

“A participação e o controle social nas Agências Reguladoras de Saneamento Básico”

por

César Augusto Cunha Campos

*Dissertação apresentada com vistas à obtenção do título de Mestre
Modalidade Profissional em Saúde Pública.*

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Simone Cynamon Cohen

Brasília, novembro de 2013.

Esta dissertação, intitulada

“A participação e o controle social nas Agências Reguladoras de Saneamento Básico”

apresentada por

César Augusto Cunha Campos

foi avaliada pela Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Paulo Celso dos Reis Gomes

Prof.^a Dr.^a Clarice Melamed

Prof.^a Dr.^a Simone Cynamon Cohen – Orientadora

Catálogo na fonte

Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica
Biblioteca de Saúde Pública

C198 Campos, César Augusto Cunha

A participação e o controle social nas agências
reguladoras de saneamento básico. / César Augusto
Cunha Campos. -- 2013.

xii,127 f. : il. ; tab. ; mapas

Orientador: Cohen, Simone Cynamon

Dissertação (Mestrado) – Escola Nacional de Saúde
Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2013.

1. Participação Cidadã. 2. Controles Formais da
Sociedade. 3. Saneamento Básico. 4. Política de
Saneamento. 5. Controle Social. I. Título.

CDD - 22.ed. – 628

AGRADECIMENTOS

Obrigado, meu Pai Celestial, por colocar em minha vida todas as pessoas que são o substrato necessário para que eu consiga atingir qualquer vitória.

Obrigado por minha esposa, constante fonte de inspiração, de força, de perseverança, de amor, de carinho e de incentivo;

Obrigado por meus pais, fontes vivas de exemplo, de superação, de luta, de amor e de moral;

Obrigado por meus amigos e companheiros de mestrado, Cristina, Elen, Cássio e Bento, que tornaram essa jornada de conhecimento amistosa, iluminada de carinho, companheirismo e de sabedoria de vida;

Obrigado pelos meus amigos de longa data, que, estando comigo, me prepararam para os desafios da convivência e acreditaram em minha capacidade;

Obrigado por meus Professores e pelas Orientadoras Simone e Clarice, fonte de desafio intelectual e incansável combate ao desânimo;

Obrigado pelo meu trabalho na ADASA, sem o qual não teria tão valiosa oportunidade de me desenvolver como técnico e como pessoa;

Obrigado, meu Deus, por mais esta chance!

“O problema com o conceito ‘justiça social’ é que ele vale como angústia romântica, mas peca por falta de parâmetros racionais e concretos para realizá-lo.”

Luiz Felipe Pondé

RESUMO

A Lei que estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico (Lei nº 11.445/2007) abriu um rico campo de discussão para a evolução jurídica e social sobre o setor após décadas de estagnação. Inspirada nos valores do moderno estado regulador, a lei traz o controle social como um fundamento da política e implicitamente como uma ferramenta para o exercício da cidadania nas Agências Reguladoras do Setor. A presente pesquisa teve por escopo estabelecer e medir os níveis de participação e de controle social no âmbito da regulação, constituindo um paralelo entre o que é legalmente permitido e o que efetivamente vem sendo realizado por algumas entidades de regulação. A amostragem realizada de acordo com critérios territoriais e de modelagem de criação demonstrou que, independentemente da região onde se encontrem as Agências Reguladoras, ou de sua estrutura, há um lapso entre o nível de participação e de controle social e o que vem sendo realizado por elas. A pesquisa tomou por base a revisão bibliográfica dos marcos teóricos da Participação e do Controle Social e do Direito Regulatório, a análise das legislações de criação dessas Agências e o exame dos processos para formação de atos normativos expedidos por elas. Foi verificado no estudo que nenhuma daquelas pesquisadas se utilizou integralmente do nível máximo de participação e de controle social permitido em suas leis de criação. Concluiu-se que será necessária a mudança de paradigma e o dispêndio de considerável esforço para que tais instrumentos de cidadania possam ser desenvolvidos e efetivamente utilizados no âmbito regulatório do setor de saneamento básico.

Palavras chaves – Participação Social, Controle Social, Regulação, Saneamento Básico.

ABSTRACT

The Act that established national guidelines for sanitation (Law 11.445/2007) initiated, after decades of stagnation, a rich discussion for the legal, social developments on this sector. Inspired by the modern regulatory state values, the law enforce social control as a policy principle and implicitly as a tool for the exercise of citizenship in Regulatory Agencies sector. This research aim is to establish and measure participation and social control levels in regulation scope, comparing what is legally allowed and what is actually being done by some regulatory authorities. Despite Regulatory Agencies internal structure or location, territorial and creation models samples have proven that there is a gap between participation, social control levels and what has being done so far by this authority. This research was based on literature review for theoretical marks of participation, social control and Regulatory Law; these agencies' creation laws analysis; and normative acts issued process examination. It is possible to assert that none of the regulatory agencies surveyed achieved participation and social control maximum levels allowed by its creation laws. In conclusion, a paradigm shift and a considerable effort will be necessary so that these citizenship tools could be developed and used effectively within the regulatory sanitation sector.

