

2.5. A regulação futura da prestação de serviços de saneamento

Nas seções anteriores, destacaram-se fatores intervenientes da organização futura do setor de saneamento, com influência direta na forma da prestação de serviços. Neles estão incluídas, em especial, uma ausência de renovação de idéias, a consolidação gradativa de uma nova legislação e a dispersão político-administrativa do poder decisório.

O movimento pendular que está ocorrendo, de estruturas mais centralizadas para outras mais descentralizadas, amplia, do ponto de vista do interesse público, a necessidade de ordenação das iniciativas, que tendem a se multiplicar de forma aparentemente desencontrada. Ao mesmo tempo, porém, a dispersão do poder político gera dificuldades virtualmente intransponíveis à intenção de se estabelecer um modelo regulatório unificador¹⁶.

Tendo em vista a autonomia constitucional dos municípios e o seu poder sobre as funções de saneamento mais diretamente ligadas ao faturamento e arrecadação tarifária, o centro nervoso do exercício efetivo de regulação da prestação de serviços deverá, da mesma forma, se instalar na esfera do próprio poder concedente. Ou seja, acompanhará, em larga medida, o grau de dispersão das soluções organizativas e operacionais que forem adotadas.

Uma rápida comparação com experiências de serviços públicos em outros países pode auxiliar no esclarecimento dessa situação.

16 Este capítulo adota um conceito flexível de regulação: implica sujeitar a regras e regulamentos, dirigir, reger, e até mesmo estabelecer ordem; mas também significa ajustar, moderar, aferir, comparar.

Na Inglaterra, por exemplo, o programa de privatização¹⁷ foi conduzido ou influenciado por uma única agência coordenadora, a *Treasury Privatization Unit*, o que facilitou a uniformização dos procedimentos e métodos de controle pós-privatização. Já no caso do setor elétrico americano, a vasta extensão territorial do país e o desenvolvimento autônomo de cada estado resultaram em um grande número de soluções organizacionais. Se, por um lado, isto dificultou a monopolização ou cartelização do mercado, por outro tornou muito mais complexas as atividades de regulação das empresas e do setor¹⁸.

A experiência francesa com os serviços de saneamento apresenta alguma similaridade com o cenário futuro que este relatório desenha para o caso brasileiro¹⁹. Como as concessões são geralmente municipais, o controle efetuado pelo setor público, diferentemente da Inglaterra, é descentralizado, por contrato específico. A legislação prevê quatro tipos de contrato:

- Gerenciamento (*Gérance*): seu objeto é restrito à operação de sistemas, com remuneração calculada pelo volume de trabalho executado. Os investimentos ficam a cargo dos municípios.
- Contrato incentivado (*Régie Intéressée*): semelhante ao ante-

17 Não é objeto deste capítulo tratar diretamente do problema da concessão de serviços públicos a empresas privadas. O caso inglês é citado pelas condições em que vieram a se estruturar as funções de regulação.

18 Ver “Contratos de Gestão, Concessão de Serviços e Privatização - Modelos Internacionais”, relatório elaborado pela Coopers & Lybrand para a Unicamp (p. 21 e 32).

19 Ressalvados muitos aspectos, entre eles o do elevado grau de participação das empresas privadas na operação dos serviços (cerca de 70% das localidades); Coopers & Lybrand, *op.cit.*, p 90 a 93.

rior, mas com cláusulas de incentivos, visando a obtenção de um melhor desempenho.

- Franquia (*Affermage*): remuneração da empresa privada pelos resultados ,com obrigação de investimento em renovação e extensão de sistemas; seus prazos variam entre 20 e 30 anos.
- Plena concessão (*Concession*): objeto e condições semelhantes ao fixado na legislação brasileira, para contratos de 20 a 30 anos.

O Ministério do Interior presta assistência técnica e econômica às municipalidades, tanto na negociação quanto na fiscalização dos contratos. Além disso, recentemente publicou um modelo de contrato, para orientação às prefeituras.

No caso brasileiro, uma proposta possível de instituição de novas responsabilidades e instrumentos da regulação de serviços de saneamento pode dividi-las em dois universos distintos (mas complementares). O primeiro circunscreve-se, de certa maneira, ao próprio setor. O segundo contempla regras e controles no âmbito do setor público, e também a possibilidade de atuação por parte da sociedade sobre o Estado. Estes universos são objeto dos dois próximos capítulos.

2.6. Regulação da prestação de serviços na esfera do setor

Para a definição do primeiro universo de regulação, parte-se de todos os fatores já mencionados ao longo deste volume, acrescentando-se a eles o diagnóstico das limitações gerenciais e técnicas da máquina

pública, que determinarão o ritmo e a profundidade da eventual implantação e tratamento das funções específicas. A rigor, essas deficiências determinam a natureza e o alcance das próprias funções, que estão sendo propostas para municípios, estados e União.

Este aspecto retoma uma observação que se encontra no início do capítulo, de que o estabelecimento das estruturas organizacionais e da tradição regulatória será forçosamente gradativo. O ideal é que as sugestões específicas aqui apresentadas, assim como outras que se julgue mais adequadas, sejam objeto de um plano de trabalho que considere metas sucessivas e realistas, em sintonia, na medida do possível, com as necessidades que estarão sendo ditadas pela prática.

O Quadro V, agora justaposto ao Quadro IV anterior, apresenta as funções e instrumentos de regulação, tanto para os serviços de saneamento de interesse local, quanto para aqueles que ultrapassam os limites de uma única localidade.

Uma série de observações é necessária, inicialmente a respeito da regulação dos serviços caracteristicamente locais. Na exata proporção da descentralização do poder decisório, este documento considera que o principal exercício da regulação terá por base os documentos e instrumentos necessários à concessão dos serviços. Isto deve incluir:

- Nos casos de municípios com população superior a 100/150 mil habitantes, um Plano Diretor de Saneamento, que apresente um diagnóstico da situação dos seus serviços e de seu impacto sobre a saúde pública, da economia local, das disponibilidades de recursos hídricos e do meio ambiente; projete as demandas

por abastecimento de água e esgotamento sanitário; fixe as metas de cobertura a serem atingidas; indique as principais obras e intervenções físicas previstas; e quantifique, estimativamente, os recursos financeiros que serão necessários (o Plano Diretor pode constituir o “projeto básico” exigido nos requisitos licitatórios prescritos pela Lei 8.666/93).

- Lei autorizativa específica do poder concedente, para abertura de licitação de concessão dos serviços, fixando antecipadamente o prazo contratual e as condições de prorrogação, bem como os critérios licitatórios e contratuais básicos.

- O edital de licitação.

- O contrato de concessão.

A precondition para um exercício eficiente da regulação da prestação de serviços é a existência de um processo que contemple todos os passos citados, sobretudo a boa condução da concorrência pública e a elaboração de um contrato equilibrado e de boa qualidade técnica.

Dado a inexistência de tradição de concessão de serviço público via procedimento licitatório, não existe experiência acumulada sobre editais e contratos deste gênero - os atuais contratos dos municípios com as concessionárias estaduais não servem de modelo para a nova situação. Não obstante, várias iniciativas já vêm sendo tomadas no sentido da concessão dos serviços nestes novos moldes. Algumas, mais adiantadas, foram relacionadas na seção 2.4, o que não implica, necessariamente, que os documentos já existentes atinjam níveis de qualida-

de minimamente satisfatórios.^{20/21}

Em função disso, este estudo sugere que o PMSS, em acordo com a Secretaria de Política Urbana, desenvolva modelo básico de contrato de concessão, como subsídio às municipalidades que optem por licitar a responsabilidade sobre seus serviços (ver, a propósito, a nota 21 e a seção 2.8).

Evidentemente, os termos do contrato que está sendo proposto não diz respeito às formas de exploração já existentes, mas a situações onde se espera seja nítida a separação entre regulador e regulado. Considera-se que no caso das formas atuais - gestão direta, pelo município, dos serviços dos quais é titular, ou concessão a empresas municipais ou estaduais por adjudicação direta de contrato -, haverá um prolongamento das condições de operação. Numa segunda hipótese, decisões políticas mais gerais (pelos governos dos estados, por exemplo) ou mais localizadas (pelo municípios) serão tomadas, seja no sentido de um ajuste das relações em direção a um equilíbrio maior, seja de uma eventual ruptura, com conseqüente instauração de uma nova ordem.

Caso a opção se faça pelo ajuste das atuais relações, o poder concedente e a concessionária estadual poderão evoluir para uma revisão dos termos do contrato de concessão ou pela anexação, a este, de um contrato de gestão dos serviços. O exercício destas novas relações, mais equilibradas, entre o regulador e regulado, é que determinará o

20 Alguns dos riscos do processo de descentralização estão presentes no Capítulo 2.9.

21 O Capítulo 2.8 apresenta um modelo bastante básico e preliminar de contrato de concessão de serviços de saneamento. A intenção deste estudo é chamar a atenção para a sua complexidade e relacionar alguns dos seus aspectos essenciais, abrindo um processo de discussão que permita uma compreensão gradativa dos termos que devem constituir-lo.

futuro da própria forma de gestão, pelo menos até o termo do contrato.

