientais e de saúde pública. Além disso, segundo o veto, o dispositivo estava em descompasso com os objetivos do novo marco legal do saneamento, que orientam a celebração de contratos de concessão¹⁴. Por outro lado, os defensores do PL argumentam que a porcentagem de municípios irregulares é alta, de modo que se esse artigo não fosse inserido, os municípios em situação irregular deveriam contratar imediatamente por meio de procedimento licitatório, o que poderia afetar a prestação do serviço à população pela transição brusca¹⁵.

III.2. Prestação regionalizada

Com a finalidade de viabilizar economicamente a prestação para cidades menores e mais isoladas, o PL 4.162 estimula a regionalização dos serviços, por meio da criação de estruturas de governança interfederativa, incluindo: (i) regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões; (ii) unidade regional de saneamento básico, estabelecida por meio de lei estadual; (iii) bloco de referência, instituído pela União, nos casos em que os Estados não implementem medidas para regionalização dos serviços. Os municípios não precisariam ser vizinhos para fazerem parte da mesma unidade regional ou do mesmo bloco de referência e a adesão a eles seria voluntária.

Interessante citar que, no projeto original do Senado, PL 3.261/19, a participação nos blocos era obrigatória aos Municípios, mas isso foi alterado no novo projeto, podendo

¹⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Msg/VEP/VEP-396.htm Acesso em set. de 2020.

¹⁵ Segundo a análise da FGV CERl: “Este artigo é relevante uma vez que 26% dos municípios atendidos por CESBs encontram-se em situação irregular (Figura 1, página 10). Se este artigo não fosse inserido, os municípios em situação irregular deveriam contratar de forma imediata através de procedimento licitatório, o que poderia impactar a prestação dos serviços à população, bem como o valor das CESBs. Além disso, o período de adequação de dois anos é uma oportunidade para os municípios firmarem bons contratos, ou seja, com metas bem definidas e que incentivem as CESBs a alcançá-las.” SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; e PARENTE, Ana Tereza Marques. Reformulação do Marco Legal do Saneamento no Brasil. FGV CERl, direção de Joísa Dutra, 2020. Disponível em https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf Acesso em set. de 2020.

o Município optar por licitar individualmente. Essa alteração foi considerada uma das mais importantes para a aprovação da Câmara, dado que a titularidade do serviço de saneamento é, constitucionalmente, assegurada aos municípios e eles perderiam força com a obrigatoriedade de participação¹⁶.

Entretanto, essa faculdade de participação foi objeto de veto pelo Presidente da República ao vetar o § 4º do art. 3º do Marco do Saneamento, sob o argumento de que a opção de o município licitar individualmente feriria o §3 do art. 25 da Constituição Federal de 1988. Esse parágrafo prevê que 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.

Sobre isso, o primeiro ponto a se questionar é que o Presidente vetou o § 4º do art. 3º do Marco do Saneamento, mas não vetou o art. 8º-A, que na mesma linha prevê que é facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada. Assim, há uma incongruência no veto presidencial e, até que se questione eventualmente o Novo Marco do Saneamento Básico judicialmente a adesão dos municípios é facultativa pela vigência do art.8º-A.

III.3. Supervisão regulatória da Agência Nacional de Águas (ANA)

O Art. 25-A da Lei 11.445/2007, com Redação pela Lei nº 14.026/2020 dispõe que a ANA instituirá normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras, observada a legislação federal pertinente¹⁷. Para operacionalizar a referida

¹⁶ Fonte: Agência Senado. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/23/senado-vai-analisar-novo-marco-regulatorio-do-saneamento-em-2020>> Acesso em ago. de 2020.

¹⁷ Essa alteração da Lei foi vista com bons olhos. Destaca-se a análise da FGV CERI sobre o tema: A alteração proposta contribui para aumentar a uniformidade e transparência do processo regulatório do setor. O desafio posto com relação a este tema é a operacionalização por parte da ANA desta nova competência (supervisão regulatória dos serviços de saneamento). Cumpre ressaltar que o setor de saneamento não possui cultura de regulação bem desenvolvida. De qualquer forma, existem alguns casos de avanços na regulação do saneamento que devem ser considerados pela ANA. Nesse sentido, desde abril de 2019 foi firmado o compromisso entre ANA e a Associação Brasileira de Agências Reguladoras (ABAR) para compartilhar essas experiências e debater as normas de referência a serem estabelecidas. Além disso, vale lembrar que a ANA deverá considerar as diversas realidades existentes no país de modo a promover isonomia no tratamento. SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; e

alteração, foram necessárias modificações na Lei nº 9.984/2000, cuja ementa passou a apresentar o novo nome da agência: Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA).

A definição dos conteúdos dos regulamentos que poderão ser expedidos pela ANA está disposta no Art. 4º-A da Lei nº 9.984/2000 e seus oito incisos. Dentre as novas atribuições, destacam-se algumas: definição de padrões de qualidade e eficiência na prestação; regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico; e metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico para concessões que considerem, entre outras condições, o nível de cobertura de serviço existente, a viabilidade econômico-financeira da expansão da prestação do serviço e o número de Municípios atendidos.

Essa competência da agência federal pode gerar confusão em relação à titularidade do serviço, que, segundo a Lei é municipal quando envolvendo interesse local e estadual em conjunto com os Municípios no caso de interesse comum. A ideia é que a ANA não irá assumir a regulação direta do saneamento, de forma que as agências já existentes, tal como a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), por exemplo, continuarão a regular as atividades das empresas que atuam dentro de sua competência.

Entretanto, resta ainda a pergunta acerca da real aplicação dos regulamentos de referência, diante da existência de agências reguladoras infranacionais que regulam os serviços de saneamento no Brasil. A lógica é a de que para obter financiamento ou recursos federais para investir no setor, as entidades reguladoras deverão aderir aos

PARENTE, Ana Tereza Marques. Reformulação do Marco Legal do Saneamento no Brasil. FGV CERI, direção de Joísa Dutra, 2020. Disponível em https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf Acesso em out. de 2020.

regulamentos da ANA¹⁸, segundo o Art. 4º-B da Lei nº 9.984/2000, alterado pela Lei nº 14.026/2020¹⁹.

Neste ponto, surgiram críticas no sentido de que essa previsão fere o princípio federativo e a autonomia dos Municípios e dos Estados para regular serviços de sua titularidade. A ideia de que a ANA buscará maior uniformidade regulatória com as normas de referência é, para alguns, entendido como a “antítese do federalismo”²⁰. Desse modo, é possível afirmar que essa previsão legal dividiu opiniões ao mesmo tempo em que promove uma inovação institucional na regulação de um serviço público.

¹⁸ Sobre isso, destaca Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas no texto A Ana e a Federação por Água Abaixo: notas sobre o novo marco legal do saneamento: “Note-se que a União já fez algo parecido – mas bem mais tímido – ao condicionar o repasse de recursos federais ao cumprimento por estados e municípios deste ou daquele compromisso (por exemplo no art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal). A prática já era discutível. Mas agora (na vigência do slogan “Mais Brasil menos Brasília”) a ousadia é grande. Como condição para acesso a financiamentos federais a União simplesmente pretende (na prática) transferir a regulação dos serviços de saneamento dos titulares definidos pela Constituição (interpretada pelo STF) para ela própria.” MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A Ana e a Federação por Água Abaixo: notas sobre o novo marco legal do saneamento. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/a-ana-e-a-federacao-por-agua-abaixo-notas-sobre-o-novo-marco-legal-do-saneamento> Acesso em set. de 2020.

¹⁹ Lei nº 14.026/2020: Art. 4º-B. A ANA manterá atualizada e disponível, em seu sítio eletrônico, a relação das entidades reguladoras e fiscalizadoras que adotam as normas de referência nacionais para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a viabilizar o acesso aos recursos públicos federais ou a contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal, nos termos do art. 50 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) § 1º A ANA disciplinará, por meio de ato normativo, os requisitos e os procedimentos a serem observados pelas entidades encarregadas da regulação e da fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico, para a comprovação da adoção das normas regulatórias de referência, que poderá ser gradual, de modo a preservar as expectativas e os direitos decorrentes das normas a serem substituídas e a propiciar a adequada preparação das entidades reguladoras. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) § 2º A verificação da adoção das normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico estabelecidas pela ANA ocorrerá periodicamente e será obrigatória no momento da contratação dos financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

²⁰ Termo utilizado por Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas no texto A Ana e a Federação por Água Abaixo: notas sobre o novo marco legal do saneamento: “Voltando à atividade “normativa”, o NMLSB afirma que no seu exercício a ANA “zelará pela uniformidade regulatória do setor de saneamento básico e pela segurança jurídica na prestação e na regulação dos serviços”. Ora, uniformidade regulatória, ou, no caso, uniformidade normativa é a antítese do federalismo.” MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A Ana e a Federação por Água Abaixo: notas sobre o novo marco legal do saneamento. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/a-ana-e-a-federacao-por-agua-abaixo-notas-sobre-o-novo-marco-legal-do-saneamento> Acesso em set. de 2020.

III.4. Metas de desempenho

A Lei nº 14.026/2020 inseriu na Lei 11.445/2007 os artigos 10-B e 11-B que tratam sobre metas de universalização. O primeiro dispõe que os contratos em vigor e aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão de saneamento estão condicionados à comprovação de capacidade econômico-financeira com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033.

O segundo, por sua vez, estabelece que os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% da população com água potável e de 90% da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

Destaca-se que, segundo o § 9º do Art. 11-B, é possível a dilação do prazo até 2040 de universalização quando os estudos para licitação da prestação regionalizada apontarem para inviabilidade econômico-financeira da universalização. Para isso, é necessária prévia anuência da agência reguladora, que deve levar em consideração, na sua análise, a modicidade tarifária.

A universalização do saneamento nesses termos está de acordo com a meta do Plano Nacional de Saneamento Básico, que foi aprovado em 2013. Esse plano estabelece metas, diretrizes e ações referentes ao saneamento básico para o Brasil nos 20 anos seguintes. De maneira geral, esses artigos são vistos com bons olhos e demonstram os objetivos precípuos do novo marco: a universalização.

Entretanto, há críticas em relação ao fato de que uma lei federal está estabelecendo metas contratuais para contratos firmados, em geral, por municípios. Isso porque é possível dizer que essas metas, como estabelecidas, ferem o princípio federativo; e porque essa estrutura afetaria a atratividade dos investidores e a modicidade tarifária. Sobre este ponto, destaca-se o argumento levantado na Análise da Centro de Estudos de Regulação e Infraestrutura da FGV (FGV CERI)²¹:

²¹ SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; e PARENTE, Ana Tereza Marques. Reformulação do Marco Legal do Saneamento no Brasil. FGV CERI, direção de Joísa Dutra, 2020. Disponível em https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf Acesso em out. de 2020.

“Imaginando uma área em que a população tem baixa capacidade de pagamento e alta necessidade de investimentos para expansão dos serviços, é lógico pensar que será necessário grande aporte de investimentos. Em geral, os investimentos são remunerados através das tarifas. Consequentemente as tarifas aumentariam e, neste caso, a população não teria como pagar. Além disso, a população possivelmente não verá com bons olhos a entrada de um parceiro privado e um aumento significativo das tarifas, o que representaria um maior risco para o investidor.”

Nessa linha, critica-se os impactos que essas previsões podem ter junto a pretensão de investimento do setor privado no setor. A ideia é que com esses artigos pode haver um movimento pela procura de municípios com infraestrutura mais bem desenvolvida e com população com maior capacidade de pagamento. Contudo, é preciso, para compreender os reais impactos desses artigos, analisar como se desenhou a concorrência dos serviços de saneamento, de modo que seja possível interpretação sistemática do Marco, mesmo porque essa crítica parece ignorar a possibilidade de dilação do prazo para 2040 no caso de necessidade de acomodação da modicidade tarifária.

III.5. Titularidade do serviço

A Lei 14.026/2020 define a titularidade dos serviços de saneamento básico, alterando o art. 8º da Lei 11.445/2007. O art. 8º com a nova redação passa a definir como titulares:

“Art. 8º Exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

I - os Municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local;

II - o Estado, em conjunto com os Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, no caso de interesse comum.”

O conceito de interesse local está no art. 3º, XV da legislação alterada: funções públicas e serviços cujas infraestruturas e instalações operacionais atendam a um único Município. O inciso XIV do mesmo artigo define também longamente o conceito de

interesse comum²², mas ele pode ser entendido de forma mais simplificada como aquele que não é caracterizado como interesse local.

Essa previsão pode ser entendida como uma aplicação formal da interpretação do STF na ADI nº 1.842-RJ²³, que não estava presente nas MPs 844 e 868. No entanto, ainda assim, foi passível de críticas quanto à sua aplicabilidade na prática.

O que se questiona nesse ponto, é que tal alteração do PL 4.162/19, na prática, gera a extinção da possibilidade de titularidade por parte do Município, além de não restar claro se para considerar a titularidade em conjunto com o Estado é necessário apenas o compartilhamento de infraestrutura ou se também é preciso que o município faça parte de uma região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião²⁴. Isso pode gerar insegurança jurídica sobre a titularidade diante dessa alteração que limita a titularidade dos municípios e da construção jurisprudencial.

²² Lei 11.445/2007: Art. 3º: XIV - serviços públicos de saneamento básico de interesse comum: serviços de saneamento básico prestados em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões instituídas por lei complementar estadual, em que se verifique o compartilhamento de instalações operacionais de infraestrutura de abastecimento de água e/ou de esgotamento sanitário entre 2 (dois) ou mais Municípios, denotando a necessidade de organizá-los, planejá-los, executá-los e operá-los de forma conjunta e integrada pelo Estado e pelos Municípios que compartilham, no todo ou em parte, as referidas instalações operacionais; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

²³ Nesse sentido, entende Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas no texto A Ana e a Federação por Água Abaixo: notas sobre o novo marco legal do saneamento. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/a-ana-e-a-federacao-por-agua-abaixo-notas-sobre-o-novo-marco-legal-do-saneamento> Acesso em set. de 2020.

²⁴Disponível em https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf Acesso em set. de 2020.

IV. EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS

IV.1. Contextualização geral

Como se demonstrou na introdução, a crítica feita em relação ao movimento contrário do Brasil com o Novo Marco do Saneamento não é feita com base em análise qualitativa. Por isso, busca-se, nesse capítulo, analisar casos importantes de remunicipalização do serviço de saneamento básico a fim de compreender quais foram os problemas na prestação pela iniciativa privada que levaram a retomada dos serviços. A partir disso, pretende-se extrair aprendizados a serem usados no Brasil.

