

ANA e a regulação do saneamento

Jerson Kelman e Paulo Canedo

Professores da COPPE-UFRJ

Introdução

O novo marco legal para o saneamento (Lei 14.026/2020) criou as condições necessárias, mas não suficientes, para que todos os brasileiros tenham acesso a água potável e ao serviço de coleta e tratamento de esgoto. As condições são necessárias porque é preciso criar um ambiente receptivo à participação privada no setor. Se ficasse a cargo apenas de autarquias ou empresas de controle governamental, não seria possível atingir a universalização dos serviços em prazo minimamente razoável porque não há recursos fiscais para viabilizar os investimentos. As condições não são suficientes porque ainda é preciso que a Agência Nacional de Águas - ANA produza a regulamentação infralegal, na forma de normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico.

ANA

Instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico é uma responsabilidade nova para a ANA. Quando foi concebida, vinte anos atrás, a missão se limitava a implementar e operacionalizar o Sistema Nacional de Recursos Hídricos – SNGRH.

O artigo 20 da CF estabelece que “são bens da União os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais”. Porém, o artigo 26 diz que “incluem-se entre os bens dos Estados as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”. Os artigos 20 e 26 quando lidos conjuntamente apresentam conceitos de difícil interpretação. Afinal, os rios são bens da União ou dos Estados? Como a palavra “rios” só aparece no artigo 20, seria possível responder que são da União. Porém, os rios são também “águas superficiais fluentes”, expressão que aparece no artigo 26 e “correntes de água”, expressão que aparece no artigo 20.

Tem prevalecido o conceito de que numa mesma bacia hidrográfica somente os rios principais são da União. Os afluentes, se escoando em território de um único estado, seriam de titularidade desse estado, sujeitos à administração e legislação próprias. De acordo com essa interpretação, qualquer estado poderia autorizar a retirada de água ou fechar os olhos ao lançamento de poluentes no trecho sob o seu domínio, afetando quem usa água a jusante, inclusive em território de outros estados.

Como uma corrente de água não respeita fronteiras, é preciso articular as ações e inações dos entes federativos relacionadas à água. Para isso serve o artigo 21 da CF que atribui competência à União para criar o SNGRH e definir critérios de outorga de direitos de seu uso.

Nos últimos 20 anos a ANA tem se esforçado para que o SNGRH funcione satisfatoriamente. Porém, poucos estados desenvolveram instituições com capacidade para interagir com a ANA no sentido de tornar o SNGRH plenamente operacional, principalmente na adoção da bacia hidrográfica como unidade de planejamento para emissão de outorgas e fiscalização do uso dos recursos hídricos. Para melhor cumprir sua missão, a ANA deveria ser mais ousada, assumindo as responsabilidades de gestão de recursos hídricos nos estados que não conseguem ou não querem cumprir sua parte para o bom funcionamento do SNGRH. É a única maneira de evitar que o sistema se torne na prática “federal” e não “nacional”.

Nesse ambiente de articulação deficiente entre entes federados para cuidar da água, há que se reconhecer que o SNGRH provavelmente estaria funcionando melhor se o constituinte tivesse utilizado as bacias hidrográficas, e não trechos de rio, como unidades para definição da titularidade.

A recente aprovação da Lei 14.026/2020, que acrescenta às atribuições da ANA a responsabilidade de instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, talvez ofereça uma oportunidade para a ANA revisitar o tema. É que a nova Lei estimula que o serviço e a regulação do serviço de saneamento sejam organizados, tanto quanto possível, por blocos de municípios. Concretamente, o município que recuse participar do bloco fica inelegível para repasses voluntários do Governo Federal e para financiamentos de bancos públicos.

A delimitação dos blocos exigirá muita negociação política, idealmente partindo de uma proposta inicial baseada em critérios técnicos, a ser formulada pela ANA. Como o esgoto tratado, ou não-tratado, lançado por uma cidade em geral alimenta o manancial em que a cidade a jusante capta água para abastecer a sua população, convém que, tanto quanto possível o ponto de partida para a formação dos blocos coincida com as bacias hidrográficas. Trata-se de uma nova oportunidade de aplicar os conceitos da Lei 9433/1997, em particular o do poluidor-pagador, inspirado no modelo francês de gestão de recursos hídricos.