Nos casos de exploração direta dos serviços pelo município, dificilmente será possível uma clara diferenciação de papéis. Deve-se levar em conta que, em relação às pequenas municipalidades, esta divisão de funções carece, em grande medida, de maior sentido, tendo em vista as dimensões muito reduzidas da escala dos serviços e da máquina administrativa local.

Ainda no que se relaciona aos serviços de interesse local, as atribuições propostas para as demais esferas do poder são, apesar de importantes, complementares àquelas a serem desempenhadas pelo poder concedente.

No caso do governo do estado estão sugeridos, conforme Quadro V:

- Plano Estadual de Saneamento, de periodicidade trienal, com diagnóstico da situação sanitária do estado, em termos físicos, institucionais e financeiros, com base em indicadores de acompanhamento; diretrizes e prioridades para financiamento e transferência de recursos do estado; balanço e perspectivas das funções sanitárias de interesse comum sob sua responsabilidade e da atuação da empresa concessionária estadual.
- Normas e critérios técnicos para financiamento e para transferência de recursos.
- Estruturação de um Sistema de Informação Estadual sobre os Serviços, que deverá consistir na coleta, aferição, sistematização e divulgação de indicadores físicos e econômicos, bem como de

qualidade da água e da saúde pública.

Sugerem-se os seguintes indicadores básicos:

- População do município/localidade
- População urbana
- População rural
- Índice de cobertura com abastecimento de água na área urbana
- Índice de cobertura com abastecimento de água na área rural
- Índice de cobertura com coleta de esgoto na área urbana
- Índice de cobertura com coleta de esgoto na área rural
- Índice de tratamento de esgoto
- Número de ligações de água na área urbana
- Número de economias de água na área urbana
- Número de ligações de água na área rural
- Número de economias de água na área rural
- Número de ligações de esgoto na área urbana
- Número de economias de esgoto na área urbana
- Número de ligações de esgoto na área rural
- Indicadores econômicos (a definir)²²
- Indicadores de saúde pública (a definir)
- Indicadores de qualidade de água (a definir)

Os municípios serão responsáveis pelo fornecimento das informações relativas aos índices de atendimento, aos números de ligações e

²² A definição destes indicadores deve considerar, simultaneamente, a factibilidade da coleta de dados e a consistência das informações

economias de água e esgoto e aos indicadores econômicos.

As demais informações poderão ou deverão ser providas pelo próprio estado, especialmente aquelas relativas à qualidade da água (ver item seguinte sobre o monitoramento).

Deve ser ressaltado que o Sistema de Informações tem uma dupla função. A primeira, bastante óbvia, é prover os dados básicos sobre os serviços disponíveis²³. A segunda é estimular a competição entre os diversos prestadores dos serviços. Uma vez que as características técnicas tornam o serviço de saneamento um monopólio natural, a competição possível fora do processo licitatório se dará por comparação de desempenho ou comparação por parâmetros (*yardstick competition*).

- Relatório Anual de Salubridade, nos termos do proposto pelo PL 199/93, alimentado pelo dados fornecidos pelo Sistema de Informações, com a função precípua de dar divulgação dos dados básicos relativos ao setor e proporcionar, com isso, a comparação por parâmetros mencionada no ponto anterior.
- Monitoramento da qualidade da água (água bruta, água tratada e água do sistema de distribuição), como função a ser desempenhada pelo estado, independentemente das regras e procedimentos que estiverem inscritos como obrigações das concessionárias nos contratos de concessão dos serviços.²⁴

23 Apenas a ABES, uma associação civil, publica dados sobre o setor, ou parte dele, através do seu catálogo, o Cabes, editado periodicamente.

Quadro V

Titularidade, formas organizativas e regulação da prestação de serviços de saneamento

	Municípios
Serviços de interesse local	<p>Titularidade</p> <ul style="list-style-type: none"> • Captação, tratamento, adução e reservação e distribuição de água • Coleta, afastamento, tratamento e disposição final de esgotos
	<p>Forma de exploração (Sistema completo ou parcial)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Direta <ul style="list-style-type: none"> - Deptº Administração Direta - Autarquia • Por concessão <ul style="list-style-type: none"> - Concessionária pública municipal - Concessionária pública estadual - Concessionária pública regional - Concessionária privada <ul style="list-style-type: none"> - Empresa privada - Associação civil
	<p>Regulação</p> <ul style="list-style-type: none"> • Plano diretor municipal de saneamento • Lei municipal para concessão de serviço • Edital de licitação • Contrato de concessão • Contrato de gestão

Folha 1

	Unidade Regional	Estado	União
		<p>Titularidade</p> <ul style="list-style-type: none"> Assunção provisória dos serviços em caso extremo de incapacidade do município 	<p>Titularidade</p> <ul style="list-style-type: none"> Assunção provisória dos serviços em caso extremo de incapacidade de solução no âmbito do estado e municípios envolvidos
	<p>Forma de exploração (Sistema completo ou parcial, por concessão)</p> <ul style="list-style-type: none"> Empresa pública regional (ações do Estado e municípios) Empresa pública regional (consórcio de municípios, com liderança de uma empresa municipal) Empresa pública regional (consórcio de municípios) 	<p>Forma de exploração (Sistema completo ou parcial, por concessão)</p> <ul style="list-style-type: none"> Empresa pública estadual (CESBs) Empresa pública estadual (com ação regional) (Sem participação dos municípios) 	<p>Forma de exploração</p> <ul style="list-style-type: none"> A definir em cada caso específico. (Situações extremas)
	<p>Regulação</p> <ul style="list-style-type: none"> Plano diretor regional 	<p>Regulação</p> <ul style="list-style-type: none"> Leg. estadual de concessão de serviço público (opcional) Plano estadual de saneamento/diretrizes e normas Diretrizes e normas p/ financ. e transferências de recursos Sistema de informações - indicadores de monitoramento <ul style="list-style-type: none"> físico econômico qualidade da água saúde pública Rel. anual de salubridade Monit. da qualidade de água Assist. para capacitação téc. <ul style="list-style-type: none"> operação administração planej. e controle tarifário regulação contr. de concessão 	<p>Regulação</p> <ul style="list-style-type: none"> Legislação federal de concessão de serviço público Lei compl. de concessão de serviços de saneamento Política nacional de saneamento/normas e diretrizes Diretrizes e normas p/ financiamento e transferência de recursos Sistema de informações Relatório anual salubridade Monit. da qualidade da água (em situações de incapacidade de exercício da função pelo Estado) Assistência para capacitação técnica (em situações de incapacidade de exercício da função pelo estado)

Quadro V

Titularidade, formas organizativas e regulação da prestação de serviços de saneamento

	Municípios
Serviços de interesse local	<p>Titularidade</p> <ul style="list-style-type: none"> • Distribuição de água • Coleta e afastamento parcial de esgotos
	<p>Forma de exploração (das funções das quais é titular)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Direta <ul style="list-style-type: none"> - Deptº Administração Direta - Autarquia • Por concessão <ul style="list-style-type: none"> - Concessionária pública municipal - Concessionária pública estadual - Concessionária pública regional - Concessionária privada <ul style="list-style-type: none"> - Empresa privada - Associação civil
	<p>Regulação</p> <ul style="list-style-type: none"> • Plano diretor municipal de saneamento • Lei municipal para concessão do serviço • Edital de licitação • Contrato de concessão • Contrato de gestão

	Unidade Regional	Estado	União
		<p>Titularidade</p> <ul style="list-style-type: none"> • Captação, tratamento, adução e reservação e distribuição de água • Afast. parcial, tratamento e disposição final de esgotos 	<p>Titularidade</p> <ul style="list-style-type: none"> • Assunção provisória dos serviços em caso extremo de incapacidade de solução no âmbito do estado e municípios envolvidos
	<p>Forma de exploração (das funções das quais é titular)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Empresa pública regional (ações do estado e municípios) • Empresa pública regional (consórcio de municípios, com liderança de uma empresa municipal) • Empresa pública regional (consórcio de municípios) 	<p>Forma de exploração (das funções das quais é titular)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Direta - Autarquia • Por concessão - Empresa pública estadual - Empresa pública municipal (de ação regional e sem participação dos municípios) - Empresa privada 	<p>Forma de exploração</p> <ul style="list-style-type: none"> • A definir em cada caso específico. (Situações extremas)
	<p>Regulação</p> <ul style="list-style-type: none"> • Plano diretor regional 	<p>Regulação</p> <ul style="list-style-type: none"> • Lei estadual (autorizativa da concessão) • Contrato de concessão • Contrato de gestão • Demais pontos da regulação de serviços de interesse local 	<p>Regulação</p> <ul style="list-style-type: none"> • Política nacional de saneamento/normas e diretrizes • Diretrizes e normas para financiamento e transferência de recursos • Sistema de informações • Relatório anual de salubridade • Monitoramento da qualidade da água (em situações de incapacidade de exercício da função pelo estado) • Assistência para capacitação técnica (em situações de incapacidade de exercício da função pelo estado)

- Assistência técnica, como função a ser desempenhada, também, pelo estado, incluindo:
 - operação de sistemas;
 - comercialização;
 - planejamento e controle tarifário;
 - preparação e assessoria de processos de licitação para concessão de serviços;
 - regulação dos contratos de concessão.