É possível notar que houve em muitos países um movimento de desestatização de serviços públicos, seja por meio de concessão, seja por meio de parcerias público privadas, o que inclui o serviço de saneamento básico. Entretanto, também é possível apontar que muitas cidades estão levando os serviços de tratamento de água e esgoto de volta à gestão pública, o que causa grande impacto em como a água e o saneamento serão adquiridos, financiados e operados no futuro dessas cidades²⁵.

Paris é um exemplo muito conhecido, tendo reestatizado o serviço em 2010 após uma decisão de não renovar o seu contrato com as duas empresas privadas de água mais emblemáticas do mundo, Suez e Veolia. A cidade de Atlanta nos Estados Unidos também possui um caso bem documentado de desestatização e remunicipalização do serviço de saneamento, no qual a decisão de encerramento da parceria se deu mutuamente entre Atlanta e United Water, empresa privada envolvida na gestão, depois de indícios de corrupção envolvendo o contrato.

Os casos internacionais de remunicipalização do saneamento básico compõem um dos principais argumentos para aqueles que são contrários ao novo Marco Regulatório do saneamento básico no Brasil, que abre caminho maior espaço à participação da iniciativa privada. Entretanto, a afirmação pura de que em muitos países do mundo houve retomada da prestação pelo Poder Público não é, em si, suficiente para defender que não deve haver a desestatização do serviço. Isso porque, além de não ser observado o número de casos em que se optou e ainda permanece nas mãos da iniciativa privada para a construção

²⁵ MCDONALD, David. Remunicipalization: The future of water services?. Geoforum. 91. 47-56. 10.1016/j.geoforum, 2018.

completa do argumento, a afirmação não observa o que realmente levou esses países a retornarem à prestação pública.

A partir disso, com o objetivo de aprofundar esta crítica, compreendê-la e observar em que medida ela deve ser, de fato, realizada no contexto brasileiro, busca-se neste capítulo observar três casos internacionais frequentemente citados nas citadas críticas.

O primeiro caso é o de Hamilton, Canadá, cuja relevância se demonstra por o contrato firmado ter sido, à época, o de maior vulto em contrato com empresa privada para tratamento de água; e por ter sido uma das primeiras cidades a remunicipalizar o serviço.

O segundo caso tratado é o de Buenos Aires, Argentina, cuja relevância ao presente trabalho se justifica por ser caso mais recente e compatível com a realidade brasileira e por ter envolvido uma série de atores institucionais, como parece se desenhar a regulação do saneamento básico também no Brasil.

O terceiro caso é o de La Paz e El Alto, Bolívia, cuja relevância se dá, além de tratar de cidades de país também vizinho ao Brasil, por ser contrato que envolve uma prestação regionalizada, o que é incentivado pelo Novo Marco do Saneamento Básico, como foi possível perceber em capítulo anterior.

Outro motivo pelo qual se optou por esses casos é que em um é possível ter uma análise de realização completa do contrato com a empresa privada e nos outros dois é possível ter uma análise de uma relação que foi rompida durante o curso do contrato, conforme se verá.

IV.2. Caso 1: Hamilton, Canadá

Hamilton é uma cidade portuária de médio porte com, aproximadamente, 490.000 habitantes localizada na província de Ontario, no Canadá. Nela, está localizada a maior parte das siderúrgicas do país. Com a crise do setor, a cidade passou por uma transição que envolveu grande poluição, alto desemprego e pobreza relativa em comparação às demais cidades da mesma província. No início da década de 1990, diante do cenário de crise e restrição fiscal, sem meios para arcar com investimentos, os políticos locais passaram a considerar a prestação privada de serviços públicos.

Neste contexto, uma empresa local, Philip Utility Management Company e sua controladora Philip Environmental Inc. apresentaram uma proposta não solicitada para operar as estações de tratamento de água e esgoto da área. A proposta também incluía várias garantias de desenvolvimento econômico para a região.

Dada a precariedade do Poder Público em prover o serviço, aceitou-se celebrar, por ajuste direto, uma parceria público-privada para gestão e manutenção das unidades de tratamento de água e esgoto²⁶, que envolviam proposta de investimento de 15 milhões na comunidade. Assim, apesar da empresa privada não ter à época nenhum registro de execução de qualquer instalação de água de tamanho equivalente, foi consagrado o contrato e a empresa passaria a gerir o serviço por aproximadamente 180 milhões de dólares, por um prazo de 10 anos.

A ideia que foi apresentada seria de mútua cooperação, que geraria desenvolvimento para a cidade, de um lado, e, por outro lado, tornaria a empresa privada uma referência neste tipo de prestação de serviço. Embora esse acordo tenha se dado com otimismo pela mudança do *status quo* da prestação do serviço público, o contrato foi assinado sem nenhum regime de concorrência com outras possíveis interessadas e sem debate público.

Assim, houve severas críticas na assinatura do maior contrato em questões monetárias de saneamento básico da época sem o formalismo esperado e necessário para tal. Ademais, o contrato assinado também foi alvo de fortes críticas que destacavam desequilíbrio contratual. Afirmava-se que o contrato favorecia desproporcionalmente a empresa privada:

“Notwithstanding the enthusiasm and overwhelming political support for the Philip deal, there were two parts of the contract that generated a good deal of concern and debate: Article 4.05, which capped the company’s responsibility for facility maintenance at \$10,000 per year; and, article 5.01, which set out a formula for the sharing of any cost cost-savings between the municipality and the company. Under the formula, Philip would receive sixty percent of any generated cost-savings; however, if cost-savings reached twenty percent of the annual

²⁶ “The public-private contract was signed between the Region of Hamilton-Wentworth and the newly created Philip Utilities Management Corporation (PUMC), owned at 70% by Philip Environmental and 30% by the Ontario Teachers’ Pension Plan Board. This deal was the outcome of intense political networking; PUMC was presided by the former chair of the province’s Liberal Party, Stuart Smith, who had previously headed a privatised federal research centre merged with Philip Environmental, the Wastewater Technology Centre.” PIGEON, Martin; MCDONALD, David. A.; HOEDEMAN, Olivier; KISHIMOTO, Satoko (Orgs.). Remunicipalisation: Putting Water Back into Public Hands. Transnational Institute: Amsterdam, 2012. p. 77.

budget, Philip's share would increase to eighty percent. Many felt that Article 4.05 allowed Philip to delay maintenance work at water and wastewater facilities until the costs exceeded the \$10,000 limit. Article 5.01 was a potential incentive for Philip to cut costs in areas such as labour (Anderson 1999).²⁷

As críticas quanto ao equilíbrio de responsabilidades do contrato acabaram se confirmando com o tempo. Em 1996, houve uma falha do sistema de bombeamento na principal estação de esgoto, o que acabou inundando uma série de casas e empreendimentos e despejou milhões de litros de esgoto não tratado no porto de Hamilton. Embora Philip Utility Management Company tenha sido considerada responsável pelos derrames²⁸, o município ficou sujeito ao pagamento de multas e de reivindicações de responsabilidade perante danos, graças a disposições contratuais que protegiam a empresa privada.

Do ponto de vista de geração de empregos, no mesmo ano, o número de funcionários da empresa foi cortado pela metade, descumprindo mais uma promessa, a de geração de empregos. Do ponto de vista ambiental, não foi registrada nenhuma melhora na qualidade da água. Pelo contrário, a frequência de derramamento de esgoto, dentre as quais a descrita anteriormente, aumentou.

Houve ainda problemas internos que dificultaram o cumprimento das promessas pela empresa privada. Em 1999, a Philip Utility Management Company, responsável pelo serviço em Hamilton apresentava grande lucratividade, mas sua empresa controladora tinha grandes problemas financeiros que a levaram a vender a Philip Utility Management Company, para a empresa Azurix Corp, e decretar falência. Esse foi o início de uma série

²⁷ GRANT, John K; and OHEMENG, Frank L. K. Has the Bubble Finally Burst? An Examination of the Failure of Privatization of Water Services Delivery in Atlanta (U.S.A) and Hamilton (Canada). Annual Meeting of the Canadian Political Science Association, Carleton University, Ottawa, 2009.

²⁸ "Technically, PUMC was in charge of the plants, reservoirs and pumping stations, but not of the pipes network. It therefore optimised its costs by pumping faster in non-peak hours, when electricity was cheaper, to fill the reservoirs. The problem is that by doing so PUMC increased pressure in the pipes to levels where there was no security buffer. During these times several main breaks occurred in the pipes network, including one that affected a hospital and forced partial evacuation of patients, followed by a lawsuit against the city.⁹ Additional evidence of technical tricks used to deflect costs was reported by interviewees for this research, with many reporting that PUMC let small maintenance issues (such as lighting) degrade to a point that its repair was costly enough (i.e. above the C\$10,000 threshold) to fall under the city's contractual responsibility" PIGEON, Martin. Chapter Five – Who takes the risks? Water remunicipalisation in Hamilton, Canada, Remunicipalisation: Putting Water Back into Public Hands. Transnational Institute, 2012.

de vendas e mudança de controle, alterando indiretamente a empresa responsável pelo serviço de saneamento.

A Azurix Corp era subsidiária Enron Corp. As expectativas da empresa eram altas ao entrar no setor de fornecimento e tratamento de água. Rebecca P. Mark, CEO da Azurix apontou que “This transaction supports our global strategy of owning and operating water and wastewater assets and providing related services”²⁹. O entusiasmo da compra, entretanto, durou pouco. Após um escândalo contábil da Enron Corp, em 2001³⁰, a Azurix foi vendida a empresa norte-americana American Water Works (AWW), cujo controle foi adquirido em 2002 pela empresa Thames Water, um conglomerado alemão.

Nesse cenário, o município de Hamilton ficou alheio à decisão de quem prestaria o serviço público de forma indireta. Isso, gerou uma grande dificuldade no desenvolvimento do investimento e no cumprimento com o acordado por outros responsáveis pela empresa:

“With each new acquisition, the Hamilton City Council had to approve the change of ‘partner’, but the contract “failed to include clauses providing options for the city in the event of mergers or takeovers by other companies,”¹⁹ and it seems the promises made by PUMC were lost along the way. However, repeated problems, the successive change of owners and the arrival of global corporations to manage the city’s water had raised public awareness about water and wastewater management issues.”³¹

Diante desse cenário de prejuízos à cidade decorrente da relação contratual que começou com uma empresa local e teve fim com uma multinacional, American Water Works, em 2004, o departamento de obras da cidade de Hamilton começou a traçar

²⁹ Business Wire (1999) Philip Services enters into definitive agreement to sell its interest in Philip Utilities Management Corporation. Disponível em <http://www.waterindustry.org/New%20Projects/philip.htm> Acesso em out. de 2020.

³⁰ Segundo a Federação Nacional das Empresas de Serviços Contábeis e das Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas – Fenacon, o caso Enron foi um dos maiores escândalos contábeis do mundo: “Enron Corporation era uma empresa de energia, commodities e serviços dos EUA, baseada em Houston, Texas. Em um dos controversos escândalos contábeis da última década, descobriu-se em 2001 que a empresa estava usando lacunas contábeis para esconder bilhões de dólares de dívidas incobráveis ao mesmo tempo em que inflacionava os ganhos da empresa. O escândalo resultou em acionistas perdendo mais de US \$ 74 bilhões, enquanto o preço da ação da Enron caiu de cerca de US \$ 90 para menos de US \$ 1 em um ano. (...) O escândalo levou à falência da Enron e à dissolução de Arthur Andersen.” Disponível em <http://fenacon.org.br/noticias/os-9-maiores-escandalos-contabeis-do-mundo-2609/> Acesso em out. de 2020.

³¹ PIGEON, Martin. Chapter Five – Who takes the risks? Water remunicipalisation in Hamilton, Canada, Remunicipalisation: Putting Water Back into Public Hands. Transnational Institute, 2012. p. 80.

alternativas para o futuro do serviço. As duas opções principais eram: (i) contratar novamente com a iniciativa privada, desde que após certame que garantisse concorrência; e (ii) reassumir o serviço para prestação pela cidade.

Mesmo com todos os transtornos da relação anterior, optou-se por buscar novo parceiro privado, por meio de processo competitivo de escolha, para o qual a cidade realizou pedidos de proposta. No final, sete empresas responderam ao Pedido de Qualificações da cidade, uma pré-etapa de triagem para identificar licitantes interessantes, e quatro empresas foram selecionadas para enviar propostas. Dentre essas empresas a, então, operadora American Water Works foi selecionada para apresentar proposta.

Três apresentaram propostas: a primeira foi apresentada fora do prazo e foi rejeitada; a segunda não cumpria todos os requisitos e a terceira, da American Water Works, propôs um valor três vezes maior do que o pretendido pela cidade³².

Os resquícios da relação anterior tornaram o processo de escolha tão rigoroso que poucas foram as empresas qualificadas para apresentar propostas e das quatro empresas qualificadas nenhuma passou pelas exigências do certame para que fosse contratada. Diante do insucesso do certame mais a pressão política no sentido contrário à continuidade da prestação por empresa privada, o conselho de Hamilton votou para devolver suas operações de água e esgoto ao controle municipal em setembro de 2004.

Dessa forma, é possível afirmar que existiram graves problemas na relação com a empresa privada, dentre os quais estão principalmente: (i) contratação direta; (ii) desequilíbrio contratual de responsabilidades; (iii) lacuna regulatória e institucional de fiscalização. Ainda, é possível apontar que a retomada dos serviços não foi a primeira opção da cidade de Hamilton, mas uma consequência do insucesso do certame.

IV.3. Caso 2: Buenos Aires, Argentina

Muitas vezes, as críticas que são feitas ao novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil estão associadas a comparações com casos como o de Paris e Berlim, cidades de países Europeus com infraestrutura, economia e índices de desenvolvimento

³² PIGEON, Martin. Chapter Five – Who takes the risks? Water remunicipalisation in Hamilton, Canada, Remunicipalisation: Putting Water Back into Public Hands. Transnational Institute, 2012. p. 82.

muito diferentes aos das cidades do Brasil, o que acaba dificultando a real compreensão da questão e a percepção de se, de fato, essa crítica faz sentido no contexto brasileiro. Por isso, o estudo de caso de Buenos Aires, Argentina foi escolhido com o objetivo de aproximar a discussão com a América Latina, forçando a observação de país vizinho.