Keywords - Social Participation, Social Control, Regulatory, Sanitation.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABAR – Associação Brasileira de Agências Reguladoras

ABES – Associação Brasileira de Engenharia Sanitária

ADASA – Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AMAE-SC – Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Água e Esgotos de Joinville

ARCE – Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará

ARIS-SC – Agência Intermunicipal de Saneamento

ART. – Artigo

BIRD – Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento,

BNH – Banco Nacional de Habitação

CESB – Companhias Estaduais de Saneamento Básico

CF/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988

CLAD – Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo

DEC. – Decreto

FHC – Fernando Henrique Cardoso

FNU/CUT – Frente Nacional dos Urbanitários/Central Única dos Trabalhadores

HAB. – Habitantes

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

LDNSB – Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico

MC/SNSA – Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental

MPO/SEPURB – Ministério do Planejamento e Orçamento/Secretaria de Política Urbana

PL – Projeto de Lei

PLANASA – Plano Nacional de Saneamento – Dec.

Plansab – Plano Nacional de Saneamento Básico – Lei 11.445/2007

PLC – Projeto de Lei na Câmara

PLS – Projeto de Lei no Senado

PMSS – Programa de Modernização do Setor de Saneamento

RJ – Rio de Janeiro

SINISA – Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico

SUS – Sistema Único de Saúde

LISTA DE TABELAS

Tabela 2. Níveis de Participação e de Controle Social na Regulação	80
Tabela 3. Análise de cumprimento do Nível 2 por parte das Agências Reguladoras pesquisadas.	94
Tabela 4. Principais temas relacionados à participação do consumidor na regulação abordados nos projetos pilotos realizados pelo IDEC	97
Tabela 5. Tabela de Contribuições dos Processos de Formação de atos Normativos das Agências Pesquisadas.....	99

LISTA DE FIGURAS

Figura 2. Os oito degraus da “Escada da Participação Social”	74
Figura 3. Proposição de Níveis de Participação e de Controle Social na Regulação	78
Figura 4. Mapa Geral das Agências Reguladoras no setor de saneamento básico.....	81
Figura 5. Organograma da ARCE.....	82
Figura 6. Organograma da ADASA.....	86
Figura 7. Organograma da AMAE.....	88
Figura 8. Organograma da AMAE.....	90
Figura 9. Níveis de Participação e de Controle Social Legalmente Previstos	92
Figura 10. Verificação de Cumprimento do Nível 1 entre os anos de 2010 e 2012	93
Figura 11. Verificação de Cumprimento do Nível 2.....	94
Figura 12. Fases do Processo de Formação de Normas.	103

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	iii
RESUMO	v
ABSTRACT	vi
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	vii
LISTA DE TABELAS	ix
LISTA DE FIGURAS	ix
SUMÁRIO	x
INTRODUÇÃO.....	1
Problema proposto	6
Objetivo Geral e Objetivos Específicos	6
CAPÍTULO I.....	7
PARTICIPAÇÃO SOCIAL E CONTROLE SOCIAL: DIFERENTES ELEMENTOS DE UM MESMO PROCESSO.....	7
1.1. A Participação Social	10
1.2. O Controle Social	15
CAPÍTULO II.....	20
HISTÓRICO DO SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL.....	20
2.1. Histórico das Políticas Anteriores à Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico (1960 – 2002)	20
2.2. A Nova Política Nacional de Saneamento Básico, a LDNSB	26
2.3 Participação e Controle Social na Lei nº 11.445/2007 e no Decreto nº 7.217/2010	39
CAPÍTULO III	49
O PAPEL DAS ENTIDADES REGULADORAS NA LEI Nº 11.445/2007.....	49
3.1. Evolução da Intervenção do Estado Brasileiro	49
3.2. As Entidades Reguladoras na Lei nº 11.445/2007	58
CAPÍTULO IV	70
A PARTICIPAÇÃO E O CONTROLE SOCIAL NAS ENTIDADES REGULADORAS DE SANEAMENTO BÁSICO.....	70
4.1. Metodologia do Desenvolvimento da Pesquisa	70
4.2. Medição dos Graus de Participação e de Controle Social	71
4.3 Medição dos Graus de Participação e de Controle Social na Regulação.....	78
4.4. Espaço Amostral da Escolha das Entidades de Regulação para Análise.....	80

4.5. Análise da Legislação das Agências Escolhidas e Medição do Alcance do Controle Social Previsto em Normas	82
4.6. Análise da Participação e do Controle Social Factualmente Exercido nas Agências Reguladoras	92
CAPÍTULO V	96
PROPOSTA PARA MELHORIA DO CENÁRIO ATUAL	96
5.1. Melhoria em Nível 1	96
5.2. Melhoria em Nível 2	98
5.2.1. Da sistematização para o exercício da função normativa	103
5.3. Melhoria em Nível 3	105
5.4. Melhoria em Nível 4	106
CONSIDERAÇÕES FINAIS	113
BIBLIOGRAFIA	119

INTRODUÇÃO

Participação social e controle social são conceitos distintos. Entretanto, conforme será demonstrado, a delimitação exata desses conceitos não se mostra útil nem para a doutrina, tampouco para a aplicação prática da cidadania, seja no exercício dessa última no contexto da criação e da execução das políticas públicas pelo Estado, seja no âmbito da regulação e da fiscalização dos serviços públicos.