O modelo francês de gestão de recursos hídricos

De uma forma simplificada, o “modelo francês” foi desenhado para resolver, prioritariamente, o problema da poluição dos rios por efeito do lançamento sem tratamento dos esgotos urbanos e de grandes indústrias. A difusão e aceitação do princípio “poluidor-pagador” foram centrais para que os rios franceses, até então intensamente poluídos, ficassem razoavelmente limpos. A receita foi fazer doer no bolso dos poluidores e criar um fundo financeiro para viabilizar as ações corretivas realizadas ao longo de um período medido em décadas, principalmente relacionadas à construção e operação de estações de tratamento de esgoto.

O princípio poluidor-pagador é simples: as empresas devem arcar com os custos das externalidades ambientais negativas. Ou seja, quem polui precisa pagar pelo uso do recurso natural (o rio) para descarte de material poluente, como uma espécie de compensação pelo prejuízo causado ao ambiente e à sociedade. A correspondente

arrecadação é usada em ações que ajudem os poluidores a cessar de poluir, como, por exemplo, financiamento da infraestrutura de coleta e tratamento dos efluentes. Com essa política, as empresas recebem um claro sinal econômico para cessar ou diminuir a poluição. Ao almejar a maximização de seus próprios interesses, atendem ao interesse da sociedade.

No início do século XX, a capacidade regenerativa dos rios franceses ainda era suficiente para depurar naturalmente a poluição lançada em suas águas, exceto na região parisiense e no coração das maiores cidades. Mas, o forte crescimento econômico e social do pós-guerra pressionou os recursos hídricos franceses e, nos anos 50, o Governo criou a Comissão de Água para identificar os seríssimos problemas nas diversas regiões populosas da França e propor soluções.

Quando, em 1964, o Governo francês criou as agências de bacia, uma enorme quantidade das águas utilizadas pelos domicílios/indústrias ia aos rios sem tratamento. Graças à aplicação do princípio poluidor-pagador, em três décadas, a taxa global de despoluição passou de 9% para 64%. A estratégia adotada na discussão pelos comitês de bacias para decidir sobre os pagamentos da “redevance” (como chamada a cobrança pela poluição) acabou formatando reformas que influenciaram o modo de gerir as águas na França e em diversos outros países, inclusive o Brasil.

Os recursos financeiros para ações corretivas viriam do governo central e das “redevances”. Tais “redevances” não seriam impostos, pois têm destinação específica e direta de financiar dos programas de intervenção ambiental hídrica. Mas, também não seriam tarifas pois resultam da não prestação de serviço, enquanto tarifa é o preço regulado que paga pela prestação do serviço.

Apesar do Conselho de Estado Francês (algo como o Supremo Tribunal Federal Brasileiro) ter reconhecido que as “redevances” não têm previsão constitucional, na prática continuaram a ser aplicadas porque, essencialmente, o modelo deu bons resultados. Em 1974 foi permitido repassar a “redevance” ao usuário, incluindo-a na tarifa do saneamento.

Apesar de todos os esforços e das expressivas vitórias da gestão das águas francesas, ainda resta sempre uma poluição residual, bem mais complexa de ser mitigada. Essa mitigação, que para nós brasileiros pode parecer clara sofisticação, tem gerado inúmeras discussões na França, cujo fulcro reside na eventual perda da atual “solidariedade dos stakeholders” na preservação dos recursos hídricos. Isto é, a sociedade francesa parece estar ciente da crucial importância do grande elo organizativo exercido pelo controle social solidário, que obriga às empresas e aos governos a uma performance satisfatória na aplicação dos recursos financeiros, humanos e organizativos para a preservação ambiental.