No entanto, algumas ressalvas precisam ser feitas, para que se possa iniciar esse estudo de caso. Quando se observa o caso de Buenos Aires, não se está, a rigor, diante de um caso de remunicipalização: (i) a concessão foi inicialmente concedida pelo governo federal e não por autoridades municipais³³; (ii) ao retornar às mãos do Poder Público, o serviço passou a ser prestado por uma empresa pública recém-criada, Agua y Saneamientos Argentinos (AySA), sob o controle do governo nacional. Ainda assim, o serviço de água opera em nível municipal e as lições do caso são relevantes para o presente trabalho, principalmente, como já dito, pela maior proximidade com o Brasil.

Após a eleição de Carlos Menem como presidente em 1989, iniciou-se a implementação de um extenso programa de desestatização como reação ao estado de economia de emergência e da hiperinflação. A abertura à iniciativa privada foi feita por meio de Decreto, em 1992³⁴, e o governo nacional foi o líder no processo, objetivando fazer da prestação privada de Buenos Aires um modelo para as demais cidades argentinas.

Em 1993, foi realizada a licitação para concessão dos serviços de saneamento básico, utilizando-se o critério de menor tarifa. Segundo a Cláusula 14.6 do Edital de licitação, a oferta econômica que propôs o menor coeficiente de reajuste sobre o fator K da estrutura tarifária seria considerada vencedora da Licitação, desde que, por sua vez, esse coeficiente fosse compatível com a oferta técnica apresentado e permitisse o seu cumprimento.

O consórcio privado Aguas Argentinas SA (AASA), cujo operador era a Sociedade Francesa LYONNAISE DES EAUX DUMEZ SOCIEDAD ANÓNIMA, venceu a licitação e assinou contrato de 30 anos para operar os serviços integrados de

³³ O Art. 4º, b do ANEXO I. QUADRO REGULAMENTAR PARA A CONCESSÃO DE SERVIÇOS do Decreto 999/92 define o Poder Concedente como o Poder Executivo Nacional. Disponível em <<http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/999-92.htm>> Acesso em ago. de 2020.

³⁴ O Ministério da Economia argentino disponibiliza linha do tempo do processo de privatização e reestatização do serviço de água e esgoto. Disponível em <http://mepriv.mecon.gov.ar/Obras_Sanitarias/marco.htm> Acesso em ago. de 2020.

água e saneamento da área metropolitana de Buenos Aires. O consórcio deveria atender a cerca de nove milhões de pessoas na Argentina.

O primeiro desafio, que apareceu diante do processo de concessão, foi a definição do modelo regulatório, tendo em vista que múltiplos interesses estavam em disputa: interesses do município de Buenos Aires; interesses da província de Buenos Aires e interesse federal da Argentina, dado que o poder concedente foi o poder federal neste processo. A partir disso, criou-se agência tripartite, chamada Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios, ETOSS, que contariam com representantes de cada um dos interesses em questão.

Apenas oito meses após a assinatura do contrato Aguas Argentinas requereu a sua renegociação, iniciando um período de constantes conflitos por readequações tarifárias. É possível separar os problemas envolvendo a prestação do serviço por parte da AASA em dois períodos:

- (i) 1993 a 2002: período caracterizado por modificações contratuais recorrentes, principalmente associadas a aumentos de tarifas e por repetidas reclamações do governo sobre a falha da AASA em honrar o contrato em relação aos investimentos, compromissos, metas de expansão, proteção ambiental e qualidade dos serviços, entre outros problemas; e
- (ii) 2002 a 2006: período marcado por longas renegociações oriundas do abandono da paridade fixa do peso argentino com o dólar dos Estados Unidos.

Para compreender esse cenário, parece importante observar os compromissos traçados no contrato original. São alguns: universalização do acesso até 2023; melhoria da qualidade do serviço para atendimento internacional de padrões; e incorporação de novas tecnologias para tratamento de efluentes. Isso seria garantido com uma tarifa de serviços "razoável", com uma redução inicial de 26,9% da tarifa existente³⁵.

Além de negociações iniciais do contrato, oito meses após a assinatura a AASA solicitou revisão extraordinária de tarifa, argumentando que havia sofrido perdas

³⁵ AZPIAZU, Daniel e CASTRO, Jose Esteban. Aguas Públicas: Buenos Aires in Muddled Waters. In. Chapter Four. Remunicipalisation: Putting Water Back into Public Hands. Transnational Institute, 2012. p. 60.

operacionais imprevisíveis, de forma que seria necessário um aumento considerável na “taxa de infraestrutura”. Nesse ponto, algumas críticas são feitas em relação ao desenho contratual estabelecido e ao critério de escolha da melhor proposta no processo de licitação. Sobre isso, destaca Caroline e van den Berg:

“In Buenos Aires, the concession was awarded to the lowest tariff bidder, resulting in an immediate benefit to existing users. However, the connection fee remained high - in fact unaffordable to low-income households - because it included an “infrastructure charge” meant to finance not just the connection, but the incremental cost of expanding the secondary water distribution and sewer networks. Elsewhere ambitious coverage expansion targets in a contract, if the cost of expansion targets in a contract, if the cost of expansion is not borne by new users, can put pressure on a utility's cash needs and drive up charges for existing users. Benefits to new users may be overstated in the analysis of a concession, by ignoring the fact that some already had acceptable service from alternative sources (through private wells, or small providers).³⁶”

O governo posicionou-se de forma favorável à revisão e, em 1997, iniciou um processo para renegociar o contrato de concessão que trouxe modificações substantivas aos termos originais. Essas alterações se concretizaram com a edição dos Decretos 149/97 e 1167/97³⁷.

Destaca-se que, em 1997, quando a então Ministra do Meio Ambiente Julia Alsogaray, assinou o Decreto 149/97³⁸, a agência, ETOSS, ficou de fora do processo de definição tarifária. O Decreto estabeleceu que as negociações se dariam diretamente entre o Governo Federal e a concessionária, por meio de seu artigo 2º³⁹. Essa interferência

³⁶ BERG, Caroline van den. Water Concessions: Who Wins, Who Loses, and What to do about it. The World Bank Group, Public Policy for the Private Sector, n. 217. 2000. P. 02.

³⁷Disponíveis, respectivamente, em <<http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/149-97.htm>> e <<http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/1167-97.htm>> Acesso em ago. de 2020.

³⁸ Disponível em <http://mepriv.mecon.gov.ar/Normas/149-97.htm>. Acesso em set. de 2020.

³⁹ Decreto 149/97: “Art. 2º — Dispónese, a partir de la fecha del dictado del presente, la apertura de la instancia negociadora a los fines del cumplimiento del Artículo 1º de este decreto.

Serán sujetos de la presente instancia negociadora:

a) EL ESTADO NACIONAL, a través de;

I) La SECRETARIA DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS

II) La SECRETARIA DE RECURSOS NATURALES Y DESARROLLO SUSTENTABLE dependiente de la PRESIDENCIA DE LA NACION, en función de las competencias asignadas por el Decreto N° 1381 de fecha 29 de noviembre de 1996.

b) La Empresa AGUAS ARGENTINAS S. A. en su calidad de concesionaria del servicio público de agua potable y desagües cloacales en el ámbito previsto en el contrato de concesión.”

enfraqueceu a agência que deveria fiscalizar e regular os serviços prestados pela concessionária e comprometeu a ideia de uma regulação externa e independente.

Os novos termos do contrato, negociados pelo governo federal, incluíam: a dolarização da tarifa que passou a vincular diretamente à evolução de índice de preços norte-americanos; e o cancelamento ou postergação dos compromissos de investimento originalmente acordados. Ainda, em 2001, foi negociado novo Plano que contemplaria as previsões para os próximos anos de contrato, que incluíram aumento tarifários adicionais e novos encargos fixos.

Durante o período 1993 a 2002, estimou-se que a AASA atingiu apenas 60,9% do investimento contratual e metas de expansão previstos; um desempenho abaixo do esperado, principalmente considerando que o valor foi calculado com base nos compromissos de investimento renegociados⁴⁰. Em termos de proteção ambiental, a AASA também não cumpriu os compromissos estabelecidos, sendo detectado substâncias perigosas acima dos níveis recomendados da Organização Mundial da Saúde. Outro problema apontado está relacionado ao aumento tarifário:

“First, between May 1993 and January 2002 the mean residential tariff increased by 87.9%, while during the same period the Consumer Price Index only increased by 7.3%. Second, during the contract renegotiations a number of progressive tariff criteria that provided some level of cross-subsidy to support lower income users were removed, and this is reflected in the impact of the tariff hikes on different groups of users. In the same period, the basic tariff increased by 177% and the average bill by 62%, but high consumption users only saw a 44% rise.”⁴¹

O mal desempenho destacado desgastou a relação da empresa com o governo argentino. Além disso, a Lei de Emergência Pública e a Reforma do Regime do Câmbio (Ley Nº 25.561/2002) contribuiu significativamente com o posterior cancelamento do contrato. A Lei acabou com a paridade fixa entre o peso argentino e o dólar norte-americano⁴² e estabeleceu um novo contexto das empresas privatizadas durante a década

⁴⁰ AZPIAZU, Daniel e CASTRO, Jose Esteban. Aguas Públicas: Buenos Aires in Muddled Waters. In. Chapter Four. Remunicipalisation: Putting Water Back into Public Hands. Transnational Institute, 2012. p. 61.

⁴¹ AZPIAZU, Daniel e CASTRO, Jose Esteban. Aguas Públicas: Buenos Aires in Muddled Waters. In. Chapter Four. Remunicipalisation: Putting Water Back into Public Hands. Transnational Institute, 2012. p. 62.

⁴² Ley Nº 25.561/2002: “ARTIGO 8.- Dispor que a partir da entrada em vigor desta lei, nos contratos celebrados pela Administração Pública em regime de direito público, inclusive os de obras e serviços

de 1990, pois impactou significativamente no valor que a concessionária teria de retorno. Destacam-se os artigos 9º e 10:

“ARTIGO 9.- Fica o Poder Executivo nacional autorizado a renegociar os contratos previstos no disposto no artigo 8 desta lei. No caso dos contratos de prestação de serviços públicos, devem ser tidos em consideração os seguintes critérios: 1) o impacto das taxas na competitividade da economia e na distribuição de rendimentos; 2) a qualidade dos serviços e os planos de investimento, quando previstos contratualmente; 3) o interesse dos usuários e a acessibilidade dos serviços; 4) a segurança dos sistemas envolvidos; e 5) a lucratividade das empresas.

ARTIGO 10.- O disposto nos artigos 8º e 9º desta lei, em nenhum caso, autorizará as empresas empreiteiras ou prestadoras de serviço público a suspender ou alterar o cumprimento das suas obrigações.” (tradução livre)

Nesse contexto, a negociação do contrato com a AASA se complicou. A empresa colocou pressão considerável no governo argentino: a empresa apelou para o Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento (ICSID) do Banco Mundial e se reuniu com o International Monetary Fundo (IMF). Os esforços não foram suficientes para garantir que as demandas da empresa fossem ouvidas e ela não conseguiu recuperar os benefícios que perdeu com a Lei.

Em 2003, foi crescente o antagonismo nas negociações. Isso pois, houve a eleição de Nestor Kirchner, cuja bandeira era consertar "erros" do amplo processo de “privatização”⁴³ da era Carlos Menem. Além disso, havia a sensação social de que a relação com a empresa privada tinha gerado demasiado custo para a sociedade sem os resultados esperados. No final de 2004, esse antagonismo se aflorou com a proposta da AASA, que pareceu inaceitável para o governo argentino⁴⁴.

públicos, caducem as cláusulas de regularização do dólar. ou em outras moedas estrangeiras e as cláusulas de indexação com base em índices de preços de outros países e qualquer outro mecanismo de indexação. Os preços e taxas resultantes destas cláusulas são fixados em pesos à taxa de câmbio UM PESO (\$ 1) = UM DÓLAR (US \$ 1).” Tradução livre. Disponível em <https://www.economia.gob.ar/digesto/leyes/ley25561.htm> Acesso em ago. de 2020.

⁴³O termo privatização é, com frequência, utilizado de forma atécnica, por aqueles que se opõem à abertura para a participação da iniciativa privada em serviços públicos. No entanto, é preciso destacar que nem todo envolvimento de empresas privadas em serviços públicos significa que há privatização. O termo amplo para tratar da participação privada em serviços ou ativos públicos é o de desestatização, que abarca a redimensão do papel do Estado na Administração Pública O conceito de privatização, por sua vez, se aplica aos casos em que há venda de ações de empresas estatal ou outros ativos públicos com a passagem de controle para a iniciativa privado de forma definitiva.

⁴⁴ “However, the renegotiation took a new turn in October 2004 when AASA submitted a new proposal that revived the confrontational character of the process. AASA’s proposal included a series of steps oriented

Em 2006, enfim, o governo aprovou decretos de necessidade e urgência 303/2006⁴⁵ e 304/2006⁴⁶. O primeiro, rescinde o Contrato de Concessão celebrado entre o Estado Nacional e a empresa Aguas Argentinas S.A., por culpa da Concessionária e determina que o funcionamento e a prestação do serviço são temporariamente reassumidos. O segundo, por sua vez, dispõe sobre a constituição da empresa "Agua y Saneamientos Argentinos Sociedad Anónima", na órbita da Secretaria de Obras Públicas do Ministério do Planejamento Federal, Investimento Público e Serviços.

A empresa pública AySA foi criada sob um regime de propriedade participativa, no qual o estado possui 90% e o sindicato dos trabalhadores possui 10%, com a finalidade de assumir imediatamente a responsabilidade pela prestação de serviços de água e saneamento.

Diante disso, é possível apontar alguns principais problemas envolvendo a prestação da empresa privada do serviço público de saneamento básico que geraram o rompimento do contrato: (i) desrespeito ao desenho regulatório complexo criado envolvendo uma série de interesses, gerando insegurança e abalando a legitimidade das escolhas tomadas; (ii) alterações contratuais sem devido amparo regulatório independente, baseado em capital político; e (iii) descumprimento de metas contratuais.

at reconstituting the economic-financial equilibrium of the concession: a revenue increase of 60% from January 2005; state intervention to obtain a loan for US\$250 million to be repaid in 18 years at an interest rate of 3%, with a three-year holiday period; government commitment to take charge of 48% of future infrastructure investments; and exemption from income tax." AZPIAZU, Daniel e CASTRO, Jose Esteban. Aguas Públicas: Buenos Aires in Muddled Waters. In. Chapter Four. Remunicipalisation: Putting Water Back into Public Hands. Transnational Institute, 2012. p. 64.