Para a União, estão sendo sugeridas funções, na sua maioria, análogas às daquelas dos estados, evidentemente com outra abrangência político-administrativa. Isto inclui:

- Política nacional de saneamento, nos termos do proposto no Projeto de Lei 199/93.²⁴
- Diretrizes e normas para financiamento e transferência de recursos.
- Sistema de informações, com as mesmas finalidades daquele proposto para ser estruturado pelos governos estaduais.
- Relatório anual de salubridade, com a mesma finalidade dos

24 A Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e dá outras providências”, atribui ao nível estadual de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) a responsabilidade de coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços de vigilância sanitária (artigo 17º, inciso IV, alínea “b”). À direção municipal do SUS é atribuída a função de executar os serviços de vigilância sanitária. Entende-se, para as finalidades do monitoramento proposto neste volume, que não há incompatibilidade com o disposto na Lei 8.080/90, fazendo-se necessárias apenas ações dos governos estaduais que levem à sua implementação, que já existe em vários estados.

25 Na primeira versão, seguindo o disposto no PL 199/93, este trabalho mencionava um “Plano Nacional”. Apesar do interesse do setor de saneamento naquele projeto de lei, e na idéia de um “plano”, preferiu-se aqui, após ouvidas as ponderações de colegas da Fundap, utilizar a noção de “política”, mais coerente com funções que não têm em geral caráter executivo.

relatórios análogos propostos para os estados.

Além destes pontos, prevêem-se duas funções a serem exercidas excepcionalmente, em casos de comprovada incapacidade ou de omissão do governo estadual:

- monitoramento da qualidade de água;
- assistência para capacitação técnica.

Estas funções deverão ser exercidas, quando necessárias, exclusivamente através de convênios com outros órgãos da administração pública ou contratos com fundações e empresas públicas ou privadas.

Além das três esferas político-administrativas tradicionais, levantou-se a possibilidade de uma unidade regional interveniente, estruturada (Quadro V) o suficiente para dispor de um Plano Diretor (para a bacia, por exemplo), e de forma a serem considerados o planejamento e execução de serviços públicos municipais. Esta referência tem caráter exploratório, na medida em que a gestão de unidades regionais, como a de uma bacia hidrográfica, por exemplo, ainda está insuficientemente institucionalizada e hierarquizada (em particular, face aos novos conceitos de autonomia e equilíbrio de poderes estabelecidos pela Constituição de 1988).

Cabe, ainda um registro final.

Como a União e os estados continuarão a alocar recursos para o setor, os financiamentos e as transferências para municípios, autarquias e empresas municipais, ou ainda concessionárias de serviços municipais (neste caso, apenas financiamento), deverão ampliar a capacidade destas esferas de governo em regular a prestação de serviços propriamente dita. Isto deverá incluir, no mínimo:

- exame de capacidade de endividamento (no caso de operação de empréstimo);
- exigência de contrapartida financeira local;
- elegibilidade técnica do projeto a ser financiado ou custeado.

Os dois primeiros itens aproximam-se da questão dos preços e estrutura tarifária. O último aponta a necessidade de informações sobre outros indicadores operacionais, principalmente volume de perdas, mas até mesmo disposição final de efluentes, além daqueles referentes à cobertura dos serviços.

Quanto à regulação dos serviços supralocais, isto é, as funções que aparecem no Quadro V sob a titularidade do estado, repetem-se os mesmos instrumentos de acompanhamento e controle, agora sob responsabilidade do estado, e não mais do município. Isto não impede, como já foi mencionado, que os municípios resolvam, de maneira prática, problemas comum de abastecimento de água - o que já ocorre atualmente -, e de esgotamento sanitário, sem interferência do governo do estado.

De toda forma, o Projeto de Lei 199/93 afirma que nos casos de interesse comum - exemplo das funções de saneamento postas no Quadro V sob titularidade do estado -, sua organização e gestão não excluem a participação dos municípios²⁶.

Esta é, no momento, uma questão em aberto, que dependerá menos de uma disposição jurídica que do debate e das decisões políticas. A propósito, o PL 199/93 segue, nesta passagem, o espírito da Constituição de 1988 sobre a autonomia das esferas de poder e o pacto federativo de novo tipo.

26 Projeto de Lei 199/93, artigo 4º., mencionado no Capítulo 2.3.

2.7. Regulação conectiva sobre a prestação de serviços de saneamento

A seção anterior, em sua última parte, apresenta uma proposta de funções e instrumentos de regulação da prestação de serviços de saneamento a serem atribuídos às esferas político-administrativas da União e dos estados, tanto no que se relaciona aos serviços de interesse local quanto àqueles onde se faz presente o interesse comum supramunicipal. Dado a dispersão do poder político e das decisões administrativas, parece claro que as funções e os instrumentos sugeridos têm a finalidade básica de “cercar” o problema, uma vez que apenas no caso de alocação de recursos - financiamentos ou transferências - será possível exercer um poder maior sobre o concedente ou a concessionária dos serviços.

Naturalmente, a este universo de regulação intra-setor acrescenta-se um segundo universo, extra-setor, constituído por legislações e atividades pertinentes a assuntos vizinhos ou entrelaçados ao de saneamento - grande parte deles ainda no âmbito do setor público -, e também por recentes instrumentos legais e práticas de defesa da sociedade frente a agentes econômicos.

São exemplos deste segundo universo, dentre outros:

- legislação de recursos hídricos;
- legislação de proteção ambiental;
- Código de Defesa do Consumidor;

- legislação de repressão ao abuso do poder econômico;
- mecanismos diretos de controle social.

Entende-se que a conjugação das funções e instrumentos a serem desempenhados e utilizados pela União e estados com o uso destes recursos “extra-setor” - mantidos os papéis atribuídos a processos licitatórios e contratos de concessão, evidentemente -, é condição necessária para que se possa antever a razoável possibilidade de criação daquele ambiente, referido na seção 2.1, favorável à obtenção da máxima eficiência na prestação dos serviços.

As iniciativas de estabelecimento de legislações de recursos hídricos são bastante recentes, sendo a Lei 7.663/91, do estado de São Paulo, pioneira neste sentido. Atualmente, tramita no Congresso Nacional projeto análogo.²⁷ Em ambos, a bacia hidrográfica se constitui na unidade físico-territorial de planejamento e gerenciamento.

Deve ser assinalado que a preocupação legal com a questão hídrica está longe de ser arbitrária. Em várias regiões brasileiras, o problema da baixa disponibilidade de recursos hídricos não é apenas uma eventualidade relativamente remota, mas um fato presente. Usos demasiado intensos e conflitivos da água (para abastecimento público, consumo industrial, irrigação, disposição de efluentes e lazer, por exemplo) têm conduzido a situações de virtual escassez, impondo a adoção de algum tipo de regras que permitam disciplinar racionalmente os interesses públicos e econômicos que se encontram em jogo.

No entanto, embora já existam vários registros da preocupação,

²⁷ Ver texto de Ricardo Toledo Neder, *op.cit.*

por parte dos próprios municípios, em encontrar formas associativas comuns para enfrentamento de problemas urbanos supralocais, não há, no caso brasileiro, tradição maior de regionalização de esferas administrativas. Os primeiros ensaios nesta direção iniciaram-se com a criação das regiões metropolitanas ainda na década de 70. Mas sempre se pode argumentar que o quadro constitucional era inteiramente diverso, e que havia um desequilíbrio de origem entre o poder dos estados e dos municípios, que virtualmente impedia a formulação de diretrizes e a execução de ações comuns de forma bem-sucedida.

Em função disso, cabem, ainda, dúvidas sobre a viabilidade, pelo menos a curto prazo, de estruturação de unidades estáveis de gestão de bacia - incluídas as indispensáveis hierarquizações de funções e responsabilidades -, particularmente considerando-se que, pelo quadro constitucional, o exercício desta gestão necessitará ser compartilhado entre estados e municípios (exatamente outro ponto sobre o qual também não se dispõe de experiência acumulada).