A importância da participação da população nos sistemas decisórios de assuntos anteriormente tratados apenas no âmago da burocracia do Estado vem ganhando terreno em todo o mundo e, mesmo antes da redemocratização do Brasil, durante o período de governos militares (1964-1985), paulatinamente, o controle e a participação social embasados na experiência e na doutrina internacional passaram a constituir objeto das políticas públicas no país (SOARES, 2010).

A inserção dos usuários nas decisões de planejamento e prestação dos serviços públicos, aliada ao sistema regulatório adotado no Brasil por meio das chamadas agências independentes são componentes dos critérios para uma boa prática de Governança (HELLER *et al.*, 2007 e SERAFIM, 2007).

O exercício da cidadania, no Brasil, se fortaleceu com o ressurgimento da democracia participativa no movimento constitucionalista de 1988, que recolocou na pauta das discussões o controle social e a participação social como elementos integrantes da cidadania (HELLER *et al.*, 2007 e BREDER, 2008).

O modelo de centralização da operação dos sistemas pelas Companhias Estaduais de Saneamento Básico – CESB e o modelo regulatório adotado no Plano Nacional de Saneamento – PLANASA, com o objetivo de corrigir o *déficit* de universalização, por muitos anos afastaram os cidadãos das discussões e decisões da política para o setor de saneamento básico (HELLER *et al.*, 2007).

Contudo, o PLANASA não logrou todo o êxito esperado, em especial na área econômica, vez que a política tarifária não conseguiu superar as barreiras políticas com vistas a garantir a sustentabilidade dos serviços, e a ineficiência que acometia as diversas CESB.

Com o final do ciclo centralizador do PLANASA, o setor ficou no limbo jurídico durante mais de duas décadas, ante a falta de um novo marco regulatório que estabelecesse as diretrizes e mostrasse a solução para o crescente déficit de universalização.

A falha do PLANASA encontra justificativa na própria falha do Estado, que ante os desajustes fiscais não conseguia mais promover o crescimento. A modificação da atuação do Estado frente a diversos setores industriais, tais como o de telecomunicação e o de eletricidade, abriu caminho para o setor de saneamento. Desse modo, a implementação da reforma do Estado significava, para a época, a sua atuação como um agente “regulador e facilitador ou financiador a fundo perdido” do desenvolvimento e não mais como um interventor direto (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 17).

O Estado entrou em crise e se transformou na principal causa da redução das taxas de crescimento econômico, da elevação das taxas de desemprego e do aumento da taxa de inflação que, desde então, ocorreram em todo o mundo (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 7).

Durante o Governo Fernando Henrique Cardoso (1995 – 2002), ao mesmo tempo em que se tentava implementar no Brasil a fase de Estado Gerencialista – Regulador, travavam-se no Congresso Nacional disputas acaloradas sobre um novo marco regulatório do setor de saneamento básico.

Contudo, apenas no Governo Lula (2003 – 2010) é que o Projeto de Lei nº 7361/2006 se sobressaiu e tornou-se a Lei nº 11.445/2007, Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico – LDNSB, inaugurando uma nova fase para o saneamento.

Assim, a LDNSB veio com a grande expectativa de eliminar o *déficit* de universalização do setor, aliando os conceitos de qualidade a novas soluções tecnológicas (HELLER, 2012).

Dentre os novéis trazidos pela nova legislação, encontram-se três que mereceram destaque neste trabalho: 1) Planejamento; 2) Entidades de Regulação; e, 3) Controle social.

O Planejamento encontrou lugar como elemento fundamental para o desenvolvimento da política com vias à universalização dos serviços públicos de

saneamento básico. A garantia de sua execução foi descentralizada entre diversos atores, dentre eles a agência reguladora.

Na esfera federal, ainda no Governo Fernando Henrique Cardoso, foi inaugurado na década de 1990 o Estado Regulador com a criação das principais agências reguladoras federais, a Aneel (Lei nº 9.427/1996), a Anatel (Lei nº 9.472/1997) e a ANP (Lei nº 9.478/1997).

Tal como ocorrera na esfera federal, onde as Agências Reguladoras possuem autonomia financeira, administrativa e técnica, nas Agências subnacionais as mesmas garantias com vias à independência decisória foram expressamente mantidas.

A moderna legislação sobre o saneamento, Lei nº 11/445/2007, veio calcada na doutrina do Estado Regulador, na eficiência e sustentabilidade da prestação dos serviços e, em especial, embasada no controle social (JÚNIOR e XIMENES, 2007). Contudo, a lei não adentrou na questão da privatização dos serviços de saneamento, tal como havia ocorrido com outros setores de infraestrutura no momento da criação das primeiras Agências Reguladoras federais.