⁴⁵ Dec. 303/2006: "Art. 1º - Fica rescindido o Contrato de Concessão celebrado entre o ESTADO NACIONAL e a empresa AGUAS ARGENTINAS SA pelo qual foi concedido o serviço de fornecimento de água potável e esgoto pelas causas previstas nas cláusulas 14.3.1, por culpa da Concessionária. e 14.3.2 do referido Contrato." Tradução livre. Disponível em <<http://mepriv.mec.gov.ar/Normas/303-06.htm>> Acesso em ago. de 2020.

⁴⁶ Dec. 304/2006: "Art. 2º - 90% (90%) do capital da sociedade criada por meio do artigo anterior pertencerão ao ESTADO NACIONAL, exercendo tal titularidade o MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO FEDERAL, INVESTIMENTOS PÚBLICOS E SERVIÇOS. Os restantes DEZ POR CENTO (10%) do capital social corresponderão aos ex-trabalhadores da Obras Sanitarias de la Nación aderidos ao PROGRAMA DE PROPIEDAD PARTICIPADA em virtude do qual foram incorporados como acionistas da ex-concessionária Aguas Argentinas SA, de acordo com o Anexo I do Decreto nº 1944/94." Tradução livre. Disponível em <<http://mepriv.mec.gov.ar/Normas/304-06.htm>> Acesso em ago. de 2020.

IV.4. Caso: La Paz e El Alto, Bolívia

Na Bolívia, durante os anos 90, a participação privada no setor de saneamento básico foi considerada uma boa alternativa, e incentivada pelo Banco Mundial, a cenários de infraestrutura insuficiente e problemas financeiros por parte do Poder Público. Nesse contexto, três grandes cidades abriram espaço para a participação privada: La Paz, El Alto e Cochabamba. Os serviços de água e esgoto das cidades de La Paz e de El Alto foram objeto de um único contrato, já que fazem parte de uma grande região metropolitana.

Ainda que em região metropolitana, as cidades de La Paz e El Alto são bem diferentes entre si. A população com maior capacidade econômica centra-se em La Paz, enquanto os morros e encostas da cidade de El Alto são ocupados por população mais pobre. As características geológicas de El Alto tornam mais difíceis a ampliação da infraestrutura, o que é um dos motivos pelo fato de a população desta cidade carecer mais de conexão, proporcionalmente.

O contrato firmado foi um contrato de concessão com a empresa Aguas del Illimani (AISA), subsidiária da companhia francesa Suez, assinado em 1997, e tinha como prazo 30 anos de prestação. A escolha foi feita a partir de processo licitatório que usou como base de escolha o maior número de ligações, que ampliariam o acesso ao serviço público, a serem instaladas⁴⁷.

Cabe tratar do desenho regulatório envolvido na questão. Em 1994, o governo nacional deu o primeiro passo para a criação de um regulador nacional do setor de águas: a Superintendencia de Aguas. A Lei SIRESE foi aprovada ainda em 1994 e delineou a estrutura regulatória. Em 1997, o Decreto Supremo nº 24716 aprova o Regulamento da Organização Institucional e Concessões do Setor das Águas e o Regulamento do Uso de

⁴⁷ Komives trata desse ponto com mais detalhes: “Unlike many countries seeking private involvement in the water and sanitation sector, Bolivia did not seek to reduce tariffs through the contract bid process. Pre-privatization tariffs in La Paz and El Alto were below cost recovery levels, and so the government raised tariffs before the concession contract was signed. As tariff reduction was not an objective, government officials decided to use the bid process to maximize water service expansion in low-income areas. 38 The Request for Proposals for the La Paz-El Alto contract fixed the length of the concession, the tariffs and connection fees, the required sewer expansion schedule, and the minimum acceptable water expansion schedule. Interested private companies were asked to submit bids of the number of in-house water connections they would commit to install in the El Alto subsystem by December 31, 2001.” KOMIVES, Kristin (2001) “Designing Pro-poor Water and Sewer Concessions: Early Lessons from Bolivia”, Water Policy, 3, 61-79.

Bens do Domínio Público e Servidões para Serviços de Água, abrindo espaço para as concessões dos serviços.

Entretanto, apenas em 1999, formalizou-se a existência do órgão regulador, a Superintendência de Saneamiento Básico (SISAB), no mesmo ano em que foi criado o marco legal para o abastecimento de água e esgoto, pela a Lei 2029 - Ley de Servicios de Agua Potable y Acantarillado Sanitário – modificada pela Lei 2066 - Ley Modificadora a la Ley 2029. Destaca-se o artigo 9º, introduzido pela Lei 2066:

“Artículo 9º.- COMPETENCIA NACIONAL Las políticas, normas y regulación de los servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario son de competencia nacional. Las concesiones, la regulación de los servicios de Agua Potable y Alcantarillado Sanitario y las servidumbres relacionadas con los mismos son competencia de la Superintendencia de Saneamiento Básico.”

Trata-se, mais uma vez, de um órgão nacional competente para regular o serviço de saneamento básico. Anteriormente, à 1997, os provedores de serviços de água e saneamento eram controlados e supervisionados por municípios. Posteriormente, todas as prestadoras de serviço de água ou saneamento precisaria ter uma concessão do Superintendente para a prestação desse serviço. Isso demonstra, por meio de mais um caso, que os interesses envolvidos no serviço de saneamento básico envolvem múltiplos entes federados.

O contrato com a empresa privada incluía metas de expansão para cada cinco anos, que seriam monitoradas no final de cada período. O regulador boliviano era o responsável pelo monitoramento das metas, permitindo revisões tarifárias e fixando as tarifas máximas de conexão ao final de cada período de cinco anos⁴⁸. As metas eram ambiciosas:

“The targets stipulated in the contract for the period 1997–2001 included installing 71,752 new water connections in La Paz and El Alto by December 2001. This would have entailed 100 per cent water coverage in La Paz and 82 per cent coverage in El Alto (where 50 per cent should have been new connections).”⁴⁹

⁴⁸ KOMIVES, Kristin and COWEN, Penelope J. B. ‘Expanding Water and Sanitation Services to Low-Income Households: The Case of the La Paz-El Alto Concession’, in S. Smith (ed.), *The Private Sector in Water: Competition and Regulation*. Washington, DC, 1999, World Bank.

⁴⁹ HAILU, Degol; OSORIO, Rafael and TSUKADA, Raquel. *Privatisation and Renationalisation: What Went Wrong in Bolivia’s Water Sector?*. International Policy Centre for Inclusive Growth, 2009, Working Papers.

O contrato previa, ainda, que a única forma de abastecimento de água seria interna em cada domicílio. Ficou estipulado não só que a empresa não era obrigada a fornecer água por meios alternativos, como fontanários comunitários, como também que ela deveria fechar as torneiras durante a instalação de água encanada para a população.

Essa impossibilidade era parte da característica de inflexibilidade do contrato destacada nos textos acadêmicos. O contrato não previa apenas as metas de expansão para o serviço público, como também meios para atingí-las e a constante aprovação pelo ente regulador dos materiais e técnicas utilizadas, com objetivo de garantir a alta qualidade do fornecimento do serviço para os mais pobres. Entretanto, amarrar a prestação pode gerar consequências perversas:

“One problem with the Bolivian standards is that they limit Aguas del Illimani's flexibility to reduce investment costs. Aguas del Illimani must use specific materials and designs, even though there may be less expensive ways of meeting output goals. The Superintendent recognizes that the materials and design standards could make it difficult for the concessionaire to serve some poor neighborhoods.”⁵⁰

A impossibilidade de acesso à água por meios alternativos e mais baratos foi um ponto de insatisfação considerável para a população⁵¹ e que gerou dificuldades para a empresa em alcançar a população mais pobre.

Outro ponto que gerou forte inscontentamento foi o aumento tarifário. Em 1996, o governo alterou a fórmula tarifária, subindo a tarifa em 19% para a população, dado que as cobranças anteriores não eram capazes de cobrir os custos operacionais. Essa fórmula, entretanto, apenas passou a ser implementada em maio de 1997 pela empresa privada:

⁵⁰ KOMIVES, Kristin (2001) “Designing Pro-poor Water and Sewer Concessions: Early Lessons from Bolivia”, Water Policy, 3, 61-79.

⁵¹ Sobre isso: “The concession contract required that communal standpipes be eliminated and that dwellings be provided with in-house connections (Komives, 1999). The underlying reason was to help the government achieve the political target of providing universal in-house water access, as stated in a national water plan. Standpipes, however, were inexpensive alternatives to in-house connection for some households, especially those that were unable to afford the high initial costs of connection to the utility network. This was a potential cause for discontent on the part of the low-income households, which would have to search for alternative (and usually more expensive) sources of water.” HAILU, Degol; OSORIO, Rafael and TSUKADA, Raquel. Privatisation and Renationalisation: What Went Wrong in Bolivia's Water Sector?. International Policy Centre for Inclusive Growth, 2009, Working Papers.

“Until 1996, the state-owned SAMAPA applied a complicated tariff structure that included more than 150 categories, 15 of which were for metered customers. Under this arrangement, consumers were not charged for the first 10m³, and according to a study from that period, the mean tariff was approximately US\$ 0.32/m³. In December 1996, the National Council of Tariffs undertook steps to amend and simplify this arrangement. The new policy was to become effective in December 1996, but was not implemented by Aguas del Illimani, the winning consortium operating water and sanitation services in La Paz/El Alto, until May 1997, when an additional 19 per cent increase awarded to the company on take-over also became effective.”⁵²

A cobrança se dava de forma progressiva⁵³, mas a parcela da população que se beneficiava com a não cobrança nos primeiros 10 m³ claramente sentiu a mudança de forma considerável e a projetou como responsabilidade da empresa privada⁵⁴. O aumento das tarifas ao longo do contrato também acabou ocorrendo por dois outros fatores: (i) a “dolarização” da tarifa; e (ii) uma taxa de regulação estatal de 2%. Esses fatores conjuntamente levaram a um aumento, segundo Laurie e Crespo, de 35% nos custos reais entre 1997 e 2004⁵⁵.

No início dos anos 2000, estudo sobre o impacto do contrato e seu mandato para expandir a rede para as áreas mais pobres da metrópole demonstrou que a extensão para abastecer os bairros mais pobres ainda não tinha sido alcançada⁵⁶. A empresa investiu mais nos bairros em que as conexões custavam menos e demandavam menos dificuldades técnicas para serem implementadas.

⁵² BARJA, Gover and URQUIOLA, Miguel Capitalization, regulation and the poor: access to basic services in Bolivia. Helsinki: UNU/WIDER; 2001.

⁵³ Ainda que de forma progressiva, existiam famílias que não possuíam medidos para que fosse calculado o seu gasto mensal, o que fazia com que a cobrança fosse feita por meio de uma tarifa fixa. Essa tarifa fixa. Em El Alto, as famílias com medidores pagavam entre US \$ 0,75 e US \$ 0,88 por mês por conexão, refletindo seu baixo uso, em comparação com as casas sem medidores que pagavam \$ 2,38 USD mensais por conexão. LAURIE, Nina, and CRESPO, Carlos. Deconstructing the best case scenario: Lessons from water politics in la Paz–El alto, Bolivia. *Geoforum* 38 (5): 841-54, 2007.

⁵⁴ No entanto, o estudo de Barja e Urquiola demonstra que as tarifas até 1999 de Santa Cruz, cidade que permaneceu com a prestação pelo Poder Público, sofreu aumento superior ao sofrido em La Paz e El Alto, como demonstrado pela figura 11 de seu trabalho. Sobre isso, afirma: “Nevertheless, cross-subsidies persist, and even though higher tariffs were the ultimate outcome, increases in La Paz were smaller than in Santa Cruz where no reform has taken place.” BARJA, Gover and URQUIOLA, Miguel Capitalization, regulation and the poor: access to basic services in Bolivia. Helsinki: UNU/WIDER; 2001.

⁵⁵ LAURIE, Nina, and CRESPO, Carlos. Deconstructing the best case scenario: Lessons from water politics in la Paz–El alto, Bolivia. *Geoforum* 38 (5): 841-54, 2007.

⁵⁶ KOMIVES, Kristin (2001) “Designing Pro-poor Water and Sewer Concessions: Early Lessons from Bolivia”, *Water Policy*, 3, 61-79.

No entanto, não foram encontradas muitas informações sobre o número real da expansão promovida pela empresa privada quando da rescisão do contrato. A literatura encontrada sobre o tema foca essencialmente na forte mobilização social para o fim do contrato, muito embora o governo tenha usado o não atingimento das metas contratuais como argumento para a rescisão. Isso demonstra o impacto que a população teve para o futuro da prestação contratual.

A priorização inicial de investimento em áreas com mais facilidades e que dessem maior retorno econômico, a impossibilidade de fornecimento de água por meios alternativos pela empresa privada, por meio, por exemplo, de fontes comunitárias, agregadas ao aumento tarifário, colocou a relação com a empresa Aguas del Illimani em grande tensão, principalmente com a população.

Com isso, iniciou-se forte pressão popular, por meio de manifestações pelo fim do contrato com a empresa privada e retomada do serviço pelo Poder Público, que se somaram às manifestações contra a prestação privada em Cochabamba. Evo Morales, com já forte força política, principalmente após 2002, liderava a bandeira de maior participação do Estado na prestação de serviços públicos e incentivava os protestos contra a empresa privada.

Diante desse cenário, em 2005, o contrato foi rescindido após apenas 7 anos de prestação sob o argumento de que as metas contratuais não tinham sido cumpridas. A SISAB multou a Aguas del Illimani em \$ 450.000 quando a concessão terminou pelos descumprimentos contratuais.

Em janeiro de 2007, o governo de Morales concluiu negociações sobre a rescisão do contrato e emitiu um decreto que transformou o consórcio Aguas del Illimani em uma empresa pública, a Empresa Pública Social de Agua y Saneamiento (EPSAS), uma empresa pública municipal. Assim, a prestação de serviços de fornecimento de água e esgoto retornou à prestação pelo Poder Público.

Diante desses fatos, é possível apontar alguns principais problemas envolvendo a prestação da empresa privada do serviço público de saneamento básico que geraram a rescisão do contrato: (i) contrato desenhado sem estabelecimento de órgão regulador independente; (ii) inflexibilidade contratual; (iii) descumprimento de metas contratuais; (iv) má relação com a opinião pública, gerada pela falta de transparência no pacto firmado

com a empresa privada, nos aumentos tarifários e nas pretensões por trás de comportamentos como fechar fontanários comunitários.