No Brasil, o controle da poluição tem sido mais exercido por mecanismos de comando e controle – principalmente pela emissão e pelo monitoramento de licenças ambientais – do que pela aplicação do princípio poluidor-pagador. O licenciamento ambiental para o saneamento pode e deve ser aperfeiçoado. Isso porque, ao contrário dos demais setores

produtivos, o esgoto coletado e tratado não é produzido pela prestadora do serviço e sim pela própria população. Ou seja, a prestadora do serviço de saneamento não é parte do problema e sim da solução. Desde, é claro, que cumpra com as metas contratuais de aumento gradual do índice de coleta e tratamento de esgotos.

O rito para licenciamento e operação de infraestrutura dedicada ao saneamento deveria se restringir à comparação entre duas situações: com e sem a infraestrutura que se pretende implantar. Na maioria dos casos será evidente, sem necessidade de maiores elucubrações, que a opção “com” é a que mais beneficia a saúde das pessoas e do ambiente.

A influência do modelo francês na Lei 9433/1997 poderia ter deslanchado um processo virtuoso de despoluição. Contudo, a lei francesa foi bem-sucedida, entre outras razões, porque a despoluição foi financiada pelos “poluidores finais”, inclusive pessoas físicas, resultando em expressivas arrecadações. Já a lei brasileira não induziu à inclusão do custo da poluição resultante da inexistência ou insuficiência de estações de tratamento de esgoto nas contas de água, inclusive das residências. Por isso no Brasil, ao contrário da França, faltou um “motor financeiro” com potência suficiente para “puxar” o setor de saneamento.

Divisão do território em blocos para prestação e regulação do serviço.

A Lei 14.026/2020 dá nova redação ao artigo 3º inciso VI da Lei 11.445/2007 para atribuir aos estados ou à União (caso haja inação dos estados) a prerrogativa de dividir o território em blocos de municípios para unificar a prestação e regulação do serviço, com óbvia economia de escala. Os municípios que forem titulares do serviço poderão optar por não pertencer ao bloco. Mas se assim o fizerem deixarão de receber apoio da União, como dito, na forma de repasses voluntários e financiamentos

Como o artigo 30 da Constituição Federal - CF determina que o titular dos serviços de interesse local é o Município, por mais de três décadas prevaleceu o entendimento de que o serviço é sempre de interesse local e, portanto, que o município seria o titular. O constituinte teve boa motivação para almejar a descentralização. Afinal, tudo o que puder ser resolvido na escala municipal não deveria subir para a escala estadual. Idem da escala estadual para a federal. Porém como os recursos são centralizados na esfera federal, o que tem acontecido é exatamente o contrário. Serviços federais podem não funcionar a contento, mas os municipais quase sempre são piores.

A interpretação da CF no sentido de que o serviço de água e saneamento seria sempre de titularidade municipal tem dificultado o funcionamento do setor, principalmente em regiões onde ocorre o compartilhamento de infraestrutura necessária à prestação do serviço, como é o caso da maioria das regiões metropolitanas e de clusters de municípios do semiárido nordestino servidos por uma única adutora. Isso explica parcialmente por que o serviço de eletricidade - organizado centralizadamente pelo Governo Federal - consegue alcançar praticamente todos os domicílios do país, enquanto o serviço de coleta-tratamento de esgoto – organizado pulverizadamente em milhares de municípios – só alcança a metade dos domicílios.

Em 2001, a administração FHC submeteu ao Congresso o PL 4147/2001 definindo como de interesse local, e portanto de titularidade municipal, o serviço de água-esgoto cujas instalações operacionais servissem para atender a um único município. Para os demais casos, isto é, nas situações em que houvesse interesse comum entre dois ou mais municípios, o PL definia a titularidade como estadual. Essa formulação partia do pressuposto de que como a CF define claramente as responsabilidades da União e dos municípios, o que não fosse de titularidade federal nem municipal, só poderia ser estadual.

A Lei Complementar do Estado do Rio de Janeiro 87/1989, de criação da Região Metropolitana, também havia atribuído ao Estado a titularidade do serviço e água-esgoto. Mas a constitucionalidade dessa lei foi questionada por uma Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI no Supremo Tribunal Federal – STF.