Verificou-se no referencial teórico elencado neste trabalho que outras tantas questões foram discutidas a respeito das Agências Reguladoras, inclusive sobre a possibilidade e as formas de controle, em especial o controle exercido pela sociedade nos processos decisórios da atividade regulatória nos diversos setores (ANDRADE, 2006).

É visível a necessidade da realização do controle social nos processos decisórios das Agências de Regulação do setor de saneamento básico, vez que os usuários dos serviços, apesar de serem os principais atingidos pelas decisões emanadas no processo regulatório (DI PIETRO, 2005), não possuem organização, mecanismos e apoio técnico para interferir nesses processos.

Desde a promulgação da Lei nº 11.445/2007 passou-se meia década. Pela simples análise textual desse normativo, depreende-se que a participação e o controle social na elaboração e no acompanhamento das políticas públicas de saneamento básico é regra explícita que já deveria estar sendo adimplida em larga escala.

A participação e o controle social, por serem meios para o exercício da cidadania, devem ser garantidos no âmbito das agências reguladoras, promotoras da equidade entre os diversos interessados, usuários, não usuários, governo, prestadores de serviços etc.

Não raro verificam-se na legislação pátria e comparada diversos instrumentos, políticas públicas, garantias, direitos e deveres que simplesmente não são utilizados por não haver incentivos corretos, ou porque eles não são produtos da realidade local, aparecendo na norma apenas como um mecanismo promotor do que seria o “politicamente correto”.

A participação e o controle social constituem um fator legitimador da função normativa desempenhada pelas agências reguladoras, sendo possível aos interessados o exercício do direito de manifestação nas diversas fases dos processos decisórios (DI PIETRO, 2005).

A participação dos usuários e de não usuários na regulação dos serviços de saneamento básico é de suma importância para a evolução do atual panorama do setor, contudo os instrumentos de que a população dispõe para ter acesso às discussões de seu interesse em nível de governo não são suficientes para gerar aproveitamento da visão do interessado hipossuficiente (FREITAS, 2009).

Para trabalhar o tema proposto, a participação e o controle social no âmbito das agências reguladoras de saneamento básico, o presente estudo foi dividido em cinco capítulos, nos quais consta a análise bibliográfica obtida de obras impressas, em revistas de formato eletrônico e em outros estudos disponibilizados na rede mundial de computadores (internet).

O Capítulo I, com o apoio do referencial teórico, aponta os conceitos de participação e controle social que foram utilizados ao longo do trabalho.

O Capítulo II apresenta uma pequena digressão histórica sobre a política aplicada ao setor, em especial o ocorrido a partir da década de 1960, tendo em vista o maior incentivo à criação e o empoderamento das CESB, que passaram a ser o principal modelo de prestação de serviços públicos.

Na primeira seção do Capítulo II estão também expostas as diversas disputas legislativas e ideológicas para o estabelecimento de um novo marco regulatório do setor.

Nas demais seções do Capítulo II destacam-se alguns pontos da LDNSB, tal como os princípios, o planejamento, a titularidade e as alternativas de fontes de financiamento, com ênfase especial nos dispositivos que tratam sobre o controle social, instrumento elevado a princípio fundamental dos serviços de saneamento básico.

No Capítulo III, também por meio de levantamento bibliográfico, se define o modelo das Agências Reguladoras brasileiras, sua origem, os princípios norteadores, as principais discussões e polêmicas que giram em torno desse padrão regulatório.

Ainda no mesmo capítulo é realizada a análise das Agências Reguladoras previstas na LDNSB, os modelos possíveis de criação e a justificativa para que os titulares dos serviços designem as entidades responsáveis pela regulação em sua base territorial.

No Capítulo IV, está explicada a metodologia de escalonamento em níveis dos graus de participação e de controle social no âmbito das Agências Reguladoras, e a forma como foi realizada a amostragem de um grupo delas de modo que houvesse representação das regiões do país e dos modelos possíveis de entidades de regulação previstas na LDNSB.

Também desse capítulo consta a análise das legislações de criação das Agências selecionadas e se estabelecem os níveis possíveis de serem atingidos por cada uma delas, além de serem apresentados os resultados da pesquisa documental cuja finalidade foi verificar o cumprimento dos requisitos dos níveis de participação e de controle social.

Por fim, no Capítulo V são feitas propostas para a melhoria da participação e do controle social no âmbito das Agências Reguladoras de Saneamento Básico.

Problema proposto

Diante da situação apresentada, o estudo se propõe a trabalhar o seguinte problema: “As Agências Reguladoras norteiam suas ações pela participação social e se submetem ao controle social, conforme previsto nas leis que as criaram e nas demais legislações do setor de saneamento básico?”

Objetivo Geral e Objetivos Específicos

Solucionar o problema implica alcançar o objetivo geral – verificar se existem e quais são os mecanismos institucionais previstos para o exercício da participação e do controle social na legislação das Agências Reguladoras pesquisadas– e, se possível, medir qual a efetividade desse controle na função normativa destas Agências.