IV.5. Comentários sobre os casos

O primeiro indício que é possível extrair do estudo dos casos é que, ao contrário do que alguns fazem parecer, usando casos internacionais para defender a não participação da iniciativa privada no saneamento básico no Brasil, a reestatização dos serviços pode ocorrer por diferentes razões. Sobre isso, David Alexander McDonald, de Queen's University, Canadá, que dedica grande parte de sua produção acadêmica ao estudo da remunicipalização de serviços de saneamento básico, dispõe:

“What, then, is driving remunicipalization in the water sector today? To begin with, it should be noted that not all remunicipalizations happen by choice. There are many instances where policy makers would prefer to have private service provision but are forced to re-municipalize because of an insufficient number of (credible) private sector bidders for a contract.

(...)

Having said that, the majority of remunicipalizations are planned and deliberate. Many are driven by dissatisfaction with private sector service performance, including concerns with rising costs to consumers, worsening service quality, non-achievement of infrastructure promises, public mistrust of private companies, anti-trust activities on the part of large private utilities, and corruption”⁵⁷

No caso de Hamilton, Canadá, ainda que a experiência com o setor privado tenha sido problemática sob vários aspectos, principalmente ambientais e financeiros, inicialmente a cidade optou por permanecer com a iniciativa privada, o que acabou não ocorrendo por motivos ligados ao rigor do certame. No caso de Buenos Aires, Argentina, por sua vez, o cenário político fez com que o contrato sequer chegasse ao final, sendo rompido pela Administração Pública por “culpa da concessionária”. No caso de La Paz e El Alto a população se mobilizou significativamente pela rescisão contratual

⁵⁷ MCDONALD, David. Remunicipalization: The future of water services?. Geoforum. 91. 47-56. 10.1016/j.geoforum, 2018.

Esse ponto inicial já demonstra que a generalização de que a “onda de reestatização” dos países demonstra a falha completa da experiência de outros países que privatizaram não se sustenta. É preciso observar as peculiaridades de cada caso a fim de compreender o que levou à reestatização, seja para não repetir os mesmos erros e gerar experiências traumáticas, prejudiciais à Administração e aos cidadãos, seja para, eventualmente, poder argumentar que o caminho para o Brasil é ou não a prestação do serviço pelo Poder Público. Por isso, passa-se à análise comparativa e que leva aos erros gerais cometidos.

Tabela 2: Comparação entre os processos de desestatização e reestatização entre os casos de Hamilton, Canadá; Buenos Aires, Argentina; e La Paz e El Alto, Bolívia:

	Hamilton - Canadá	Buenos Aires - Argentina	La Paz e El Alto – Bolívia
Contratação	Direta, após proposta não solicitada de Philip Utility Management Company.	Licitação pelo menor critério tarifa.	Licitação, utilizando como critério maior número de ligações ao serviço de água e esgoto.
Período do contrato	10 anos.	30 anos	30 anos
Rompimento com o Setor privado	Após o término do contrato.	Antes do fim do contrato pelo Poder Público, que alegava culpa do concessionário.	Antes do fim do contrato pelo Poder Público, que alegava culpa do concessionário.
Problemas na relação com o setor público identificados a partir do caso:	Contratação sem concorrência; Desenho contratual; Desenho institucional	Desenho contratual; Desenho institucional regulatório;	Desenho contratual; Desenho institucional regulatório; Descumprimento de metas contratuais;

	regulatório fiscalização; Descumprimento de metas contratuais.	e	Descumprimento de metas contratuais.	Má relação com a opinião pública.
--	--	---	--	--------------------------------------

Em primeiro lugar, faz-se importante observar como se deu a contratação do parceiro privado para a prestação do serviço de saneamento básico nos casos estudados. Como demonstrado, em Hamilton, a contratação se deu de forma direta, sem mecanismo de concorrência, enquanto em Buenos Aires e em La Paz e El Alto a contratação se deu após procedimento de licitação, nos quais o concessionário foi escolhido por meio do critério de menor tarifa e pelo critério de maior número de ligações, respectivamente.

A licitação, segundo Rafael Carvalho Oliveira Resende⁵⁸, é o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei com o objetivo de selecionar a melhor proposta, por meio de critérios objetivos e impessoais para celebração de contratos. Nesse sentido, a não utilização de processo de licitação no município de Hamilton, Canadá faz com que não haja garantia de que a melhor proposta tenha sido selecionada para a prestação do serviço.

Os princípios da competitividade, isonomia, procedimento formal e julgamento objetivo são basilares ao processo licitação e foram afastados na contratação da empresa Philip Utility Management Company. Isso acaba por explicar os problemas enfrentados pelo município com a falta de *expertise* da empresa para a prestação do serviço.

Em Buenos Aires, por sua vez, a contratação se deu após procedimento licitatório e o critério de julgamento utilizado foi o de menor tarifa, desde que assegurado que o coeficiente tarifário pudesse garantir o cumprimento do contrato. Entretanto, em menos de um ano após a licitação foi requerido ajuste tarifário pela empresa que venceu o certame por ter oferecido a menor tarifa. O critério de menor tarifa, de fato, é uma opção comum em concessões de serviços públicos, mas solicitação de reajuste em momento tão próximo à licitação pode indicar que a proposta não era concreta no que poderia oferecer.

⁵⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos. 5. Ed. Ver. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2015. P. 25.

Já, em La Paz e El Alto, também foi realizado procedimento licitatório, porém com critério não muito comum de escolha, o de maior número de ligações ofertadas. Essa foi a forma de governo de tentar incentivar um contrato que visasse a universalização dos serviços. Entretanto, é possível dizer que essa opção pode ter gerado incentivo para que fossem propostas ofertas de ampliação irreais, sem que essa ampliação tivesse sido pensada de acordo com um plano de tarifação que zelasse pelo princípio da modicidade tarifária.

Nos três casos é possível abordar dificuldades com o desenho contratual. Este ponto é importante, pois muitos prejuízos aos cidadãos e até o Poder Público são decorrentes do desenho contratual e não, necessariamente, da opção pela prestação de serviço por uma empresa privada. O desenho contratual é essencial para determinar quem ganha e quem perde com a sua distribuição de riscos e responsabilidades: dois contratos diferentes, a depender de seu desenho, podem produzir o mesmo benefício líquido social com efeitos distributivos completamente divergentes para os grupos de interesse envolvidos - governos, empresas prestadoras de serviços e consumidores⁵⁹.

Em Hamilton, o contrato foi criticado por ter sido desproporcionalmente benéfico a Philip Utility Management Company. A crítica em relação ao contrato canadense se concretizou com a alocação de responsabilidades por danos ambientais causados pela má prestação do serviço de saneamento básico da empresa ter recaído sob o Município. É verdade que cabe ao Poder Público, em seu papel de regulador, encarregar-se de fiscalizar a atividade desempenhada pelo parceiro privado a fim de evitar danos, mas não parece adequado dispor que não há responsabilidade por parte do prestador quando um dano ambiental decorre de falha na sua prestação.

Já no caso de Buenos Aires, as muitas alterações contratuais no início da vigência do contrato, beneficiando a empresa privada, foram criticadas. Contudo, é possível apontar que essas alterações se deram para tentar balancear a estrutura contratual que dificultava financeiramente a ampliação do serviço de saneamento a áreas sem cobertura. O desenho contratual pretendeu favorecer os consumidores como grupo pelo critério de

⁵⁹ FARIA, Ricardo. C.; FARIA, Simone. A.; MOREIRA, Tito. B. S. A privatização no setor de saneamento tem melhorado a performance dos serviços? Planejamento e políticas públicas, v. 28, 2005.

menor tarifa, mas a “tarifa de infraestrutura” dificultou significativamente a ampliação de acesso aos mais pobres.

No caso de La Paz e El Alto, as altas metas de ampliação dos serviços nos primeiros anos e a inflexibilidade para a prestação dos serviços acabou deixando os consumidores mais pobres, que não tinham acesso ao serviço em maior dificuldade. Em uma lógica econômica, espera-se que empresas privadas atendam aos seus requisitos de expansão da forma menos arriscada possível do ponto de vista financeiro, expandindo primeiro para bairros onde se espera que a demanda seja mais alta e onde os custos de expansão são mais baixos. Ainda, a impossibilidade de a operadora apresentar oferta que fosse diversificada o suficiente para atender às variações na demanda de diferentes tipos de famílias, gerou mais um desincentivo a buscar conectar os bairros mais pobres, onde parcela significativa das famílias acabaria optando por não se conectar aquele único modelo de serviço ofertado.

Assim, é possível afirmar que o desenho contratual teve papel importante no futuro da relação da empresa privada com o Poder Público e com os consumidores. Ainda, quando na elaboração do desenho contratual, é preciso dividir o grupo de consumidores entre aqueles que já possuem acesso e aqueles que ainda não possuem acesso ao serviço de saneamento. Sobre este ponto, destaca-se o apontado por Caroline e van den Berg:

“Although the move to private sector provision offers an opportunity to address inefficiencies, the Argentine experience shows that many incentive distortions carried over into the concession contracts may make it difficult to provide services effectively, particularly to the poor. Also, distortions may become more conspicuous as the utility's service objectives become embedded in an "arm's-length" contract (rather than the softer undertakings which exist between a public corporation and its government owner).⁶⁰”

Outro ponto que deve ser apontado é que alterações contratuais, embora possam ajudar a recuperar assimetrias originais no contrato, envolvem riscos pois podem afetar a credibilidade do regulador e trazer críticas políticas perigosas à estabilidade do contrato como a crítica muito feita no caso de Buenos Aires – de que o governo realizou revisões em favor da empresa privada em desfavor da população. Além disso, pode envolver

⁶⁰ BERG, Caroline van den. Water Concessions: Who Wins, Who Loses, and What to do about it. The World Bank Group, Public Policy for the Private Sector, n. 217. 2000. P. 04.

muitos custos com litígios entre as partes para determinar os novos termos, de modo que o ideal é que o contrato já nasça bem desenhado e equilibrado – ainda que isso seja um desafio, claro.

Além do perigo da perda de credibilidade do regulador por alterações contratuais, os casos abordados envolveram outros claros problemas de desenho institucional regulatório⁶¹, que apontam mais um ponto sensível a ser considerado em processos de abertura à atuação privada. A cidade canadense estudada realizou contratação de forma direta, sem nenhum mecanismo de concorrência regulado, bem como não teve ao longo da prestação pelo parceiro privado um órgão do poder público efetivamente responsável pela garantia da regularidade da prestação do serviço e pela fiscalização do contrato

A relação parecia sempre se dar entre poder concedente e a empresa privada, sem nenhuma estrutura que se pretendesse independente para atuar como regulador. Muito embora o Município pudesse realizar o papel de regulador, ainda que de forma paralela ao seu papel de Poder Concedente, essa dupla função se dificulta. Isso pois, a tendência é que o Município tente defender a relação com o ente privado, ainda que sob altos custos, pois recaí sobre ele o ônus político da escolha pela prestação privada do serviço, deixando de lado o seu papel como regulador. A ausência ou enfraquecimento do papel regulador do Estado, essencial em cenários nos quais empresas privadas atuam, principalmente em serviços públicos, contribuiu para o insucesso do caso.

No caso da cidade argentina, por sua vez, foi criado órgão regulador para atuar na concessão, a agência, chamada Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios, ETOSS,

⁶¹ Importante destacar qual é a noção de regulação que se utiliza no presente trabalho. Nesse sentido, destaca-se que utilizou-se a noção apontada pelo Professor Alexandre dos Santos Aragão: “A noção de regulação implica a integração de diversas funções: pressupõe que um quadro seja imposto às atividades econômicas, devendo respeitar certo equilíbrio dos interesses das diversas forças sociais presentes. Esse quadro normativo é estabelecido por decisões gerais e abstratas, constantes geralmente de regulamentos; pela aplicação concreta das suas regras; e pela composição dos conflitos que delas advêm, dando lugar, nestas duas últimas hipóteses, a decisões individuais. Há, portanto, três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações, mesmo que essas infrações sejam dirigidas, inclusive, a empresas públicas ou ao próprio Estado agindo economicamente de forma direta em atividades típicas do setor privado.

A regulação, sob quaisquer destas formas, possui três principais sea-ras: (a) a regulação dos monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando que eles lesem a economia popular, controlando os preços e a qualidade dos serviços ou produtos; (b) regulação para a competição, como forma de assegurar a livre concorrência no setor privado e, no caso de atividades econômicas sensíveis ao interesse público, o seu direcionamento na senda deste; e (c) regulação dos serviços públicos, assegurando a sua universalização, qualidade e preço justo.”. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 3. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2013. P.26-27.

que contava com representantes do município de Buenos Aires, da província de Buenos Aires e do governo federal da Argentina. Entretanto, em uma concessão que deveria durar 30 anos, após menos de quatro anos, a agência foi deixada de lado, enquanto o governo federal negociava diretamente com a concessionária.

Caiu por terra a ideia de que eventuais problemas contratuais seriam resolvidos por um órgão regulador independente, que consideraria todos os interesses em jogo – da concessionária, dos usuários e dos diferentes entes da federação. Essa supressão da agência culminou em falta de transparência das negociações contratuais e falta de regras claras sobre os reajustes tarifários.

No caso de La Paz e El Alto, quando no momento da assinatura do contrato o novo marco regulatório que regeria as novas relações com as empresas privadas, bem como a lei que formalizou a criação de ente regulador sequer haviam sido publicados, o que significa dizer que o contrato fora pensado e assinado sem que o desenho institucional regulatório tivesse sido formado e estivesse estável para regulá-lo. Não é possível, contudo, dizer que houve necessariamente reflexo desse contexto nos fatos que seguiram o contrato, mas a existência de um regulador independente bem estruturado costuma ser visto como pressuposto para um bom desempenho contratual.

Sobre a importância de um regulador independente destacam Degol Hailu, Rafael Guerreiro Osório e Raquel Tsukada :

“Regulation has been advocated as a necessary bargaining process that strikes a “balance between providing private companies with the incentives to invest and operate efficiently, and protecting the interests of other social and economic actors” (Rees, 1998: 8). A strong regulator is seen as desirable to reduce the risks for private investors, as well as to protect consumers’ interests as regards the concession commitments on coverage expansion, investment targets and price levels. Sound regulation also makes the concession bid more competitive by attracting more private bidders.”⁶²

O que se extrai, neste ponto, dos casos é que essa desorganização regulatória prejudica a credibilidade não só da agência reguladora, como no caso argentino, como também do próprio Poder Concedente, como nos três casos, que se demonstra incapaz de

⁶² HAILU, Degol; OSORIO, Rafael and TSUKADA, Raquel. Privatisation and Renationalisation: What Went Wrong in Bolivia’s Water Sector?. International Policy Centre for Inclusive Growth, 2009, Working Papers.

lidar com sua própria escolha política, de forma favorável à população e à própria Administração Pública. A falta de regras claras e a ausência de responsabilidades regulatórias bem definidas tornam o processo desequilibrado em relação aos múltiplos interesses em jogo e aumentam as chances de litígios entre os atores envolvidos.