Lamentavelmente o PL 4147/2001 não foi aprovado, muito por conta da reação política “municipalista” no Congresso. Seis anos depois, o Congresso aprovou a lei 11.445/2007 contendo o marco regulatório, mas omisso sobre a titularidade do serviço. Em 2013, o Supremo Tribunal Federal - STF finalmente decidiu sobre a ADI e o fez de forma pragmática: o estado e os municípios deveriam compartilhar a gestão dos serviços de interesse comum¹.

A Lei 14.026/2020 em grande medida reproduz o que havia sido proposto quase vinte anos antes pelo PL 4147/2001, e nesse sentido revisa conceitos do PL 11.445/2007, mas, contrariamente ao PL 4147/2001, atribui conjuntamente ao estado e aos municípios a responsabilidade de prover, direta ou indiretamente, o serviço de água-esgoto de interesse comum. Exatamente com o STF decidiu em 2013.

Portanto, um município só poderá optar por não integrar um bloco de municípios criado por lei estadual para a prestação e regulação do serviço de saneamento básico se todas as instalações forem de uso exclusivo do município. Nos demais casos a titularidade será compartilhada e, conseqüentemente, o município não poderá fazer a opção de se desgarrar do bloco.

Qualquer que seja o titular, a Lei 14.026/2020 determina que a delegação da prestação do serviço de saneamento só poderá ser feita por meio de concorrência por contrato de concessão, em que poderão participar tanto as empresas públicas quanto as privadas. Anteriormente à vigência da Lei, o contrato podia ser assinado sem competição com a empresa pública.

O contrato de concessão deve conter metas objetivas calcadas no planejamento.

Planejamento

O planejamento do saneamento deve ser abrangente, tanto no espaço, quanto no tempo, numa escala que permita a clara localização das bacias do esgotamento sanitário

¹ KELMAN, J.& ABICAIL, M. & PENA, D. Regulação do Saneamento. O Estado de S. Paulo, Espaço Aberto A2, 06/12/2006

de uma cidade. Os bairros costumam ter problemas ambientais diferentes, infraestrutura de drenagem diferentes, poder econômico diferentes e taxas de desenvolvimento social diferentes. O planejamento do saneamento deve enxergar essa variação espacial, bem como deve enxergar a variação temporal do planejamento do saneamento de cada bairro ou sub-bacia.

Uma licitação de serviços de saneamento deva ter claras metas (espaciais e temporais) a serem cumpridas pela concessionária de serviço de abastecimento e de esgotamento sanitário. Metas que derivem do que o planejamento vislumbrou para aquela sociedade, no espaço e no tempo, sem engessar a concessionária no “como” as metas serão alcançadas. Em outras palavras, o planejamento deve definir as “facilidades sanitárias” que uma dada bacia ou bairro deve ter, no espaço e no tempo, sem especificar quais instalações devem ser construídas para assegurar a disponibilidade das “facilidades sanitárias”.

Trata-se de planejar a expansão e qualidade do acesso a serviço sanitário, com a compreensão de quanto mais ambicioso for o plano, mais elevado será o custo do serviço. Ou seja, o planejamento deve levar em consideração a capacidade e a disponibilidade da população de pagar pelo serviço.

É desejável que a cobertura e qualidade do serviço sejam homogêneas numa determinada área de concessão, o que inescapavelmente resulta em subsídios cruzados. Por isso mesmo, a Lei 14.026/2020 estimula, como visto, a organização do serviço em blocos de municípios. É uma maneira de fazer com que a concessão englobe conjuntamente os “municípios filé”, cuja população tem condições de pagar o custo do serviço, com os “municípios osso”, cuja população não tem.

Um plano de saneamento não se resume a um cronograma de obras. Mais do que isso, é um conjunto de *checks and balances* para assegurar que as obras sejam concluídas como planejado e, principalmente, funcionem ao longo da vida útil para que o serviço seja prestado adequadamente.