Apesar dos obstáculos, dados os estrangulamentos de oferta de recursos hídricos já existentes, é provável que, em várias regiões, a administração estritamente local de serviços de saneamento básico não possa mais ignorar as pressões pelo uso racional e politicamente negociado da água, o que levará a impactos em assuntos diversos, como os níveis tarifários praticados (que seriam elevados, para evitar o desperdício)²⁸, o controle das perdas físicas e a antecipação de investimentos em tratamento e controle de efluentes (de origem doméstica e industrial).

De toda forma, o gerenciamento dos recursos hídricos deve cru-

²⁸ Naturalmente, existe, também, a possibilidade de adoção de taxas pelo uso da água (usuário-pagador).

zar com outro campo capaz de interferir na regulação do setor de saneamento, ou seja, o do meio ambiente. Em função, sobretudo do forte apelo obtido por esta questão junto à mídia e à opinião pública, talvez esta seja uma das poucas áreas onde a capacidade regulatória do estado sobre a sociedade, com tendência, em geral, declinante nos últimos anos, tenha se fortalecido.

Embora se discuta como proceder à internalização da questão ambiental nas diversas organizações promotoras de obras e serviços, uma vez que “a lógica norteadora do campo de regulação ambiental não é estritamente setorial (como é com a energia, transportes, saneamento, indústrias), mas intersetorial”²⁹, o fato é que, perante este problema, a administração pública brasileira tem seguido o caminho da criação de organismos específicos para a fixação de diretrizes e o exercício da fiscalização e controle, inclusive dos demais órgãos públicos.

Consequência disso é a Resolução 001/86, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), que exige que a execução de todo empreendimento em setores de infra-estrutura de responsabilidade de órgão público (o que inclui as empresas estatais) seja precedido da apresentação e aprovação de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (Rima).

Na prática, isto, hoje, já afeta, e nada indica que esta influência deverá ser relaxada no futuro, tanto problemas como o tratamento de efluentes (de maneira semelhante ao que surgirá do gerenciamento integrado de recursos hídricos), quanto a implantação de novos sistemas de tratamento de água bruta, com inundação de áreas mais ou menos

29 Cf. texto citado de Ricardo Toledo Neder, em sua p. 6

extensas). No primeiro caso, novamente estará em foco a pressão pela antecipação de intervenções saneadoras; no segundo, um efeito é o uso racional de águas, a partir da sua qualificação como um recurso escasso. Deve ser observado que, em alguns estados já não é possível desenvolver uma intervenção física de porte sem a obtenção de prévio licenciamento ambiental.

Um universo com grande potencial de regulação sobre o setor de saneamento é o da defesa do chamado interesse público difuso. Duas legislações recentes devem ser mencionadas a este respeito.

A primeira delas é a Lei nº 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, da qual vale assinalar algumas definições e instrumentos.

“Art. 4 - A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, proteção dos seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transferência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

- a) por iniciativa direta;
- b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;
- c) pela presença do Estado no mercado de consumo;
- d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

(...)

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos (...)

Art. 5 - Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

(...)

II - instituição de Promotorias de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;

III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;

IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; (...)"

É importante observar que o próprio Poder Judiciário pode tomar a iniciativa, através de suas promotorias específicas, de abrir inquérito para apuração de casos onde eventualmente os direitos do consumidor estejam sendo violados.

Os serviços públicos são preocupação manifesta da lei em mais de uma passagem. No artigo 6º, relativo aos direitos básicos do consumidor, cita-se, em seu inciso X, "a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral". O artigo 59, em seu § 1º, prescreve que "a pena de cassação da concessão será aplicada à concessionária de serviço público, quando violar obrigação legal ou contratual".³⁰

Outro documento legal de interesse, ainda mais recente, é a Lei nº 8.884/94, conhecida como Lei Antitruste, que "transforma o Conse-

³⁰ Entre os direitos básicos do consumidor, objeto do artigo 6º, destaque-se seu inciso VIII, que inclui a "facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências".

lho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências”.

O CADE, órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, ora transformado em autarquia federal, vincula-se ao Ministério da Justiça (artigo 3º), devendo seu plenário ser constituído por um presidente e seis conselheiros, “nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal” (artigo 4º). Junto ao CADE, com funções executivas e de assessoria, funcionará uma Procuradoria, com seu procurador geral indicado pelo ministro da Justiça e nomeado pelo presidente da República, após, também neste caso, aprovação do Senado (artigos 10 e 11). A Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça completa a estrutura prevista para o exercício das funções e atribuições criadas pela lei, com funções, sobretudo, de averiguar possíveis lesões à ordem econômica e instaurar processos administrativos a serem submetidos ao CADE. Deve-se ressaltar que, das decisões do secretário do SDE “não caberá recurso ao superior hierárquico”, de acordo com o artigo 41.

O Capítulo II, através de seus dois artigos, trata das infrações passíveis de investigação e punição, conforme segue:

“Art. 20 - Constituem infrações de ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante (...)”

“Art. 21 - As seguintes condutas, além de outras, na medida em

que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço do bem ou serviço.

Parágrafo Único - Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhoria de qualidade;

(...)

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis; (...).

Deve ser destacado, finalmente, ainda no que é passível de interesse mais direito deste trabalho, o artigo 16, cujo texto afirma:

“Art. 16 - As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade individual de seus dirigentes administradores, solidariamente.”

Naturalmente, tratando-se de legislações novas, será ainda necessário aguardar algum tempo para verificar se as mesmas se mostrarão capazes de produzir efeitos relevantes, ou se, ao contrário, cairão na vala comum das leis que “não pegam”.

É possível, a despeito de todas as dificuldades que possa haver, e para as quais concorrem aspectos mais discutíveis de ambas as legislações, como, por exemplo, os capítulos e artigos que tratam da eventualidade de intervenção na direção da empresa infrator, que, gradativamente, elas venham a se constituir em instrumento efetivo de defe-

sa do interesse público.

Este resultado mantém coerência com as relações sociais novas, que incluem a mudança na visão do Estado pela sociedade e a ascensão do “cidadão-consumidor”, conforme foi abordado na seção 2.2 deste estudo.³¹

2.8. Contrato de concessão - aspectos básicos

Como é do conhecimento geral, prevaleceu no Brasil, durante as últimas décadas, a concessão de serviços públicos a empresas públicas, mediante - no caso específico do setor de saneamento -, adjudicação direta de contrato, após aprovação de lei municipal específica.

Com a mudança imposta pela Constituição Federal, através de seu artigo 175, qualquer concessão nova deverá ser precedida de licitação pública, na modalidade de concorrência, segundo as legislações específicas que vêm sendo aprovadas. Este dispositivo aponta para a possibilidade de uma mudança no papel até agora desempenhado pelo Estado, que passaria da condição dupla (e teórica) de regulador e regulado para a efetiva função de regulador. Em decorrência, dois instrumentos básicos - o edital de licitação e o contrato de concessão -, adquirem especial relevância.

Naturalmente, além da concessão, existem outras modalidades

³¹ Instrumento moderno de controle social é a participação direta da sociedade (usuários, por exemplo) em organismos de funções de supervisionamento do Estado ou da prestação de serviço público. Neste volume, pondera-se que a legislação e a ação política de instâncias de direção do setor podem estimular a criação destes organismos, mas que a decisão sobre sua conveniência e instauração deve ser consequência da prática de relações sociais específicas.

de relação entre o setor público e o setor privado, para a execução de serviço público. Entre elas, podem ser citados o arredondamento, a prestação de serviços, o risco compartilhado, a concessão onerosa e a subconcessão.^{32/33}

No entanto, “nenhuma é tão completa e complexa em termos jurídicos, técnicos e econômicos de regulação quanto a concessão”, daí a mesma ser tratada como o objeto deste capítulo.³⁴

Deve ser salientado que o procedimento licitatório para concessão de serviço público necessariamente observará a legislação de licitações (Lei nº 8.666, de 21.06.1993, com as alterações efetuadas através da Lei nº 8.883, de 08.06.1994) e de contratos do setor público.

Como já foi mencionado, a legislação específica sobre concessões, que gradativamente vai sendo estabelecida, reafirma o imperativo de utilização da modalidade licitatória de concorrência pública.

O Capítulo 1 apresenta alguns requisitos básicos para uma primeira fase de documentos de habilitação das empresas ou consórcios de empresas interessadas no setor a ser licitado. Caberiam alguns esclarecimentos adicionais sobre os requisitos que ali foram abordados.

É aconselhado exigir-se, para a proponente vencedora, o modelo de constituição de sociedade por ações, com a finalidade exclusiva de executar as obras e prestar os serviços objeto da licitação. Esta provi-

32 A subconcessão é muito discutida sob o aspecto doutrinário. Em função disso, só é permitida nas legislações dos estados de São Paulo e Pernambuco, e apenas para entidades da administração descentralizada.

33 A expressão “parceria”, muito utilizada ultimamente, apresenta funções designativas gerais, podendo ser identificada com mais de uma forma de relação econômica entre o setor público e o privado.