Para alcançar o objetivo geral do trabalho definiram-se os seguintes objetivos específicos: 1) verificação qualitativa dos instrumentos institucionalizados de participação e controle social na regulação, caso existam; 2) verificação dos casos de sucesso e os fracassos da experiência da participação e do controle social pelas entidades reguladoras; 3) estabelecimento de critérios mínimos para um possível sucesso na experiência da participação e do controle social nas agências reguladoras de saneamento básico.

CAPÍTULO I

PARTICIPAÇÃO SOCIAL E CONTROLE SOCIAL: DIFERENTES ELEMENTOS DE UM MESMO PROCESSO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é o marco legal da redemocratização do país e foi um veículo para a concretização das garantias e direitos sociais, abarcando em seu texto tanto instrumentos de democracia representativa quanto instrumentos de democracia participativa.

A participação popular e o controle do estado pelos cidadãos são instrumentos da democracia participativa decorrente do exercício da cidadania, que visa, ao trazê-los para dentro dos processos decisórios da administração pública, dar maior efetividade às políticas públicas e à prestação dos serviços públicos, bem como melhorar a alocação dos recursos públicos (FREITAS, 2009).

No Brasil, de acordo com a legislação pátria (Política Nacional de Meio Ambiente, Política Nacional de Recursos Hídricos, Sistema Nacional de Cultura etc.), a participação social e o controle social poderão ocorrer de diversas formas, tais como em conferências, audiências, debates e consultas públicas, ou ainda por meio de desenhos institucionais participativos, como em órgãos colegiados (conselhos, comitês etc.).

Contudo, conforme será demonstrado a seguir, é interessante ponderar desde já que a participação social possui, conceitualmente, estrutura e função diversa do controle social, mas ambos são elementos complementares de um mesmo processo, no caso, da forma como foi concebido o exercício da cidadania pela legislação brasileira a partir do final dos anos 1980.

Um exemplo da presença de ambos, participação social e controle social, em um mesmo processo é o caso de como foi concebido o orçamento participativo de Porto Alegre-RS, implementado em 1989, no qual há uma primeira fase constituída por assembleias e audiências para participação popular que criam o orçamento propriamente dito, e outra fase para o controle, que ocorre por meio do COMFORÇA, que é a comissão de fiscalização das obras aprovadas pelo Orçamento Participativo (AVRITZER e PEREIRA, 2005, p. 9).

Em diversos trabalhos sobre o tema, esses elementos são citados conjuntamente, mas sem uma distinção clara entre eles, ou seja, sem delimitar onde finaliza a participação e onde se inicia o controle social.

Como exemplos da utilização conjunta dos conceitos de participação e de controle social, podemos citar HELLER *et al.* (2007, p. 39):

Para efeito deste texto, assume-se controle social e participação como a participação de usuários e não-usuários dos serviços de saneamento na sua provisão, no acompanhamento e fiscalização da sua prestação e, ou, no processo de tomada de decisão sobre políticas e programas. Com base nesta definição, podem-se discutir seus vários componentes.

Da mesma maneira MEDEIROS E PEREIRA (2003, p. 65) *apud* ABRUCIO (1997), apresenta:

[...] o NAP - Modelo 4 (Orientação ao Serviço Público) é importante no contexto de discussão do controle social pois traz em seu bojo conceitos como accountability e de participação dos cidadãos nos debates públicos, que estariam ausentes nos primeiros modelos gerenciais de administração pública.

Além da citação conjunta dessas expressões, há ainda a multiplicidade de conceitos utilizados nos trabalhos, em especial no que se refere ao Controle Social, que ora se afigura como gênero de participação social, ora como controle exercido pelo estado sobre os administrados e ora como *accountability* (responsabilização das autoridades administrativas). A utilização dos termos ocorre sem que haja uma justificação dos autores sobre o motivo pelo qual se realizou esse ou aquele corte conceitual, o que pode trazer dificuldades interpretativas (SERAFIM, 2007, p. 27).

No Brasil, o controle social, tal como a participação social, decorre do acesso aos direitos decorrentes do exercício da cidadania que se fortaleceu especialmente com o ressurgimento da democracia participativa no movimento constitucionalista de 1988 (HELLER *et al.*, 2007 e BREDER, 2008).

BREDER (2008, p. 1) avalia que com a CF/1988 foram introduzidos “instrumentos para que a sociedade possa exercer o seu papel, participando e controlando as ações do Estado na busca do bem comum e do interesse público”.

Em relação ao controle social, introduzido por nossa Carta Magna, são dadas aos cidadãos as possibilidades de “(1) avaliar os serviços de atendimento que lhes são oferecidos e (2) cobrar do Estado a melhoria desses serviços” (MEDEIROS e PEREIRA, 2003).

Apesar de o conceito de controle social estar muito próximo do conceito de *accountability*, conforme será visto nas próximas seções deste capítulo, eles não se confundem, mas suas funções interagem no auxílio do controle das ações e na responsabilização dos agentes públicos, para a melhoria da prestação dos serviços públicos e do investimento dos recursos do Estado.