O plano de saneamento deve conter um prazo próprio de reavaliação, adequado para permitir ajustes no contrato de concessão para acomodar diferenças no desenvolvimento socioeconômico das regiões entre o previsto e o observado.

Contrato de concessão

A confecção do edital e do contrato de concessão são peças fundamentais no processo competitivo para escolha da concessionária. A fixação de metas em direção à universalização precisa ser acompanhada de uma análise do impacto tarifário. De nada adianta estabelecer metas excessivamente ambiciosas se o outro lado da medalha for o aumento da conta de água, incompatível com a capacidade de pagamento da população.

Também o escopo do serviço deve ser claramente definido. Se for conveniente utilizar a rede pluvial para implantar o tratamento de esgoto apenas em tempo seco (sistema unitário), pelo menos durante algum tempo, talvez seja conveniente incluir o serviço de drenagem na licitação. De igual maneira, se o bloco de municípios puder se beneficiar da

economia de escala propiciada por solução unificada para reciclagem e destinação final dos resíduos sólidos, esse serviço também poderá fazer parte da licitação.

A ANA faria bem se produzisse alguns modelos de contratos de concessão com claro tratamento de alguns assuntos críticos, como os abaixo enunciados.

1. Contabilidade regulatória

É preciso atualizar periodicamente o valor dos ativos físicos a serviço da concessão, enterrados ou superficiais, que depreciam ao longo da vida útil. Essa contabilidade regulatória é necessária tanto para o cálculo tarifário quanto, se assim dispôr o contrato, para cálculo da indenização devida pelo poder concedente à concessionária ao término da concessão, por prazo ou por iniciativa de algum dos contratantes.

2. Indicadores de performance

Os indicadores de performance são necessários para facilitar o acompanhamento da qualidade do serviço prestado e, também, para verificação anual (ou bienal) do cumprimento das metas do contrato, que por sua vez derivam do plano (verificação a cada década conduz a erros irreversíveis).

Alguns dos indicadores poderão ser os que já constam do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS. Porém, será preciso assegurar a confiabilidade dos dados. Atualmente, são as próprias companhias de saneamento que prestam as informações, sem que haja qualquer verificação externa sobre a precisão do que está sendo informado. Para remediar essa situação, os contratos de concessão devem conter previsão para a realização periódica de auditoria técnica externa, realizada por companhia especializada e acreditada na ANA, à semelhança do que as companhias de capital aberto fazem para validar seus balanços anuais.

Adicionalmente, será preciso incluir nos contratos indicadores que meçam a qualidade e continuidade do serviço. Por exemplo, não basta que um indicador comprove a existência de um sistema da coleta-tratamento de esgoto. É preciso que tal sistema funcione adequadamente. Como tal sistema se assemelha a um processo industrial cujo produto é o lodo, em que a relação volume-de-esgoto/peso-do-lodo depende da tecnologia adotada, o óbvio indicador nesse caso é a quantidade de lodo produzido num determinado intervalo de tempo.

Indicadores bem concebidos e confiáveis são essenciais para o exercício do controle social, bem como para verificar o cumprimento das metas definidas no plano e pactuadas no contrato. Esses indicadores devem ter resolução espacial e temporal para permitir o acompanhamento do cumprimento de metas na escala dos bairros e para avaliar a interação esgoto doméstico-drenagem pluvial (ligações cruzadas, em ambos os sentidos). Devem também permitir a avaliação da evolução da qualidade da água dos rios urbanos.

Não menos importante, os indicadores devem informar o grau de satisfação dos consumidores com a prestadora do serviço.

3. Cálculo tarifário

Simplificadamente, pratica-se hoje no Brasil dois tipos de regulação econômica, a contratual e a normativa. A contratual é predominantemente utilizada quando o grosso do investimento ocorre ao início da concessão, como é o caso da construção e operação de uma estação de tratamento, de água ou de esgoto. Ou, para fazer um paralelo com o setor elétrico, no caso de construção e operação de uma linha de transmissão. Como há competição pela concessão, presume-se que o vencedor tenha se comprometido com um nível tarifário capaz de assegurar o equilíbrio econômico-financeiro, pelo menos na partida. As atualizações tarifárias previstas em contrato são relativamente simples. Consideram, por exemplo, a correção monetária dos insumos e a atualização do custo de capital de terceiros.