34 Ver Capítulo 1, no qual se baseia, parcialmente, este capítulo.

dência visa permitir, à futura concessionária a possibilidade jurídica de emissão de debêntures no mercado de capitais, visando captação de recursos, desde que aprovada previamente a emissão pelo poder concedente e, ainda, obrigá-la à divulgação pública de seus atos, balanços patrimoniais e demonstrações de resultados.

Exclui-se, no entanto, a adoção de modelo de comandita por ações, uma vez que neste tipo de sociedade alguns participantes podem ter compromisso única e exclusivamente com o aporte de capitais, sem que adquiram, com isso, responsabilidades gerenciais sobre o empreendimento.

No que se refere ao item “experiência anterior”, a Lei nº 8.666/93 limita a necessidade de comprovação de aptidão à prova da presença “em seu quadro permanente, isto é, no quadro de pessoal da empresa concorrente, na data prevista para a entrega da proposta, de profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes ...”.

Alternativamente, a aptidão poderá ser comprovada através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares “da empresa, mas isto não é imprescindível, nem a ausência deste tipo de documentação é motivo para inabilitação, conforme o artigo 30.

Constituem cláusulas essenciais de um contrato de concessão os seguintes itens:

- objeto, área de prestação do serviço, prazo e previsão e condições para sua prorrogação;
- modo, forma e condições de prestação dos serviços, com a indicação dos padrões de qualidade, metas e prazos para o seu

aperfeiçoamento;

- condições de constituição da concessionária;
- obrigação da execução das obras necessárias à prestação dos serviços, em conformidade com o cronograma e as metas estabelecidas para o período de concessão;
- valor dos recursos a serem aplicados e suas fontes de origem, e programa de aplicação para o período do contrato;
- critérios para a fixação e a alteração da tarifa e da estrutura tarifária com previsão da periodicidade e dos parâmetros de cálculo dos reajustamentos;
- condições de comercialização dos serviços;
- regime de administração de ativos;
- garantias;
- obrigações do poder concedente;
- obrigações da concessionária;
- direitos e deveres dos usuários;
- forma de fiscalização dos serviços, com a estipulação da obrigatoriedade, forma e prazo de prestação de contas pela concessionária;
- exigência de publicação de demonstrações financeiras periódicas, na forma estabelecida pelo poder público, e das planilhas de cálculo do custo do serviço;
- penalidades por descumprimento de cláusulas contratuais;
- casos de intervenção do poder concedente;
- extinção ou encampação da concessão, e indenização ao concessionário.

Apresenta-se, a seguir, um modelo bastante preliminar de con-

trato de concessão de serviços. Sua intenção, como já anunciado anteriormente, é delinear um conteúdo básico que possa servir à discussão posterior. Quando pertinentes, os artigos específicos do modelo são acompanhados de comentários.

Cláusula Primeira - Do Objeto da Concessão

Art. 1º - Constitui objeto deste contrato a prestação, em regime de concessão, de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, incluídas as atividades de operação, manutenção, expansão e comercialização, no município de _____, respeitadas as condições fixadas neste instrumento e nos anexos que o integram.

§ 1º - Os serviços de abastecimento de água compreendem a captação de água bruta e o tratamento, adução, reservação e distribuição de água tratada.

§ 2º - Os serviços de esgotamento sanitário compreendem a coleta, afastamento, tratamento e disposição final de efluentes.

Art. 2º - Fazem parte da presente concessão todas as obras necessárias à prestação dos serviços ora concedidos, bem como aquelas necessárias para que a concessionária cumpra as obrigações por ela assumidas neste contrato.

Art. 3º - A concessionária terá exclusividade na execução dos serviços objeto do presente contrato, ao longo do período de concessão.

Art. 4 - A concessão será gratuita, no decorrer de todo o período de contrato.

O objeto poderá variar quanto às funções de saneamento a serem concedidas e quanto à área da prestação do serviço.

No primeiro caso, tratando-se de concessões municipais, várias

opções podem ser arroladas. Nos casos de municípios situados em regiões de aglomeração urbana, o objeto deverá se limitar, no máximo, aos sistemas de distribuição de água e coleta e afastamento parcial de esgotos. Outra opção é a concessão da distribuição e operação de um novo sistema de tratamento de esgotos, intenção presente da Prefeitura de Ribeirão Preto (exemplos de concessão de serviço público precedida de execução de obra pública, modalidade prevista na legislação e comentada anteriormente). Uma terceira hipótese, de porte, é a concessão de sistemas metropolitanos de abastecimentos de água e esgotamento sanitário (ver as funções que aparecem sob titularidade do estado no Quadro V).

A área da prestação de serviços pode ser definida como toda a área do município ou se limitar à sua zona urbana, parte dela ou, ainda, em casos mais singulares, à zona rural. O modelo de contrato anexo ao edital recentemente publicado pelo município de Biritiba-Mirim refere-se às “regiões de urbanização contínua”, excluindo, portanto, distritos isolados. O modelo contratual de Limeira define que o objeto dos serviços será pleno na zona urbana, sendo que na zona rural a concessionária “somente terá exclusividade para a gestão do sistema de serviços”, o que não inclui, em decorrência, obrigação de investimentos.

Existe a possibilidade de concessão onerosa, isto é, da concessionária efetuar pagamento pelo exercício dos serviços concedidos. É o caso dos contratos relativos às licitações para concessão de serviços de operação de algumas rodovias do estado de São Paulo, cujos editais foram recentemente publicados, e não prevêm responsabilidade sobre grandes expansões de malhas. Neste caso, o governo estadual optou pelo contrato oneroso, considerando que o nível de manutenção das estradas já é adequado, não exigindo maiores investimentos pre-

ventivos ou corretivos.

Para o caso de serviços de água e esgotos, aconselha-se a concessão gratuita, por duas razões: necessidade de grandes investimentos, mesmo nos sistemas que já apresentam maiores índices de cobertura (especialmente em interceptação, tratamento e disposição final de esgotos) e o imperativo de modicidade da tarifa.

Cláusula Segunda - Do Prazo da Concessão

Art. 5º - O prazo para vigência deste contrato será de ____ anos, podendo ser prorrogado por ____ anos, no interesse da continuidade e da qualidade dos serviços e sob a expressa concordância das partes.

Um período usual para concessão completa de serviços de saneamento gira em torno de 20 a 30 anos. O Substitutivo 202 - F refere-se a prazos apenas no inciso XII do artigo 23, dispondo que a prorrogação do contrato poderá ser feita um única vez, "por prazo, no máximo igual, ao contratado originalmente, desde que prevista no edital de licitação e que o prazo total, incluído o da prorrogação, não exceda 50 anos".

O contrato de concessão de obra de perfuração e operação de poço profundo assinado pelo Serviço Autônomo de Água e Esgotos de São Carlos com uma empresa privada tem prazo de 10 anos, dado a menor escala e complexidade do empreendimento.

A determinação do prazo obedece, apenas em parte, o período necessário à amortização dos investimentos. Cabe assinalar que se houver uma concentração maior desses investimentos no período inicial de concessão, o custo da amortização em 20 anos, atualizada a valor presente, não difere, de forma substantiva, do custo da mesma amor-

tização em 30 anos. Isto significa dizer que para a determinação do prazo contratual, e de sua prorrogação, há um raciocínio de natureza prática que ordena continuar a prestação do serviço se ela estiver sendo feita de forma adequada.

Cláusula Terceira - Das Condições da Prestação do Serviço

Art. 6º - Os serviços objeto desta concessão deverão ser prestados de forma adequada ao pleno atendimento dos usuários, satisfazendo as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia no relacionamento com o público e modicidade das tarifas.

§ 1º - As normas, critérios e procedimentos técnicos para a adequada prestação dos serviços estão contidas nos seguintes documentos anexos que constituem parte integrante deste contrato:

- Anexo A: Manual de qualidade dos produtos.
- Anexo B: Manual de operação e manutenção dos serviços.
- Anexo C: Manual de execução de obras.
- Anexo D: Manual de atendimento aos usuários.
- Anexo E: Manual de tarifas e preços por serviços conexos.

§ 2º - Os termos dos documentos anexos relacionados no parágrafo anterior poderão ser alterados pelo concedente sempre que houver justificativa técnica relevante, preservados a qualidade dos serviços e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Art. 7º - Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após aviso prévio, quando:

I - motivada por justificadas razões de ordem técnica ou de segurança das instalações, cuja natureza não possa ser atribuída à responsa-

bilidade da concessionária;

II - por inadimplência do usuário.

Art. 8º - Para garantia de manutenção das condições adequadas de prestação dos serviços, a concessionária manterá quadro estável de pessoal técnico habilitado ao longo do período de concessão.

As condições do artigo 6º estão previstas no Substitutivo 202 - F. A atualidade compreende, conforme o texto do projeto de lei, “a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações, e a sua conservação, bem como a melhoria e a expansão do serviço, na medida das necessidades dos usuários”(§ 1º do artigo 6º).