O ponto de inter-relação desses conceitos está na afirmação de DI PIETRO (2005, p. 2): “a proteção do interesse público...” Continuando sua explanação, o autor esclarece que a ideia de participação está impregnada, no Brasil, em diversas legislações infraconstitucionais, tendo sido ampliada com a Reforma do Estado:

[...] a todos os setores da sociedade deve ser dada oportunidade de participação, diminuindo as barreiras entre Estado e sociedade; daí falar-se em sociedade pluralista, aquela em que os representantes dos vários setores, e não apenas os grandes grupos, devem ter a mesma possibilidade de participação.

Na década de 1990, foi empreendida no Brasil a Reforma do Estado, consubstanciada em suma na alteração do paradigma sobre a ação do Estado no mercado. A proposta foi então sair de um sistema burocrático para um sistema gerencialista.

O sistema gerencialista proposto tinha a característica de diminuir o foco do Estado na execução direta dos serviços públicos, mantendo a participação indireta com foco na qualidade da prestação desses serviços para os usuários (MEDEIROS e PEREIRA, 2003).

Com a redução da intervenção direta do estado, o país passou por um processo de criação massiva de agências reguladoras na órbita federal que tinham o escopo de,

em tese, substituir a administração direta na regulação e fiscalização dos serviços prestados pelos agentes privados.

A participação social e o controle social, no âmbito das Agências Reguladoras, ganham importância ante as funções outorgadas para essas autarquias, as quais, em suas atividades de normatização, interferem na iniciativa privada e nos direitos dos cidadãos (DI PIETRO, 2005, p. 2).

Desse modo, faz-se necessária a explicitação dos conceitos de “participação social” e de “controle social”, bem como a verificação da interface que têm com os de cidadania, democracia e *accountability*.

Apesar da diferenciação conceitual proposta, ambos os elementos serão citados ao longo do trabalho conjuntamente como “participação e controle social”. A seguir serão tratados os detalhes dos conceitos.

1.1. A Participação Social

A participação social, fundamentada, no Brasil, nas mobilizações sociais das décadas de 1970 e de 1980, com vistas a ampliar a participação da sociedade na criação e na implementação de políticas públicas (SILVA *et al.*, 2009), gerou uma reorganização da sociedade civil e de suas formas de relação com o Estado (AVRITZER e PEREIRA, 2005).

Conforme lembram HELLER *et al.* (2007), a participação social, quando analisada sob a ótica da participação de usuários e de não usuários dos serviços públicos, abre duas vertentes em relação à cidadania: a primeira, referente à fruição dos serviços, encontra-se vinculada ao direito do consumidor; a segunda refere-se ao direito de usufruir da utilidade que deveria ser assegurado a todos indivíduos de uma sociedade, o exercício da cidadania propriamente dita.

A partir dos preceitos constitucionais que norteiam a Administração Pública, o estado se propõe a oferecer a todos, de forma equânime, um sistema de políticas e utilidades públicas, das quais, entretanto, são excluídas algumas pessoas, preterindo assim o seu pleno direito à cidadania (HELLER *et al.*, 2007).

Nesse sentido, JANOSKI (1989) apud HELLER *et al.* (2007) define cidadania como “o pertencimento passivo ou ativo de indivíduos a uma nação-estado, com certos direitos e deveres universais, em um nível específico de equidade”.

Os direitos de participação nas decisões burocráticas e de controle da ação do capital juntamente com os direitos políticos poderiam assegurar maior governança na gestão dos serviços, sendo que a participação social, elemento basilar do princípio da democracia participativa, está intrinsecamente ligada à governança (HELLER *et al.*, 2007).

Por inexistir um conceito uníssono em relação à governança, SOARES (2010) identifica três perspectivas de compreendê-la:

- a) A dos que se preocupam com a eficiência financeira e administrativa (lado econômico);
- b) A dos que enfocam as questões políticas, como democracia, direitos humanos e processos participativos;
- c) A dos que procuram ver se há ou não coerência entre o sistema político-administrativo e o sistema ecológico na gestão dos serviços.

A mesma autora continua a lição sobre os elementos integrantes do sistema de governança: “um elemento político, que consiste em balancear os vários interesses e realidades políticas; o elemento credibilidade, que são instrumentos que criam condições para que as pessoas confiem nas políticas e se sintam donas delas; e, o último elemento, a gestão, definida como a estrutura estabelecida que permita cuidar das tarefas diárias” (SOARES, 2010, p. 26).

A participação social, tal como o controle social, pode ser exercida de diversas formas na administração pública. Em ocorrendo de forma não institucionalizada, há uma possibilidade de fragilidade, demandando, então, para que resulte em utilidade para a população envolvida, maior ímpeto de organização e confluência de interesses dos participantes para a formação de pressão sobre quem detém o poder de decisão.

A Lei nº 8.987/1995, a qual dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal, traz o

exemplo da determinação do Poder Público em incentivar a criação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

A previsão legislativa, ainda muito modesta diante do desafio de democratizar os serviços públicos no país, é apenas um lembrete ao setor privado, concessionários, de que o estado poderia conceder benefícios para estimular a formação dessas associações.

No entanto, a mesma Lei nº 8.987/1995 determinou que a fiscalização dos serviços públicos concedidos ocorresse por meio de comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários, como uma forma institucionalizada de participação e controle social:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

[...]

XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

No caso de formas de participação institucionalizadas, AVRITZER e PEREIRA (2005, p. 1) *apud* AVRITZER e PEREIRA (2000) relatam que a maior parte das decisões em que houve a participação da sociedade nos processos ocorreu por meio de formas que “podem ser denominadas de híbridas, no sentido de que elas envolvem um partilhamento de processos deliberativos entre atores estatais e atores sociais ou associações da sociedade civil.”

Em formas participativas híbridas ou realizadas por meio de órgãos colegiados institucionalizados onde há a participação da sociedade e do poder público, a forma de acesso tem limitação estrutural que tenderá a ter apenas a participação especializada. Um dos possíveis mecanismos para afastar esse risco é a combinação do modelo colegiado juntamente com a previsão de audiências abertas para a participação da população em geral.

A justificativa jurídica para que se determine a existência de meios para a discussão quanto às decisões administrativas sobre um assunto que vise a criar e implementar políticas públicas está consignada na Lei nº 9.784/1999, o que se explica pelo fato de, no âmbito da administração, todas as decisões decorrerem de processos administrativos.

A Lei nº 9.784/1999 estabelece em seu art. 9º que todos os interessados podem se manifestar nos processos administrativos. São considerados interessados nos termos do dispositivo legal:

- I) Pessoas física ou jurídicas que iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;*
- II) Aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;*
- III) As organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;*
- IV) As pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos; os quais devem ser instados a se manifestarem nos processos administrativos, que lhes possam alterar a esfera de direitos.*

Não faltam justificativas que demonstrem os benefícios, para o Estado e para a administração, de fomentar as diversas formas de participação social. Nesse sentido SILVA, JACCOUD e BEGHIN (2009, p. 375) apontam que:

Três enunciados sintetizam os sentidos que passa a tomar a participação no que se refere aos direitos sociais, à proteção social e à democratização das instituições que lhes correspondem:

- a) A participação social promove transparência na deliberação e visibilidade das ações, democratizando o sistema decisório;*
- b) A participação social permite maior expressão e visibilidade das demandas sociais, provocando um avanço na promoção da igualdade e da equidade nas políticas públicas; e*
- c) A sociedade, por meio de inúmeros movimentos e formas de associativismo, permeia as ações estatais na defesa e alargamento de direitos, demanda ações e é capaz de executá-las no interesse público.*

Em sentido similar, ARAGÃO (2006) dispõe que a participação dos interessados no processo administrativo traz à decisão administrativa maior qualidade, uma vez que dá à autoridade decisória maior perspectiva do problema, bem como a legítima perante os interessados, que a aceitam mais facilmente. E continua sua explanação citando WEBLER, TULER E KRUEGER (2001) em relação à qualidade da participação:

Sobre a qualidade da participação, Webler, Tuler e Krueger (2001), ao avaliarem a própria manifestação da população, destacam cinco atributos do que seria um “bom” processo participativo: aquisição e manutenção de legitimidade popular; facilitação da discussão ideológica; justiça do processo; luta de poder entre interesses locais e externos; liderança e compromisso. Portanto, a preservação de modos democráticos de governo, ainda que fortalecendo a democracia participativa, deve levar em conta tais riscos e os atributos de um processo participativo adequado, na concepção dos mecanismos de participação e de tomada de decisão.

A participação está no princípio democrático não apenas no exercício do voto, mas no envolvimento do cidadão nas funções de gestão, planejamento e também no âmbito da função normativa do Estado, seja a exercida pelo Legislativo, seja pelo Executivo, inclusive por meio das agências reguladoras (DI PIETRO, 2005, p. 2).

Em sentido estrito e em seu caráter político, a participação pode ser conceitualmente definida como sendo a “democratização ou participação ampla dos cidadãos nos processos decisórios em uma dada sociedade.” (STOTZ, 2013)¹.

¹ Definição obtida em <http://www.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/parsoc.html>

A regulação, como será visto oportunamente, é tão somente um processo especial de tomadas de decisões que influenciam social, técnica e economicamente a prestação dos serviços públicos, no qual deve, por expressa disposição legal, haver espaço para a participação de todos interessados (FILHO, 2011).

Com base na doutrina apresentada atrás, é lícito sugerir para a utilização neste trabalho a conceituação de participação social como sendo um elemento do exercício de cidadania pelo qual o cidadão, individual ou associativamente, partilha o poder no processo decisório estatal, contribuindo para os rumos tanto da decisão administrativa quanto os estratégicos de determinado órgão ou entidade componente da Administração Pública.

1.2. O Controle Social

A participação social e o controle social são expressões distintas do exercício da cidadania em uma democracia participativa, mas, conforme será visto, são procedimentalmente complementares.

A participação do cidadão nas decisões do Estado precede a avaliação dos resultados e a cobrança por melhorias nos próximos planejamentos, em um claro movimento de partilha de poder entre o Estado e seus cidadãos (FREITAS, 2009).