Por fim, foi possível observar descumprimentos contratuais nos casos em tela. Esses descumprimentos se constroem como consequências dos problemas apontados anteriormente, bem como de crises econômicas e políticas que alteraram significativamente o contexto de prestação daquele em que houve a contratação – principalmente nos casos argentino e boliviano. É possível, portanto, dizer que, embora as empresas privadas dos casos discutidos tenham a sua parcela de responsabilidade pelo não alcance dos objetivos pactuados, o Poder Público – aqui em sentido amplo – tem também a sua parcela de responsabilidade, principalmente pelos problemas de desenhos institucional e contratual.

V. COMPARAÇÃO ENTRE OS CASOS ESTUDADOS E O AMBIENTE CRIADO PELO NOVO MARCO DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Descritos e analisados os casos, é possível contribuir para o debate sobre a participação privada na prestação de serviços de saneamento básico no Brasil, por meio de experiências internacionais. Nesse sentido, pretende-se analisar neste capítulo, como o Novo Marco do Saneamento Básico no Brasil, representado pelas alterações trazidas pela Lei 14.026/2020, enfrenta ou não os problemas apontados, para que, então, possam ser identificadas as fragilidades do Marco.

V.1. Contratação sem concorrência

Em relação ao primeiro problema apontado nos casos estudados - ausência de concorrência na contratação direta, que acabou levando à contratação de empresa sem expertise técnica para a prestação do serviço em Hamilton – é possível afirmar que o Novo Marco do Saneamento Básico tem como um dos seus objetivos primeiros garantir a concorrência.

Até o Novo Marco, era possível que os entes federados contratassem diretamente empresas estatais para a prestação, por meio dos chamados contratos de programa. Com o Novo Marco, busca-se a livre concorrência, por meio da obrigatoriedade de licitação para novas contratações de entidades que não integrem a administração do titular do serviço e com a vedação do contrato de programa.

Os primeiros leilões, após a sanção do Novo Marco, parecem demonstrar que essa alteração significará aumento significativo da participação privada no setor, por meio de certames concorridos. Segundo a Confederação Nacional da Indústria, 24 grupos participaram dos três leilões que ocorreram até a produção do presente artigo⁶³.

⁶³ “Na avaliação da CNI, os três leilões foram bem-sucedidos e mostram um caminho a ser perseguido. Houve competição limpa e disputada, com participação de mais de 20 grupos privados e públicos, incluindo novos entrantes de outros setores de infraestrutura, que vêm se aproximando desse mercado de saneamento. “O novo marco legal trouxe segurança jurídica para investimentos no setor e estabeleceu regras que privilegiarão a eficiência na gestão dos serviços de água e esgoto. Esse é o caminho para a universalização do saneamento básico”, afirma o presidente da CNI, Robson Braga de Andrade.” Disponível em <<https://noticias.portaldaindustria.com.br/posicionamentos/leiloes-de-saneamento-bem-sucedidos-mostram-disposicao-do-setor-privado-para-investir/>> Acesso em out. 2020.

O primeiro leilão envolveu uma concessão comum do serviço de água e esgoto da região metropolitana de Maceió, Alagoas, cuja vencedora foi a empresa BRK Ambiental. A empresa venceu a concorrência, cujo critério era o maior valor de outorga, com um valor de outorga de R\$ 2 bilhões. O segundo leilão buscou parceiro para a Parceria Público Privada, na modalidade concessão administrativa, do serviço de esgotamento sanitário nos municípios Cariacica e Viana, no Espírito Santo. A vencedora foi a empresa Aegea com deságio de 38,12% em relação à tarifa máxima. O terceiro tratou de uma Parceria Público Privada, também na modalidade concessão administrativa, envolveu 68 municípios do Mato Grosso do Sul e também teve a Aegea como vencedora do certame com um deságio de 38,46% em relação à tarifa máxima.

É preciso destacar que, ainda que os leilões tenham sido um sucesso pela participação de muitos grupos, para que essa prestação se dê da melhor forma, é necessário cumprimento das previsões contratuais, por todas as partes envolvidas, e manutenção da fiscalização do cumprimento do contrato e das normas setoriais. Essa necessidade acaba indicando a essencialidade da observância dos outros dois problemas apresentados nos casos.

V.2. Problemas com o desenho institucional regulatório

O segundo problema enfrentado nos casos é relacionado aos desenhos institucionais regulatórios. No caso de Hamilton, Canadá, o Estado parece que abriu mão de sua função de regulador e não foi possível observar nenhum órgão dedicado a essa função, bem como o Município demonstrou-se inábil para lidar com a tarefa. Já no caso de Buenos Aires, Argentina, os múltiplos interesses envolvidos, que deveriam ter sido representados pela agência interfederativa, dificultaram a uniformidade no tratamento da questão. O modelo fracassou levando ao afastamento da agência nas negociações, que acabaram se dando diretamente entre o poder nacional e a empresa. Em La Paz e El Alto, por sua vez, o novo desenho institucional e a nova legislação sobre água e serviço de esgoto ainda estavam em formação quando o contrato de concessão foi assinado, o que pode ter impactado o desenho contratual e a devida mensuração do cenário para investir pela empresa privada.

O Novo Marco do Saneamento Básico não pode ser apontado como isento de tentativas de implementar regulação no setor. Sua dificuldade esbarra naquelas enfrentadas no caso argentino e não no caso canadense. A Lei 14.026/2020 tenta conciliar todos os interesses envolvidos – nacional, estadual e municipal.

O cenário que envolve múltiplos agentes é o seguinte:

- (i) Atribuição à ANA de editar normas de referência;
- (ii) Aplicação formal da interpretação do STF na ADI nº 1.842-RJ, por meio da aplicação dos conceitos de interesse local e interesse comum, alterando a titularidade do serviço. Quando o interesse for comum, a titularidade será exercida pelo Estado e pelos Municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais.

A ANA, segundo o Novo Marco do Saneamento, fica responsável por uma espécie de supervisão regulatória dos serviços de saneamento. A alteração segue mesma linha de ampliação das atividades da agência nacional que as Medidas Provisórias 844 e 868 já vinham implementando. A influência do papel federal pode ser percebida pela exigência de que as entidades reguladoras e fiscalizadoras subnacionais adotem as normas de referência para que a União forneça recursos financeiros. Desse modo, o papel regulador da ANA se impõe de forma significativa, principalmente àqueles com poucos recursos financeiros.

Além do papel de destaque da União, por meio da ANA, os Municípios perderam significativamente o seu poder. Com as alterações referentes à titularidade em função de interesse comum, é difícil que a titularidade se mantenha municipal. Ainda, há a formação de regiões metropolitanas, unidades regionais de saneamento e blocos de referência que são definidas com objetivo de incentivar a prestação regionalizada.

Destaca-se que o projeto de lei pretendia que a adesão a prestação regionalizada fosse facultativa, mas com o veto presidencial, conforme abordado no tópico pertinente, pretende-se a compulsoriedade da participação dos municípios. O Novo Marco define também, por meio do § 1º do art. 50, que um dos critérios de priorização na aplicação de recursos não onerosos da União é a viabilização da prestação de serviços regionalizada.

O que se percebe é que o desenho institucional já foi pensado para aumentar o papel e a influência da Agência Nacional na regulação do serviço público e para aumentar o papel do Estado nas prestações regionalizadas. Em contrapartida, os municípios perdem significativamente o seu poder⁶⁴, compartilhando, em muitos casos, a titularidade do serviço. Assim, perderam espaço também na definição da entidade independente que será responsável pela regulação e fiscalização, já que o art. 8º, § 5º determina que “O titular dos serviços públicos de saneamento básico deverá definir a entidade responsável pela regulação e fiscalização desses serviços, independentemente da modalidade de sua prestação.”.

Essa diminuição do poder municipal e aumento da importância dos Estados e da agência reguladora nacional significa que o Brasil seguirá o mesmo caminho de descredibilização da regulação independente pela forte interferência da União como ocorreu em Buenos Aires? Não necessariamente.

Na Argentina, o modelo de regulação pensado era a criação de uma agência tripartite, com a participação dos três níveis da federação por meio de representantes, que foi deixada de lado para negociações direta entre o poder nacional e a concessionária. Isso quer dizer que o modelo regulatório desenhado foi abandonado e, com isso, houve descredibilização, falta de transparência na negociação e rompimento com a ideia de um terceiro independente. No desenho proposto pelo Novo Marco, a diminuição do poder municipal⁶⁵ e o crescimento do protagonismo da ANA se dão como uma proposta de tratamento da questão, ou seja, faz parte do desenho regulatório proposto, mas não implica o abandono das agências reguladoras infranacionais, dado que o Marco não autoriza a ANA a substituir as agências em seus papéis.

⁶⁴ Na análise da FGV CERI, “As alterações referentes à titularidade praticamente extinguem a possibilidade do titular ser o município, o que é visto como um entrave a promoção de segurança jurídica no setor. No entanto, a redação atual não deixa claro se para considerar a titularidade dos municípios em conjunto com o Estado é necessário apenas o compartilhamento de infraestrutura ou se também é necessário que o município faça parte de uma região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião. Com isso, apesar da alteração proposta, o cenário ainda permite insegurança jurídica.” SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; e PARENTE, Ana Tereza Marques. Reformulação do Marco Legal do Saneamento no Brasil. FGV CERI, direção de Joísa Dutra, 2020. Disponível em https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf Acesso em set. de 2020.

⁶⁵ Essa opção legislativa é justificada, por vezes, como resposta ao fim do subsídio cruzado. A ideia é que as unidades regionais de saneamento serão formados com base na sustentabilidade econômico-financeira, reunindo municípios pobres e ricos e dando transparência à prática do subsídio cruzado. Essa proposição atende a questionamentos que apenas interessaria a iniciativa privada os municípios superavitários, deixando os mais pobres às concessionárias públicas.

É possível, como já demonstrado, questionar se esse desenho criado pelo Novo Marco do Saneamento fere o princípio federativo, mas fato é que o Marco dá importância a uma regulação independente e orientada nas melhores práticas nacionais e internacionais que, em teoria, se manifestarão pela atuação da ANA, ao mesmo tempo em que obriga a criação de órgão regulador que será responsável pela regulação e fiscalização dos serviços.

Até 2018, segundo informações da FGV CERI, apenas metade dos municípios definiram o órgão responsável pela regulação do saneamento - 53 agências regulam saneamento no Brasil: 22 municipais, 25 estaduais, 1 distrital e 5 consórcios⁶⁶. Esse cenário que abria espaço para um vácuo regulatório, como ocorreu em Hamilton, tenderá a mudar com as alterações legais.

Por outro lado, ainda que o modelo instituído preveja a necessidade de definição pelos titulares da entidade que regulará e fiscalizará o serviço, o que tende a incentivar a criação de agências reguladoras, há dúvidas quanto a materialização no mundo real do diálogo entre Municípios e Estados para definirem, entre outros pontos, como se dará e quem será responsável pela regulação do serviço. Sobre esse ponto, destaca Lucas Van de Bilt Schiozer:

“No caso da RMSP, a titularidade sobre os serviços cabe ao seu órgão deliberativo, o Conselho de Desenvolvimento – CD/RMSP. Criado em 2011 a partir da reformulação da RMSP, este é composto por 58 membros: 39 prefeitos, 17 representantes (secretários) do Estado e 2 representantes da Assembleia Legislativa.

Passados oito anos da criação CD/RMSP, há registro de apenas 15 reuniões do órgão, cujas principais pautas foram temas como a eleição de seu presidente e vice, criação de câmaras temáticas e, após a edição do Estatuto da Metrópole, acompanhamento da elaboração do Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado – PDUI, que estabelece as diretrizes para o desenvolvimento territorial das regiões metropolitanas e seus projetos estruturantes.

Após anos de discussões, o PDUI da RMSP foi aprovado pelo CD/RMSP em sua última reunião, em 24 de abril de 2019. Nas minutas finais do Caderno de Propostas e Projeto de Lei, não há menção à gestão compartilhada por Estado e Municípios dos serviços de saneamento básico.

Da atuação do CD/RMSP até o momento, verifica-se que a forma de gestão compartilhada do saneamento em regiões metropolitanas, conforme concebido

⁶⁶SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; e PARENTE, Ana Tereza Marques. Reformulação do Marco Legal do Saneamento no Brasil. FGV CERI, direção de Joísa Dutra, 2020. Disponível em https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf Acesso em out. de 2020. .

pelo STF, é inexistente. As soluções são fornecidas individualmente pelos Municípios, sem intervenção do órgão metropolitano.”⁶⁷

Esse cenário descrito, se deu após decisão do STF sobre a titularidade do serviço de saneamento básico em regiões metropolitanas ser compartilhada entre Estados e Municípios. É possível, a partir dele, preocupar-se em relação à governança interfederativa proposta com o Novo Marco do Saneamento e os problemas regulatórios que podem vir dela. Nesse ponto, demonstra-se relevante observar os casos internacionais, e esse nacional apontado pelo trecho destacado, para evitar repetir problemas já identificados.

Por fim, a experiência de La Paz e El Alto também acende o alerta quanto a contratos desenvolvidos anteriormente à consolidação das alterações legislativas, inclusive representando mudança tão brusca que desperta inconformismo na população. Cabe destacar que alguns contratos de concessão e projetos de reestruturação da prestação de serviços de água e esgoto já vêm sendo desenhados antes das alterações do Novo Marco do Saneamento Básico entrar em vigor no Brasil, como é o caso do contrato de concessão de blocos de Municípios do Rio de Janeiro e da nova estrutura de governança jurídico-institucional envolvendo a CEDAE.