A proposta dos anexos com o escopo relacionado evita que o corpo principal do contrato abrigue uma série de detalhes operacionais que, por razões de ordem técnica (inovações tecnológicas e operacionais, sobretudo), podem eventualmente sofrer necessidade de alteração. O contrato assinado para a concessão dos serviços de Buenos Aires seguiu caminho diverso, ou seja, incorporou em seu texto básico uma série de procedimentos detalhados de operação, embora também apresente anexos técnicos.

O conteúdo desses manuais poderia ser resumido da seguinte forma:

A - Manual de qualidade dos produtos: define os indicadores de regularidade no fornecimento dos serviços; os seus índices de cobertura; os indicadores e os parâmetros de controle de qualidade de água bruta, da água tratada e da água das redes de distribuição, do efluente coletado, do efluente tratado e dos efluentes industriais coletados; os procedimentos e a periodicidade das coletas de amostras e das análises laboratoriais; e rotinas de limpeza e desinfecção de linhas, bem como o formato e a periodicidade de

relatórios específicos.

B - *Manual de operação e manutenção*: estabelece os indicadores de pressão máxima e mínima admissível nas linhas de abastecimento de água; prazos para reparos de vazamentos e desobstruções de condutos de esgotos; programas de manutenção preventiva de instalações e equipamentos, procedimentos em situações de emergência (interrupção do abastecimento, refluxo de esgotos, acidentes com ou sem vítimas); rotinas de controle; e formato e periodicidade de relatórios específicos, etc.

C - *Manual de execução de obras*: fixa os tipos de materiais e equipamentos aceitos; oportunidade e responsabilidade de inspeção técnica de bens adquiridos; indicação ou descrição de critérios técnicos a serem utilizados para execução de obras de grande, médio ou pequeno porte, etc.

D - *Manual de atendimento aos usuários*: define normas e procedimentos que permitam garantir a eficiência e a cortesia no trato com o público; prazos para atendimento e resposta de solicitações de serviços, informações e reclamações; formato e periodicidade de boletins informativos para distribuição aos usuários e de relatórios sobre os serviços para o poder concedente.

Em Buenos Aires, o contrato fixou a obrigação para a concessionária de elaborar, no prazo de três meses após a assunção dos serviços, um regulamento para o usuário, a ser submetido ao exame e aprovação do poder concedente, e que poderia também ser solicitado complementarmente ao manual.

E - *Manual de tarifas e preços por serviços conexos*: fixa a estrutura tarifária; os preços por faixa de consumo e por categoria de usuário, resultantes do processo licitatório; os preços e as condições de pagamento para serviços como a execução de prolongamentos de redes e

novas ligações, desobstrução de ramais domiciliares de esgotos; as multas por atraso de pagamento; os prazos para corte e supressão dos serviços; e, ainda, as condições e a periodicidade para a revisão dos níveis e da estrutura tarifária.

Cláusula Quarta - Da Constituição Jurídica da Concessionária e da Contratação de Terceiros

Art. 9º - A concessionária, organizada na forma de sociedade por ações, com a finalidade exclusiva de prestação dos serviços objeto deste contrato, não poderá transferir ou alterar seu controle acionário sem prévia anuência do concedente.

Parágrafo Único - A inobservância do disposto no *caput* deste artigo acarretará a rescisão do presente contrato.

Art. 10 - Não será permitida subconcessão parcial ou total dos serviços.

Art. 11 - A concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares aos serviços concedidos, bem como a implementação de projetos associados.

§ 1º - Os contratos celebrados entre concessionárias e os terceiros a que se refere o *caput* deste artigo reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o concedente.

§ 2º - A execução das atividades contratadas com terceiros implica o cumprimento das normas e critérios técnicos que regulamentam a prestação dos serviços concedidos.

A redação desta cláusula segue as observações feitas no início desta seção sobre a constituição da concessionária e os termos do Subs-

titutivo 202 - F.

Sugere-se, adicionalmente, que seja estudada uma cláusula específica sobre contratação de terceiros e aquisição de bens, equipamentos e materiais, estabelecendo procedimentos mínimos que, mantida a independência empresarial da concessionária, garantam a competição entre fornecedores e evitem eventual integração vertical com fabricantes ou empresas da construção. O contrato de Buenos Aires prevê licitação pública, isto é, aberta, para transações de valor superior a US\$10 milhões.

Cláusula Quinta - Da Remuneração dos Serviços

Art. 12 - A remuneração da concessionária será feita pela cobrança de tarifa pelos serviços prestados e por receitas acessórias provenientes dos serviços conexos, conforme o Anexo E - *Manual de tarifas e preços por serviços conexos* -, deste contrato.

Art. 13 - A arrecadação tarifária e as receitas acessórias deverão, igualmente, proporcionar a cobertura das despesas de exploração dos serviços e a amortização dos investimentos realizados pela concessionária, por efeito deste contrato.

Art. 14 - O valor da tarifa a ser cobrada pela prestação dos serviços será aquele ofertado pela proposta vencedora do processo licitatório deste contrato de concessão, e será preservado pelas regras de reajuste e revisão previstas no Anexo E - *Manual de tarifas e preços por serviços conexos* -, deste contrato.

Art. 15 - Caso se registre desequilíbrio ou risco iminente de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, por variação de custos da exploração dos serviços, a concessionária poderá solicitar, através de

documento justificativo, revisão da tarifa praticada.

Parágrafo Único - O concedente deverá examinar detalhadamente o documento justificativo de revisão e de tarifa encaminhado pela concessionária, solicitar informações adicionais, se julgadas necessárias, e emitir uma decisão em prazo adequado.

Art.16 - Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais implicará, quando comprovado seu impacto, a imediata revisão da tarifa, para valores superiores ou inferiores, conforme o caso.

Art. 17 - Caso o concedente, por razões exclusivas de interesse público, decidir por não autorizar a atualização da tarifa, deverá encontrar outro meio na forma da lei para recompor, imediatamente, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato é, evidentemente, uma condição imprescindível à continuidade da prestação dos serviços. A redação desta cláusula segue os termos do Substitutivo 202 - F, que em seu artigo 12 define que “é vedado ao poder concedente estabelecer privilégios tarifários que beneficiem segmentos específicos de usuários do serviço concedido, exceto se no cumprimento de lei que especifique as fontes de recursos.

Cláusula Sexta - Do Plano de Investimento e do Plano de Financiamento

Art. 18 - Constituem partes integrantes do presente instrumento, na forma de Anexo F, o plano de investimento anexo ao edital de licitação deste contrato e o plano de financiamento apresentado pela proposta vencedora, ambos relativos ao período de concessão.

Art. 19 - A concessionária deverá elaborar e encaminhar à aprecia-

ção do concedente, um ano após a assunção dos serviços, uma revisão técnica global das intervenções físicas de obras e melhorias constantes do plano de investimento, dos custos econômico-financeiros envolvidos, tendo como horizonte todo o período de concessão, com as informações detalhadas para o primeiro período de cinco anos, bem como, em decorrência, proceder a idêntica revisão do plano de financiamento.

Parágrafo Único - Os padrões de qualidade dos serviços, fixados nos anexos deste instrumento, e as metas de cobertura dos serviços programadas não poderão ser reduzidos em função da revisão prevista no *caput* deste artigo.

Art. 20 - As demais revisões do plano de financiamento ao longo do período de contrato deverão ser executadas, excetuada aquela excepcionalmente prevista no artigo 18, a cada cinco anos.

Art. 21 - A concessionária deverá encaminhar ao concedente, conjuntamente com o plano de investimento e o plano de financiamento revisados, um balanço abrangente do período anterior.

O plano de investimento aludido do artigo 17 deve estar presente no edital, cumprindo as funções do projeto básico exigido pela legislação. Deverá incluir as metas de atendimento com os serviços a serem obtidas ao longo do contrato, metas operacionais e de qualidade dos produtos, as obras e intervenções necessárias ao seu cumprimento e os valores financeiros estimativos das mesmas. Sua função é indicativa. Não impede que, assinado o contrato com a concessionária após experiência inicial, esta demonstre tecnicamente que as obras previstas podem ser substituídas, sem prejuízo das metas fixadas, da qualidade e da regularidade dos serviços, por outras intervenções - obras e melhorias operacionais -, de menor custo.

Cláusula Sétima - Da Execução do Plano de Investimento

Art. 22 - A concessionária deverá executar as obras constantes do plano de investimento, em conformidade com o cronograma e as metas de cobertura dos serviços previstos no contrato.

Cláusula Oitava - Do Financiamento dos Serviços

Art. 23 - Para financiamento de intervenções físicas de obras e melhorias destinadas à adequação ou expansão dos serviços, a concessionária poderá emitir obrigações, debêntures ou títulos similares que representem obrigações de sua responsabilidade, mediante prévia anuência do concedente.