Uma concessão plena de água e esgoto pressupõe investimentos ao longo de décadas que dependem da evolução demográfica, urbana e tecnológica. Como é impossível prever contratualmente o que vai acontecer em prazos tão longos, o mais indicado é adotar o segundo tipo de regulação, o normativo. Nesse caso, confia-se numa agência reguladora para manter o equilíbrio econômico-financeiro da concessão por meio de revisões tarifárias periódicas. Como essas revisões são feitas sem que haja uma licitação para balizar o nível tarifário justo, a agência emula a inexistente competição.

Sintomaticamente, a maior parte dos contratos de saneamento das empresas privadas adota o primeiro tipo de regulação, apesar do segundo parecer mais indicado. Isso ocorre devido à desconfiança com relação à capacidade da agência reguladora local de se manter tecnicamente capaz e independente do poder local ao longo de décadas.

Se a ANA efetivamente preparar um “cardápio” de modelos de contrato, convém que inclua a possibilidade de escolha dentre diferentes tipos de regulação, inclusive a contratual e a normativa.

Também a definição da estrutura tarifária deve ser objeto de consideração. Por exemplo, é comum a adoção de blocos de custo unitário (R\$/m³) crescentes com a quantidade de água consumida. A justificar essa metodologia, o conceito de que são os mais ricos que realizam consumo supérfluo e que, por uma questão de justiça e de incentivo à parcimônia, o custo unitário deve crescer com o volume consumido. Porém, esse conceito não se aplica quando o consumo elevado ocorre num domicílio onde coabitam muitos integrantes de uma mesma família pobre.

4. Solução de conflitos

Eventuais conflitos entre poder concedente e concessionária devem ser solucionados o mais expeditamente possível, tanto pela ação mediadora da ANA, prevista na Lei 14.026/2020, quanto por meio de arbitragem prevista no contrato.

5. ANA como reguladora de última instância

Embora a Lei 14.026/2020 não preveja, seria desejável que a ANA pudesse atuar diretamente como agência reguladora, e não apenas como a responsável pela produção de normas gerais, sempre que os contratantes (poder concedente e concessionária) assim desejassem. Resultaria em maior estabilidade e previsibilidade, com diminuição do custo de capital e do nível tarifário. Adicionalmente, reforçaria a capacidade da ANA em emitir normas gerais.

Considerações finais

A ANA tem quadros técnicos dentre os mais capacitados da administração federal. São profissionais em geral conhecedores do tema “uso privado de bem público” - água dos rios e lagos – e não do tema “regulação econômica do serviço público de abastecimento de água e de saneamento”. Mas certamente têm capacidade de expandir as respectivas áreas de atuação profissional, se devidamente estimulados. Se isso acontecer, a nova tarefa da ANA poderá ajudar na melhor realização da tarefa original porque, como explicado, os blocos de municípios poderão coincidir com as bacias hidrográficas.

Nessa fase de transição, a ANA deve recorrer sempre que possível à consultoria especializada para o desenvolvimento de normas e metodologias, evitando que se torne permanente o que pode ser conjuntural. Quando a força de trabalho de qualquer instituição pública supera a necessidade, o que se cria é burocracia. Por isso, é preciso moderação na convocação de novos servidores públicos para reforçar a ANA em suas novas atribuições.

Informação bibliográfica:

Kelman, Jerson; Canedo, Paulo. ANA e a regulação do saneamento . In: Guimarães, Bernardo Strobel; Vasconcelos, Andréa Costa de; Hohmann, Ana Carolina (Coord.). *Novo marco legal do saneamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. pp. 127-135. ISBN 978-65-5518-151-7