Sobre isso, cabe destacar o apontado por Juliana Jerônimo Smideler e Edson Daniel Gonçalves:

“Já como um ponto a desenvolver, que merece atenção, destaca-se a fragilidade jurídica do modelo escolhido em face do novo marco legal do saneamento. No dia 24/06 o Projeto de Lei nº 4.162/2019, que altera a Lei do Saneamento, foi aprovado no Senado Federal e encaminhado para sanção presidencial. De acordo com o novo marco, é vedada a formalização de novos contratos de programa para a prestação de serviços de saneamento básico. Com isso, o modelo de governança jurídico-institucional desenvolvido (Figura 2) não é mais possível, uma vez que o serviço de captação e tratamento de água (sistema upstream) na ETA Guandu e sistema produtivo Imunana-Laranjal não poderá ser formalizado por contrato de programa, devendo assim também ser licitado.”⁶⁸

⁶⁷ SCHIOZER, Lucas Van de Bilt. Saneamento básico em regiões metropolitanas e o PL 3.261/2019. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/saneamento-basico-em-regioes-metropolitanas-e-o-pl-3-261-2019-29062019> Acesso em out. de 2020.

⁶⁸ SMIDELER, Juliana Jerônimo e GONÇALVES, Edson Gabriel. Inovações e Desafios na Privatização da CEDAE. Blog do IBRE, 2020. Disponível em <https://blogdoibre.fgv.br/posts/inovacoes-e-desafios-na-privatizacao-da-cedae> Acesso em dez. de 2020.

Portanto, nesses casos, o ideal é que haja revisões que compatibilizem os projetos já em desenvolvimento com o previsto no Novo Marco, para que não haja insegurança jurídica na consolidação dos projetos ou reivindicações judiciais quanto ao modelo escolhido.

V.3. Desenho contratual

O desenho contratual apresentou problemas em todos os casos estudados. Esse ponto é importante, pois, como já apontado, o desenho contratual pode fazer com que a relação entre o Poder Público e o setor privado se dê de forma desequilibrada. É possível afirmar que muitas experiências traumáticas, inclusive no setor do saneamento, se deram não pela opção de contratar empresas privadas, mas por conta de contratos desequilibrados ou por conta de inflexibilidades contratuais.

O desequilíbrio que favorece desproporcionalmente o setor privado afeta a promoção do interesse público e, no caso específico do saneamento, dificulta a universalização, como é possível observar no caso da relação do Município de Hamilton com a empresa Philip Utility Management Company. O desequilíbrio que favorece excessivamente o Poder Público, por sua vez, afasta a iniciativa privada e, com isso, as chances de conseguir boas propostas, como foi o caso do novo contrato que o Município de Hamilton pretendia assinar com a iniciativa privada, após a experiência traumática anterior.

O Novo Marco do Saneamento Básico estabelece algumas cláusulas essenciais na elaboração de contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico em seu art. 10-A:

“Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições:

I - metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados.

II - possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reúso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável,

III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato; e

IV - repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”

O artigo obriga que sejam refletidas nos contratos objetivos importantes do Novo Marco, como a universalização por meio das cláusulas sobre metas de expansão. Além disso, traz ponto fundamental, principalmente a partir da leitura dos casos estudados no presente trabalho: a necessidade de repartição de riscos. Não especifica, entretanto, como isso se dará, conferindo flexibilidade para os desenhos contratuais.

Destaca-se também o § 3o do art. 11, que dispõe que “Os contratos não poderão conter cláusulas que prejudiquem as atividades de regulação e de fiscalização ou o acesso às informações sobre os serviços contratados.”. Esse artigo e sua aplicação são essenciais para reduzir a assimetria de informação. Como no caso de Hamilton, Canadá, muitas vezes o poder público não possui acesso a todas as informações necessárias à fiscalização dos serviços. Assim, é essencial que os contratos incluam obrigação de compartilhamento de informações, a fim de evitar que questões importantes da prestação estejam fora do alcance do regulador.

Há, entretanto, acerca do equilíbrio contratual um ponto que deve ser observado com cautela. O art. 37 da Lei 11.445/2007 dispõe “Os reajustes de tarifas de serviços públicos de saneamento básico serão realizados observando-se o intervalo mínimo de 12 (doze) meses, de acordo com as normas legais, regulamentares e contratuais.”. O artigo estabelece a periodicidade mínima, mas não a máxima para reajustes. Isso implica dizer que o contrato pode prever um intervalo muito longo para que sejam feitos reajustes ou, no limite, sequer prever intervalos, o que pode fazer com que a variação da moeda recaia sobre o concessionário, levando a um desequilíbrio⁶⁹.

⁶⁹Nesse sentido, está estudo desenvolvido por PEZCO e Portugal Ribeiro Advogados para Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (ABCON) e Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto (SINDCON), intitulado

O Novo Marco, portanto, de maneira geral, dá base para que bons contratos sejam desenhados, ainda que sejam necessárias cautelas na elaboração dos contratos, como a periodicidade dos reajustes tarifários. A elaboração de contratos eficientes e equilibrados, no entanto, não necessariamente se concretiza na prática. Apenas a partir da Lei não é possível afirmar que a participação privada se dará de forma positiva a todos os envolvidos. É necessário, então, atenção especial à cada formulação contratual, especialmente nos pontos em que já foram apresentados problemas em casos internacionais.

Até a produção do presente trabalho, segundo informações do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDS)⁷⁰, não foi assinado contrato com a iniciativa privada após a entrada em vigor do Novo Marco do Saneamento, ainda que já estejam disponíveis algumas minutas. Destaca-se que a atuação do BNDS no auxílio no desenvolvimento dos projetos de concessão e parceria público-privada relacionados ao saneamento básico é considerada positiva por agregar visão de corpo especializado à elaboração de editais, minutas contratuais e etc.

A minuta do contrato de concessão da região metropolitana de Maceió, Alagoas, já está disponível⁷¹. Nela, há cláusulas prevendo o compartilhamento de informações como Poder Concedente e a Agência Reguladora⁷²; o risco ambiental é atribuído à Contratada em relação a fatos ocorridos posteriormente ao termo de transferência do

Regras padronizadas sobre distribuição de riscos, equilíbrio econômico-financeiro e modelos regulatórios: “Dessa forma, ao lado da definição de intervalo mínimo de reajuste contratual, é preciso definir um intervalo máximo. O prazo de um ano, no ambiente inflacionário brasileiro, representa variações de custos tipicamente da ordem de grandeza de 4%. Esse número é uma medida geral e simples das perdas tarifárias reais estimadas com a postergação de um reajuste. (...) Propomos, em vista disso, a definição de um prazo máximo de reajuste igual ao prazo mínimo, de doze meses. Em qualquer contrato, o IPCA ou uma fórmula paramétrica podem ser aplicados automaticamente a quaisquer pagamentos devidos pelo poder concedente na forma de contraprestação ou de cobrança a usuários de natureza tarifária. Há duas opções para a realização desses reajustes. Uma opção é utilizar como referência o IPCA e a alternativa é a fórmula paramétrica que destaca custos, principalmente o de energia.” Disponível em <https://conteudo.abconsindcon.com.br/estudo-regulacao> Acesso em dez. de 2020.

⁷⁰ Disponível em <https://saneamento.bndes.gov.br/pt/home/> Acesso em out. de 2020.

⁷¹ Edital de licitação, contratos e anexos e estudos referenciais encontram-se disponíveis em <http://seinfra.al.gov.br/concessao-regiao-metropolitana-de-maceio> Acesso em out de 2020.

⁷² Exemplo é a cláusula 20.8 da Minuta: “20.8. Durante o prazo da CONCESSÃO, a CONTRATADA obriga-se a apresentar ao CONTRATANTE e à AGÊNCIA REGULADORA, anualmente, até o último dia do mês de março, relatório operacional, destacando informações sobre: i. a execução das OBRAS DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA, notadamente as executadas no ano anterior, evidenciando, para cada obra já executada ou em execução, o montante efetivamente investido, a respectiva depreciação e amortização; ii. as estatísticas de atendimento, com análise de pontos críticos e medidas saneadoras implementadas ou a serem implementadas; e iii. atualização do INVENTÁRIO DE BENS VINCULADOS, com indicação do estado de conservação de cada um dos bens.”

sistema⁷³; e é necessária anuência do Contratante para que haja transferência total ou parcial da concessão ou transferência direta do controle societário⁷⁴. Essas cláusulas parecem prevenir essa relação dos principais problemas apontados no caso Hamilton, Canadá.

Além disso, o contrato prevê, no capítulo dedicado ao equilíbrio econômico financeiro, que a taxa de desconto real anual a ser utilizada no cálculo do valor presente será composta pela média diária dos últimos 12 (doze) meses da taxa real bruta de juros de venda das Notas do Tesouro IPCA+ com juros semestrais (NTN-B)⁷⁵. Trata-se de uma taxa flexível como parâmetro para equilíbrio econômico-financeiro do contrato. O uso de taxas fixas definida na licitação para todo o período contratual não incorpora mudanças macroeconômicas que alteram o risco do contrato.

Dessa forma, essa taxa flexível parece ajudar a prevenir essa relação do problema que ocorreu no caso de Buenos Aires, no qual o cenário macroeconômico alterou significativamente os riscos do investimento e essas alterações não foram incorporados no equilíbrio econômico-financeiro. Destaca-se que essa taxa flexível também foi adotada na minuta do contrato de concessão de municípios do Rio de Janeiro⁷⁶, o que indica que esse pode ser um novo caminho positivo incorporado nos contratos de saneamento básico.

⁷³ Esses termos estão na Cláusula 31.2, mais especificamente na Cláusula 31.2.14: “31.2. A CONTRATADA, a partir do início da vigência da CONCESSÃO, é integral e exclusivamente responsável por todos os riscos e obrigações relacionados à exploração e prestação dos SERVIÇOS, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes: (...) 31.2.14. responsabilidade civil, administrativa e criminal por danos ambientais decorrentes da realização das OBRAS DE APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA, da operação e manutenção dos BENS VINCULADOS e da prestação dos SERVIÇOS, relativamente a fatos ocorridos posteriormente ao TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA;”

⁷⁴ Nesse sentido estão a Cláusula 14.2 e seguintes. Destacam-se a 14.2 e 14.4: “14.2 A transferência total ou parcial da CONCESSÃO ou transferência direta do controle societário da CONTRATADA, sem prévia anuência do CONTRATANTE e demais requisitos especificados na legislação, implicará a caducidade da CONCESSÃO. (...) 14.4. Para fins de obtenção da anuência para transferência total ou parcial da CONCESSÃO, nos casos em que ensejar perda das condições de habilitação previstas no EDITAL, o pretendente da assunção da operação transferida deverá apresentar o cumprimento das condições de habilitação do EDITAL.”

⁷⁵ Assim dispõe a Cláusula 31.7: “31.7. A taxa de desconto real anual a ser utilizada no cálculo do valor presente de que trata a cláusula 0 será composta pela média diária dos últimos 12 (doze) meses da taxa real bruta de juros de venda das Notas do Tesouro IPCA+ com juros semestrais (NTN-B) ou, na ausência deste, outro que o substitua, ex-ante a dedução do imposto sobre a renda, com vencimento em 15/08/2050 ou vencimento mais compatível com a data do termo contratual, publicada pela Secretaria do Tesouro Nacional, apurada no início de cada ano contratual, multiplicada por um spread ou sobretaxa equivalente a 238,3% a.a., base 252 (duzentos e cinquenta e dois) dias úteis, mediante a aplicação da seguinte fórmula:”

⁷⁶ A minuta do contrato de concessão foi disponibilizada para consulta pública. Disponível em <http://www.rj.gov.br/consultapublica/Documentos.aspx> Acesso em out. de 2020.

Assim, é possível afirmar que os desenhos contratuais disponíveis por meio das minutas apresentadas indicam um cenário positivo e responsivo aos problemas já enfrentados nos casos internacionais apontados. No entanto, é preciso lembrar que o Novo Marco do Saneamento conferiu liberdade contratual e não delimitou como seriam essas cláusulas apresentadas anteriormente, bem como não delimitou o prazo máximo de reajustes de tarifas, de forma que, embora elas tenham sido incorporadas nessas minutas específicas, podem não ser em outras. O desafio em relação ao desenho contratual é específico para cada titular do serviço e regulador responsável, ainda que a Lei possa dar diretrizes.

V.4. Descumprimento de metas contratuais

Outro problema apontado nos casos estudados foram os descumprimentos de metas contratuais. O Novo Marco do Saneamento Básico impõe que sejam estabelecidas metas de universalização nos contratos firmados nos termos do art. 11-B:

“Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.”

A Lei nº 14.026, de 2020, no § 9º do art. 11, autoriza a dilação desse prazo em caso específico:

“§ 9º Quando os estudos para a licitação da prestação regionalizada apontarem para a inviabilidade econômico-financeira da universalização na data referida no **caput** deste artigo, mesmo após o agrupamento de Municípios de diferentes portes, fica permitida a dilação do prazo, desde que não ultrapasse 1º de janeiro de 2040 e haja anuência prévia da agência reguladora, que, em sua análise, deverá observar o princípio da modicidade tarifária”

No entanto, como visto nos casos internacionais estudados, apenas fixação de objetivos não leva a sua concretização. É necessário que sejam estabelecidos incentivos e penalidades para que as metas sejam atingidas e que as metas sejam possíveis. É nessa linha que o § 7º da Lei nº 14.026, de 2020 assevera que no caso de não atingimento das

metas “deverá ser iniciado procedimento administrativo pela agência reguladora com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas, incluídas medidas sancionatórias, com eventual declaração de caducidade da concessão, assegurado o direito à ampla defesa.”

Ainda, destaca-se que, levando em consideração o ocorrido em La Paz e El Alto, é possível dizer que o ideal pode estar em dizer o que deve ser atingido e não engessar sobremaneira como as metas serão atingidas. Alguns acadêmicos indicam que muito embora a empresa Aguas del Illimani não tenha conseguido cumprir todas as metas contratuais estabelecidas, possivelmente por serem inalcançáveis da maneira que foram propostas, a existência de metas e punições claras implicou em tentativas reais da empresa em tentar cumpri-las⁷⁷.

A Lei não prevê incentivos claros ao cumprimento do contrato ou a forma com que as metas estabelecidas serão atingidas. As minutas contratuais já abordadas de Alagoas e do Rio de Janeiro, por sua vez, preveem o que se chama de Indicador Geral de Desempenho (IDG). As tarifas, após serem devidamente ajustadas, são multiplicadas pelo IDG, que pode variar entre 0,9 – gerando uma diminuição da tarifa – e 1,0 – que mantém a tarifa calculada⁷⁸. Ainda, nos contratos, há cláusula que determina que “caso a CONCESSIONÁRIA atinja o Indicador de Desempenho Geral - IDG abaixo do mínimo de 0,90 em 2 (dois) anos consecutivos ou 3 (três) vezes não consecutivas em menos de 5 (cinco) anos” é possível declarar a caducidade da concessão por inexecução do contrato.