Art. 24 - A concessionária poderá ceder ações societárias em garantia de financiamentos para obtenção de recursos a serem aplicados no objeto da concessão, mediante prévia anuência do concedente.

Cláusula Nona - Da Garantia da Prestação dos Serviços

Art. 25 - A concessionária deverá garantir o cumprimento integral de todas as obrigações assumidas neste contrato, mediante caução em dinheiro ou fiança bancária no valor correspondente a _____, a ser efetuada até trinta dias antes do prazo de assunção dos serviços.

Parágrafo Único - Este valor será reduzido em _____ a cada quinquênio durante o período do contrato.

Cláusula Décima - Das Obrigações da Concessionária

Art. 26 - Constituem em obrigações da concessionária:

I - Acionar todos os recursos à sua disposição, com a finalidade de garantir a adequada prestação dos serviços objeto desta concessão.

II - Conduzir suas atividades com zelo, diligência e economia, procurando sempre utilizar a melhor técnica aplicável a cada uma das tarefas desempenhadas, em rigorosa observância às cláusulas e condições estabelecidas neste contrato e em seus anexos, durante todo o período da concessão, de modo que os bens, equipamentos e demais estruturas físicas concedidas estejam permanentemente em perfeito estado de conservação.

III - Manter a cortesia na prestação dos serviços e fornecer as informações solicitadas pelos usuários, nos termos e condições estabelecidos no Anexo D - *Manual de atendimento aos usuários deste contrato*.

IV - Adotar todas as providências necessárias à garantia do patrimônio concedido.

V - Responder pelos métodos utilizados nas diferentes frentes de trabalho e pela previsão e emprego de equipamentos adequados na execução das obras previstas para o período de concessão.

VI - Respeitar, na execução de obras e serviços, as características ambientais da região, e zelar pela proteção dos recursos naturais e ecossistemas, responsabilizando-se pela obtenção de eventuais licenças e autorizações exigidas na legislação pertinente.

VII - Cumprir todas as determinações legais relativas à segurança e medicina do trabalho.

VIII - Responder pelo cumprimento das regulamentações vigentes no país, em especial as referentes às obrigações sociais, trabalhistas, previdenciárias, tributárias, fiscais, securitárias, comerciais, civis e criminais, que se relacionem direta ou indiretamente com concessão, inclusive no tocante a seus empregados, dirigentes, contratados e prepostos.

IX - Responder, em qualquer caso, por todos os danos e prejuízos de qualquer natureza causados ao concedente ou a terceiros, pela sua ação, de seus empregados, contratados, prepostos ou fornecedores, ou em decorrência de seus serviços, responsabilizando-se integralmente, por si e por seus sucessores, nos limites definidos no contrato.

X - Responsabilizar-se, jurídica e pecuniariamente, perante terceiros, por todos os atos e eventos de sua responsabilidade ocorridos durante o período de vigência do contrato.

XI - Cumprir as determinações da fiscalização do concedente no sentido de reparar ou refazer, de imediato, os serviços executados com vícios ou defeitos, por sua culpa ou de seus contratados.

XII - Fornecer ao concedente todos e quaisquer documentos e informações pertinentes ao gerenciamento da empresa, franqueando as instalações para vistoria e facultando a realização de auditoria em suas contas.

XIII - Efetuar o pagamento das indenizações que vierem a ser necessárias nos casos de desapropriação de áreas destinadas à implantação de estruturas físicas relativas aos serviços concedidos.

XIV - Cobrar a tarifa dos usuários dos serviços, bem como os preços relativos aos serviços conexos, conforme o previsto no Manual de tarifas e preços por serviços conexos.

Cláusula Décima-Primeira - Da Limitação de Responsabilidade

Art. 27 - No caso de necessidade de restauração de instalações e equipamentos, ou de qualquer de seus componentes, decorrente de danos causados por vícios ocultos ou de execução, anteriores à assinatura do contrato, bem como advindos de fatos extraordinários,

casos fortuitos ou de força maior, comprovadamente sem culpa da concessionária, esta não será responsável financeiramente pelo que ultrapassar os montantes máximos de cobertura de seguros previstos neste contrato.

Art. 28 - A concessionária não será responsável pela construção de obras destinadas a ampliações ou complementações dos serviços em decorrência de sua insuficiência face à demanda, ou ainda de reformulações que vierem a ser reconhecidas como necessárias pelo concedente, posteriormente à assinatura do contrato.

Cláusula Décima-Segunda - Das Obrigações do Concedente

Art. 29 - Constituem em obrigações do concedente:

I - Fiscalizar, sob os aspectos técnico, operacional, econômico-financeiro, contábil e legal, a execução dos serviços, incluídas as obras previstas, objeto da concessão, nos termos dos manuais anexos deste contrato.

II - Cumprir e fazer cumprir as normas, procedimentos e critérios técnicos constantes dos manuais anexos a este contrato, aplicando, quando for o caso, as penalidades previstas.

III - Aprovar os projetos de engenharia das obras a serem executadas pela concessionária, autorizar alterações neles introduzidas, bem como os pareceres e relatórios emitidos pelas empresas independentes que vierem, eventualmente, a ser contratadas para a finalidade de acompanhamento e controle tecnológico.

IV - Providenciar a expedição dos atos declaratórios de utilidade pública para os fins das desapropriações que se fizerem necessárias à implantação de estruturas físicas relacionadas aos serviços objeto da concessão.

V - Fiscalizar o desempenho da concessionária, através de audi-tagens, inspeções, relatórios e balanços periódicos.

VI - Efetuar indenizações, quando cabíveis, nos casos de caducidade, encampação, anulação, rescisão ou intervenção na concessão.

VII - Aprovar as tarifas e preços de serviços conexos a serem cobrados pela concessionária.

VIII - Responder, em tempo hábil, às solicitações da concessionária para retificação de normas, procedimentos e critérios técnicos constantes dos manuais anexos a este contrato e de revisão das tarifas praticadas pelos serviços e dos preços cobrados pelos serviços conexos.

Cláusula Décima-Terceira - Dos Direitos e Deveres dos Usuários

Art. 30 - Constituem direitos dos usuários dos serviços:

I - Exigir a prestação dos serviços em nível adequado, nos termos do artigo 6º deste contrato.

II - Solicitar e receber as informações necessárias quanto aos serviços concedidos, nos termos estabelecidos no Anexo D - *Manual de atendimento aos usuários* -, deste contrato.

Art. 31 - Constitui obrigação dos usuários dos serviços pagar em dia as contas de tarifas relativas à prestação dos serviços ora concedidos, sob pena de ter os serviços suspensos.

Cláusula Décima-Quarta - Da Fiscalização dos Serviços pelo Concedente e da Prestação de Contas pela Concessionária

Art. 32 - Na fiscalização dos serviços pelo concedente e na pres-

tação de contas pela concessionária serão seguidos todos os procedimentos e prazos e elaborados os relatórios e demais demonstrativos técnicos, operacionais, econômico-financeiros e contábeis previstos nos manuais anexos a este contrato.

Art. 33 - A concessionária deverá proceder à divulgação pública dos seus atos administrativos e dos relatórios demonstrativos contábeis, nos termos e segundo as exigências da legislação pertinente, bem como da planilha de custo dos serviços, conforme disposto no Anexo E - *Manual de tarifas e preços por serviços conexos* -, deste contrato.

Cláusula Décima-Quinta - Dos Seguros

Art. 34 - A concessionária manterá vigente, durante o período do contrato, apólices de seguro, a seu próprio favor, cobrindo:

I - Danos materiais causados ao objeto da concessão, com cobertura não inferior a R\$ _____.

II - Acidentes pessoais causados aos passageiros dos veículos utilizados pela concessionária, com cobertura não inferior a R\$ _____.

III - Danos materiais e pessoais causados a terceiros, decorrentes de ação da concessionária, com cobertura não inferior a R\$ _____.

Art. 35 - Todas as apólices de seguro previstas nos incisos do artigo anterior incluirão, como co-segurado, o concedente.

Art. 36 - A seguradora contratada deverá obrigar-se a informar à concessionária e ao concedente, no prazo máximo de dez dias, sobre quaisquer fatos que impliquem o cancelamento parcial ou total dos seguros previstos, redução das coberturas, aumento de franquias ou redução das importâncias seguradas, devendo também informar, com antecedência mínima de trinta dias, sobre o vencimento do seguro.

Art. 37 - A concessionária deverá fornecer ao concedente, em prazo não superior a trinta dias do término de cada ano fiscal, um certificado confirmando que todas as apólices de seguro contratadas estão válidas naquela data e que os respectivos prêmios vencidos encontram-se pagos.

Art. 38 - A concessionária poderá alterar coberturas e franquias, bem como quaisquer condições das apólices previstas, visando a adequá-las às novas necessidades que venham a ocorrer ao longo da vigência do contrato, sujeitas estas providências à aprovação prévia do concedente.

Cláusula Décima-Sexta - Da Administração dos Ativos

Art. 39 - O concedente, a partir da data da assunção dos serviços pela concessionária, transferirá a guarda e os direitos de utilização dos bens ativos relacionados direta ou indiretamente à prestação dos serviços objeto do contrato, conforme inventário constante do Anexo G - *Inventário de bens, equipamentos e acessórios dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário* -, integrante deste Instrumento.

Art. 40 - Os bens ativos que forem incorporados aos serviços durante a vigência da concessão serão de posse do concedente, integrando, porém, os bens sob guarda e uso da concessionária, em regime de comodato.

Art. 41 - A concessionária deverá submeter à prévia aprovação do concedente a desativação de bens e equipamentos vinculados à concessão.

Art. 42 - A concessionária deverá proceder, até ____ meses

após a assunção dos serviços, a atualização do inventário constante do Anexo G deste contrato.

Art. 43 - No mínimo dois anos antes do termo deste contrato, será constituído um fundo especial, com recursos a serem proporcionados pela tarifa dos serviços, para pagamento, trinta dias após a retomada dos serviços pelo concedente, dos bens ativos cujos valores ainda não se encontrarem, à data de extinção da concessão, totalmente amortizados ou depreciados.

Cláusula Décima-Sétima - Das Sanções e Penalidades

Art. 44 - A concessionária poderá ser penalizada, através de advertências ou multas, por descumprimento das condições da prestação dos serviços objeto desta concessão, conforme o previsto nos manuais anexos ao contrato.

Parágrafo Único - No caso de penalização por multa, o concedente executará as garantias previstas na cláusula nona deste instrumento.

Cláusula Décima-Oitava - Da Intervenção

Art. 45 - O concedente poderá intervir na concessão com o fim de assegurar a adequação na prestação dos serviços, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, inclusive aquelas dispostas nos manuais anexos a este instrumento, e legais.

Parágrafo Único - A intervenção far-se-á por decreto do concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

Art. 46 - Declarada a intervenção, o concedente deverá, no pra-

zo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurando o direito de ampla defesa à concessionária.

§ 1º - Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos referidos neste contrato, a concessionária poderá requerer, diretamente ao concedente ou por via judicial, a declaração de sua invalidade, a qual, se confirmada, acarretará a devolução imediata dos serviços à sua administração.

§ 2º - O procedimento administrativo a que se refere o *caput* deste artigo deverá ser concluído no prazo improrrogável de 180 dias, sendo que a concessionária, face o eventual descumprimento deste limite, poderá requerer, diretamente ao concedente, a declaração da invalidade da intervenção, com conseqüente retomada dos serviços.

Art. 47 - Cessada a intervenção, e não havendo rescisão do contrato, a administração dos serviços será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.

Esta última cláusula segue a redação do Substitutivo 202 - F.

Cláusula Décima-Nona - Da Extinção da Concessão

Art. 48 - Extingue-se a concessão por:

I - Advento do termo contratual.

II - Encampação.

III - Caducidade.

IV - Rescisão.

V - Anulação.

VI - Falência ou extinção da concessionária.

§ 1º - Extinta a concessão, retornam imediatamente ao concedente todos os bens reversíveis.

§ 2º - Extinta a concessão, haverá a imediata assunção dos serviços pelo concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

Art. 49 - A concessionária será indenizada pelos valores pendentes de bens reversíveis que não estiverem totalmente amortizados ou depreciados à data da extinção do contrato, sendo que o concedente utilizará, para os pagamentos, os recursos provenientes do fundo especial referido no artigo 43 deste contrato, os quais, sendo insuficientes, deverão ser complementados com recursos próprios do concedente.

Art. 50 - Eventual encampação dos serviços pelo concedente será feita por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento de indenização, na forma do artigo anterior.

Art. 51 - A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo concedente por:

I - Inexecução total ou parcial dos serviços, incluídas as obras, previstas neste contrato.

II - Prestação recorrentemente inadequada ou insuficiente dos serviços, tendo por base as normas, procedimentos e critérios técnicos estabelecidos nos manuais anexos a este contrato.

III - Descumprimento, pela concessionária, de disposições legais ou cláusulas contratuais concernentes à concessão.

IV - Paralisação total ou parcial, pela concessionária, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior.

V - Perda, pela concessionária, das condições econômicas, técnicas ou operacionais necessárias à manutenção da prestação adequada dos serviços.

VI - Descumprimento, pela concessionária, das penalidades im-

postas pelo concedente ou da obrigação de regularização dos serviços.

VII - Condenação da concessionária em sentença transitada em julgado por sonegação de tributos, inclusive contribuições fiscais.

§ 1º - A declaração de caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo específico, no qual será assegurado o amplo direito de defesa.

§ 2º - Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência da concessionária, a caducidade será declarada por decreto do concedente, independentemente de indenização prévia calculada no decurso do processo, e da qual deverá ser descontado o valor das multas contratuais e dos demais danos causados pela concessionária.

Art. 52 - O contrato de concessão poderá ter sua rescisão solicitada pela concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo concedente.

Parágrafo Único - Enquanto não houver uma decisão sobre a solicitação mencionada no *caput* deste artigo, a concessionária não poderá interromper, total ou parcialmente, a prestação dos serviços contratados."

A redação para esta cláusula também seguiu, em linhas gerais, o disposto no Substitutivo 202 - F.

Cláusula Vigésima - Das Disposições Finais

Art. 53 - A concessionária assumirá os serviços objeto desta concessão _____ dias após a assinatura do contrato, não havendo a hipótese de prorrogação deste prazo.

Parágrafo Único - O descumprimento, pela concessionária, do prazo estabelecido no *caput* deste artigo, ensejará a imediata rescisão do contrato.

Art. 54 - O concedente e a concessionária farão uma verificação conjunta, à data da assunção dos serviços pela concessionária, dos estoques físicos de materiais de manutenção, produtos químicos e outros itens, cujos valores deverão ser devidamente apropriados, para ressarcimento, pela concessionária ao concedente, em prazo não superior a trinta dias.

Art. 55 - O concedente e a concessionária farão um levantamento conjunto, a partir da data de assunção dos serviços pela concessionária, das contas a pagar e a receber, para as devidas liquidações ou definições de responsabilidade.”

2.9. Os riscos da transição

No início deste capítulo afirmou-se que todo processo de transição envolve virtualidades positivas e negativas. No caso do setor de saneamento, perante os cenários que estão gradativamente se desenhando, é conveniente apontar alguns dos riscos mais significativos que terão de ser, na medida do possível, enfrentados.

O primeiro é, evidentemente, o da geração de resultados muito desiguais - do ponto de vista de cobertura, qualidade e regularidade dos serviços -, pela própria dispersão do poder de concessão sobre os serviços. Muito embora seja possível argumentar que ações de regulação possam mitigar este risco, ele é inerente ao processo de descentralização, e não há, no momento, condições de natureza constitucional e política que permitam antever como se possa contrabalançar este movimento pendular do poder político em direção aos municípios.

Dada a escala menor dos empreendimentos (se limitados ao âmbito municipal) ganhos obtidos com o período do Planasa, em particu-

lar os quadros técnicos que se formaram ao longo de duas décadas e a possibilidade de avanços tecnológicos contínuos, podem ser grandemente afetados. Deve-se observar, a propósito, que a moderna discussão sobre qualidade de produtos que tem pontuado as inovações econômicas através do mundo é ainda pouco significativa no que se relaciona à prestação de serviços públicos, o que abre espaço para gestões excessivamente tradicionais (muito “públicas” e pouco “empresariais”).

O segundo risco, bastante sério, é o da liquidação dos subsídios cruzados sem que se estabeleça, a tempo, qualquer mecanismo compensatório. Esta possibilidade está vinculada à fuga eventual de municípios mais ricos do esquema Planasa, criando-se, na prática, um mercado de serviços viável do ponto de vista econômico-financeiro, mas divorciado de outro mercado, constituído por municípios sem base técnica e financeira suficiente para arcar com os serviços. Muito embora se possa argumentar que a política de subsídios cruzados apresenta uma série de desvantagens e que as concessionárias estaduais executam transferências de recursos a custos muito elevados, o fato é que esta política apresenta resultados concretos. A impossibilidade de seu prolongamento é um problema a ser enfrentado pelo poder público, sobretudo União e estados, mas também municípios de maior porte, que satelitizam economicamente os governos locais vizinhos de menores recursos.

Por trás de ambos os riscos, está o fato de que as concessionárias estaduais apresentam, ainda que muito precariamente (dependendo do estado de que se trate), uma fonte de racionalidade e um padrão mínimo de serviços. Sua crise e o eventual encurtamento de suas áreas de atuação não representam, inexoravelmente, a garantia de que os problemas do setor, incluídos os desafios do crescimento da cobertura de atendimento, possam ser equacionados de forma satisfatória.