Dessa forma, para que seja mantida uma boa remuneração e, para que o próprio contrato seja mantido, é necessário que as metas sejam atingidas. Essa estrutura e os incentivos e as consequências que trazem, localizadas nas minutas indicadas, parecem

⁷⁷ “The lesson is that when privatisation contracts stipulate clear targets, concessionaires do attempt to reach them—though this did not fully happen in Bolivia. Nonetheless, we are aware that the distributional impacts of privatisation go beyond coverage and affordability.” HAILU, Degol; OSORIO, Rafael and TSUKADA, Raquel. Privatisation and Renationalisation: What Went Wrong in Bolivia’s Water Sector?. International Policy Centre for Inclusive Growth, 2009, Working Papers.

⁷⁸ Observa-se o que dispõe a cláusula 29.1.2 da minuta do Rio de Janeiro, que é igual à cláusula 28.1.2 da minuta de Alagoas: “29.1.2. As TARIFAS EFETIVAS serão calculadas com base na seguinte fórmula: $TARIFA_e = TARIFA_b * IDG + TARIFA_b * ITS$

Onde: TARIFA e: TARIFA EFETIVA;

TARIFA b: Tarifa base, reajustada na forma da cláusula 28 deste CONTRATO;

IDG: Indicador de Desempenho Geral, calculado conforme ANEXO III – INDICADORES DE DESEMPENHO E METAS DE ATENDIMENTO;

ITS: Índice de Tarifa Social, calculado conforme ANEXO III – INDICADORES DE DESEMPENHO E METAS DE ATENDIMENTO deste CONTRATO.

29.2. O percentual de redução das TARIFAS EFETIVAS, aplicado pelo IDG, não poderá ser superior a 10% (dez por cento)”.

promissores. Ainda assim, destaca-se que essas minutas não representam todos os contratos que serão firmados, bem como para que essas consequências negativas do descumprimento das metas ocorram é necessária fiscalização efetiva, o que nos retorna ao segundo ponto trabalhado neste tópico.

V.5. Má relação com a opinião pública

Nos casos de Buenos Aires e La Paz e El Alto, mais acentuadamente nas cidades bolivianas, a população teve papel importante na decisão pela rescisão contratual. Vários foram os motivos para tal, mas alguns merecem destaque: falta de transparência nas negociações contratuais, no caso de Buenos Aires, e falta de informação sobre o atingimento das metas de ampliação dos serviços e sobre as limitações contratuais da empresa, no caso de La Paz e El Alto.

Processos de desestatização tendem a gerar fortes discussões políticas, o que é esperado, dado que se trata de uma alteração do papel do Estado, deixando de ser provedor para se colocar em papel de regulador. É natural que parte da população sinta que a escolha de desestatização não é a que melhor atenda aos interesses públicos envolvidos, a unanimidade é impossível e faz parte do jogo democrático que as pessoas discordem sobre os rumos que devem ser tomados.

No entanto, existem algumas medidas que são fundamentais para provar à população que os interesses buscados são legítimos, ainda que parte da população discorde do caminho tomado. Em geral, essas medidas se relacionam com processos de transparência: nos processos de escolha dos licitantes; nos objetivos do certame; nas metas e na divulgação de dados operacionais e financeiros da concessionária contratada. A clareza é fundamental para renovar o pacto com a população.

Segundo o art. 2º, IX da Lei 11.445/2007, os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base no princípio da “transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados”. Esse princípio está previsto também no Capítulo destinado à Regulação, no art. 21, com redação dada pela Lei 14.026/2020, que dispõe:

“Art. 21. A função de regulação, desempenhada por entidade de natureza autárquica dotada de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira, atenderá aos princípios de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.”

Assim, a Lei parece traçar caminhos importantes no que diz respeito à transparência, mas, novamente, caberá à prática institucional das agências exigir informações e transmiti-las, de modo compreensível, à população para concretizar tal princípio. Ainda é cedo para dizer se esse caminho será tomado, mas os casos internacionais demonstram que esse se trata de elemento essencial para a manutenção do pacto social e, conseqüentemente, da prestação dos serviços pela iniciativa privada.

VI. CONCLUSÃO

O Novo Marco do Saneamento Básico, representado pelas alterações introduzidas pela Lei nº 14.026, de 2020, principalmente, à Lei nº 11.445, de 2007, abriu mais espaço à iniciativa privada no setor de saneamento básico no Brasil. Diante das significativas alterações, uma série de críticas foram desenhadas, dentre elas a de que o Brasil está indo no caminho contrário a diversos países do mundo.

A crítica, em geral, é feita demonstrando o número de países que reestatizaram o serviço e deve ser levada em consideração diante da quantidade de casos apontados. No entanto, em nada contribui ao debate apenas apontar esse fato sem o empenho em compreender os problemas que ocorreram na relação com a iniciativa privada. Fortalece-se apenas o maniqueísmo sem embasamento da ideia de que o gestor público busca o interesse público e, assim, atende melhor à população, enquanto o gestor privado busca o lucro a qualquer custo.

A partir disso, o presente trabalho se propôs a compreender como se iniciou e deu a relação com a empresa privada e posterior reestatização nas cidades de Hamilton, Canadá; Buenos Aires, Argentina; e La Paz e El Alto, Bolívia. Diante dessa análise, foi possível identificar que os principais problemas envolviam os seguintes pontos: contratação sem concorrência; dificuldade regulatória e de fiscalização; desenho contratual; descumprimento de metas contratuais; e má relação com a opinião pública.

Identificados os problemas, tentou-se fazer uso útil das experiências internacionais observando se o Novo Marco do Saneamento Básico estabelece mecanismos que possibilitem contornar esses problemas ou se o Brasil parece seguir caminho do fracasso da relação entre saneamento básico e a iniciativa privada. Algumas vicissitudes apontadas nos casos devem ser observadas na relação específica com a iniciativa privada traçada por meio de contrato, não sendo possível impedi-las exclusivamente pela Lei, tal como desequilíbrio contratual e descumprimento de metas de desempenho.

Ainda assim, é possível dizer que em relação a maior parte dos problemas identificados o Novo Marco do Saneamento Básico parece apontar caminho possível para uma boa prestação envolvendo a participação ou atuação da iniciativa privada. Destaque

às soluções indicadas para garantir ampla concorrência e atingimento de metas contratuais de universalização.

A principal dificuldade a ser enfrentada, por sua vez, será a regulatória, envolvendo o manejo de tantos interesses envolvidos – nacional, estadual e municipal. Essa dificuldade se concretiza não apenas na prática, pois parece árdua a operacionalização de adotar e implementar as normas de referência da ANA e a conjugação das pretensões estaduais e municipais para a prestação de serviço, como também no âmbito jurídico. Fortes são as críticas feitas ao modelo adotado diante de dois argumentos principais: princípio federativo e titularidade municipal de atividades de interesse local.

Esses pontos, por certo, serão enfrentados pelo STF, dado que já foram impetradas a ADI 6492, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista, e a ADI 6536 ajuizada por quatro partidos políticos: Partido Comunista do Brasil (PCdoB), o Partido Socialismo e Liberdade (Psol), o Partido Socialista Brasileiro (PSB) e o Partido dos Trabalhadores (PT). Assim, ao menos a insegurança jurídica diante de possível inconstitucionalidade, promete ser sanada em breve.

Já em relação às dificuldades práticas, será necessário diálogo entre os gestores públicos para que as prestações regionalizadas sejam, de fato, concretizadas, visando a universalização, bem como para que as normas de referência sejam devidamente aplicadas. A postura cooperativa não pode ser esperada apenas dos Estados, dos Municípios e das agências infranacionais de regulação, mas também da ANA, cujo papel é fundamental para que todo esse sistema se equilibre. A agência federal deve, para emitir as normas de referência, mais do que nunca, ampliar sua consulta pública e seu diálogo com os demais entes federados e órgãos para legitimar suas escolhas, que deverão ser incorporadas para o recebimento de recursos financeiros da União, tão necessários para algumas localidades.

Dessa forma, mais úteis são os casos internacionais para observar os problemas que devem ser evitados do que para mostrar a impossibilidade da atuação privada no setor de saneamento básico. O dilema ideológico diante da participação privada em setores de titularidade pública não deve ser um empecilho para análise e implementação de políticas

públicas que melhorarão a vida dos cidadãos, principalmente diante do cenário de crise econômica e incapacidade de provimento do Estado brasileiro.

VII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. 3. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AZPIAZU, Daniel e CASTRO, Jose Esteban. Aguas Públicas: Buenos Aires in Muddled Waters. In. Chapter Four. Remunicipalisation: Putting Water Back into Public Hands. Transnational Institute, 2012.

BARJA, Gover and URQUIOLA, Miguel Capitalization, regulation and the poor: access to basic services in Bolivia. Helsinki: UNU/WIDER; 2001.

BERG, Caroline van den. Water Concessions: Who Wins, Who Loses, and What to do about it. The World Bank Group, Public Policy for the Private Sector, n. 217. 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico; cria o Comitê Interministerial de Saneamento Básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.666, de 21 de junho de 1993, e 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm Acesso em set. de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.768, de 19 novembro de 2003. Institui o Estatuto da Metrópole, altera a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13089.htm Acesso em set. de 2020.

BRASIL. Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015. Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm Acesso em set. de 2020.

BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional

de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14026.htm#art6 Acesso em set. de 2020.

CHABROST, Marion; PORCHER, Simon; SAUSSIÉ, Stephane. 'Get what you pay for': The story underneath remunicipalizations in the water sector. Academy of Management Proceedings. 2017. 12843. 10.5465/AMBPP.2017.12843abstract, 2017.

FARIA, Ricardo. C.; FARIA, Simone. A.; MOREIRA, Tito. B. S. A privatização no setor de saneamento tem melhorado a performance dos serviços? Planejamento e políticas públicas, v. 28, 2005.

FENANDES, Ana Luiza Q. M. Jacoby. O novo marco regulatório do saneamento e a participação privada. Disponível em <https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-o-novo-marco-regulatorio-do-saneamento-e-a-participacao-do-setor-privado/> Acesso em set. de 2020.

SMIDERLE, Juliana Jerônimo; CAPODEFERRO, Morganna Werneck; e PARENTE, Ana Tereza Marques. Reformulação do Marco Legal do Saneamento no Brasil. FGV CERi, direção de Joísa Dutra, 2020. Disponível em https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/cartilha-reforma-saneamento_digital_28.07.2020.pdf Acesso em out. de 2020.

GRANT, John K; and OHEMENG, Frank L. K. Has the Bubble Finally Burst? An Examination of the Failure of Privatization of Water Services Delivery in Atlanta (U.S.A)

and Hamilton (Canada). Annual Meeting of the Canadian Political Science Association, Carleton University, Ottawa, 2009.

HAILU, Degol; OSORIO, Rafael and TSUKADA, Raquel. Privatisation and Renationalisation: What Went Wrong in Bolivia's Water Sector?. International Policy Centre for Inclusive Growth, Working Papers, 2009.

KOMIVES, Kristin. Designing Pro-poor Water and Sewer Concessions: Early Lessons from Bolivia. Water Policy, 2001.

KOMIVES, Kristin and COWEN, Penelope J. B. 'Expanding Water and Sanitation Services to Low-Income Households: The Case of the La Paz-El Alto Concession', in S. Smith (ed.), The Private Sector in Water: Competition and Regulation. Washington, DC, World Bank, 1999.

LAURIE, Nina, and CRESPO, Carlos. Deconstructing the best case scenario: Lessons from water politics in la Paz-El alto, Bolivia. Geoforum 38 (5): 841-54, 2007.

MANZETTI, L. Renationalization in Argentina, 2005–2013. Latin American Politics and Society, 58(1), 3-28. doi:10.1111/j.1548-2456.2016.00295. 2016

MARQUES, André Luiz de Paula. Saneamento Básico – A difícil arte de universalização. In. Caderno IERBB – Vozes para o Saneamento Básico / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, CAO Meio Ambiente e Patrimônio Cultural. – Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A Ana e a Federação por Água Abaixo: notas sobre o novo marco legal do saneamento. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/a-ana-e-a-federacao-por-agua-abaixo-notas-sobre-o-novo-marco-legal-do-saneamento> Acesso em set. de 2020.

MCDONALD, David. (2018). Innovation and new public water. Journal of Economic Policy Reform, 1-16. 10.1080/17487870.2018.1541411, 2018.

MCDONALD, David. (2018). Remunicipalization: The future of water services?. Geoforum. 91. 47-56. 10.1016/j.geoforum, 2018.

MORAES, Luiz Roberto; BORJA, Patricia. MEDIDA PROVISÓRIA NO 868/2018: TENTATIVA DE DESCONSTRUÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SANEAMENTO BÁSICO VIGENTE NO BRASIL. 10.22533/at.ed.9531923121. 2019

NOHARA, Irene, JÚNIOR, Jairo. Perspectivas da gestão do saneamento básico no Brasil: prestação indireta e deficiências setoriais. Revista de Direito Econômico e Socioambiental. 9. 380. 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i1.21305. 2018

PIGEON, Martin; MCDONALD, David. A.; HOEDEMAN, Olivier; KISHIMOTO, Satoko (Orgs.). Remunicipalisation: Putting Water Back into Public Hands. Transnational Institute: Amsterdam, 2012.

PIGEON, Martin. Chapter Five – Who takes the risks? Water remunicipalisation in Hamilton, Canada, Remunicipalisation: Putting Water Back into Public Hands. Transnational Institute, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos. 5. Ed. Ver. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2015.

SMIDELER, Juliana Jerônimo e GONÇALVES, Edson Gabriel. Inovações e Desafios na Privatização da CEDAE. Blog do IBRE, 2020. Disponível em <https://blogdoibre.fgv.br/posts/inovacoes-e-desafios-na-privatizacao-da-cedae> Acesso em dez. de 2020.

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.077, Relator Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2019. DJE 09/09/2019.

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1842, Relator Min. LUIZ FUX, Relator p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, DJe 16-09-2013.

Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.492-DF. Min. Relator Luiz Fux. Decisão Monocrática, julgado em 03.08.2020. DJE 04.08.2020.

VOORN, Bart; GENUGTE, Marieke; THIEL, S. Re-interpreting re-municipalization: finding equilibrium. *Journal of Economic Policy Reform*. 1-14. 10.1080/17487870.2019.1701455, 2020.