Análise feita por RAMALHO (2005, p. 8), na qual remonta ao conceito de controle social desde a tradição sociológica trazendo-o até a atualidade, traz a definição apenas do verbete “controle”:

[...] Para os ingleses, controle significa domínio, autoridade, poder e direção, já para os franceses, vigilância, verificação e inspeção (Houaiss, 2001; Barbieri & Hortale, 2002, p. 183). Para Odete Medauar (apud Barbieri & Hortale, 2002, p. 183) o termo controle pode ter diversas conotações, desde um sentido de poder e mando até o acompanhamento. A autora aponta o sentido de seis usos principais do termo, a saber: (1) dominação (que dá a idéia de força, abuso, centralização, monopolização, subordinação); (2) direção (comando e gestão); (3) limitação (regulamentações e proibições); (4) vigilância e fiscalização (supervisão e censura); (5) inspeção (sentido de

continuidade); e (6) verificação (exame de objetos específicos e registro).

Na literatura sociológica, conforme nos aponta RAMALHO (2005), diversos autores trataram a respeito do controle social a partir de conotações no âmbito de mecanismos de intervenção, negativos ou positivos, utilizados pelo Estado, por um grupo social, ou por um indivíduo sobre os demais indivíduos de modo a gerar uma conduta desejada ou reprimir as que não o fossem².

RAMALHO (2005), sob a influência das obras de Bresser Pereira, adota a variação conceitual de controle social sob a perspectiva da ação da sociedade sobre os atos estatais, em especial a realizada por meio de órgãos colegiados.

Para BREDER (2008, p. 4), o controle “consiste na verificação do cumprimento das ações planejadas e no alcance dos objetivos colimados. Esse termo, aliado à expressão “social”, indica “uma dimensão estratégica da participação cidadã, que não se reduz à participação eleitoral; é uma forma de exercer ativamente a cidadania, de tornar efetivos os direitos já consagrados em leis e construir novos direitos, através de instrumentos já conquistados”.

Para MEDEIROS e PEREIRA (2003) o controle social está intrinsecamente vinculado à ideia de *accountability*, vez que a população, enquanto interessada direta da boa aplicação dos recursos públicos, se utiliza dos instrumentos para avaliar os serviços públicos que lhe são prestados, bem como para cobrar da Administração Pública a melhoria desses serviços.

A vinculação entre *accountability* social e controle social também foi demonstrada no trabalho de SERAFIM (2007, p. 27), que, para traçar o corte conceitual de controle social, fez um apanhado de seus usos em diversos trabalhos e elucida:

O conceito de accountability social difundido na América Latina, sobre o qual a utilização e definição de Peruzotti e Smulovitz lançam luz, é utilizado em diversos momentos como sinônimo de controle social, até mesmo por estes autores. Tendo em vista a sua relação mais forte com a legalidade das ações do Estado e combate à corrupção, desde sua utilização pelo Banco Mundial, por O'Donnel e

² Ver Democracia participativa e controle do Estado: os conselhos de saúde no Brasil. Pedro Ivo Sebba Ramalho. XII Congresso Brasileiro de Sociologia.

por Peruzzotti e Smulovitz, entendemos que o conceito de controle social tal como utilizado pelo campo movimentalista é mais abrangente, englobando tanto a dimensão legal quanto a dimensão política na atuação mais constante da sociedade no monitoramento, controle das ações do Estado e compartilhamento de poder decisório.

Após extensa pesquisa para realizar a definição de controle social, SERAFIM (2007) norteou-se pelos parâmetros apresentados por Nuria CUNILL GRAU no artigo intitulado “*Responsabilización por el Control Social*” (2000), o qual vem sendo utilizado pelo CLAD³.

Para SERAFIM (2007, p. 35), citando CUNILL GRAU (2000), devem coexistir duas modalidades de controle social, sendo um *ex ante* a ação estatal e um *ex post*:

Tão possível é o controle ex post como necessário é o controle ex ante quando satisfeita a condição de externalidade da Administração. Em si, assumir que a accountability e o controle social se referem à satisfação das legítimas expectativas acerca do uso do poder administrativo, ou seja, a legitimação do poder supõe admitir que, para fazê-los exequível, não basta monitorar e questionar resultados da ação administrativa (o que se faz), mas decidir acerca do que se “decide fazer”, a fim de que se tenha em conta as consequências para a sociedade.

SERAFIM (2007) faz distinção entre a definição de controle social dentro de uma visão dita *neo-liberal*, cuja finalidade é dar legitimidade à ações do Estado, com vistas ao combate da corrupção, sem que haja uma democratização profunda, e uma visão no campo democrático-popular, cujo objetivo é uma ampliação da democracia com a partilha do poder entre o Estado e os cidadãos.

Ao final de suas análises teóricas SERAFIM (2007, p. 40) chegou ao seguinte conceito:

Entendemos que uma definição mínima do conceito de controle social deverá concebê-lo como uma forma específica de participação da sociedade em relação direta com o Estado, cujos temas em questão

³ O CLAD – Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo é um órgão público internacional de caráter intergovernamental (www.clad.org.ve).

tratam da gestão pública, políticas públicas e ações do Estado, desde a sua definição, passando por sua execução e metas a serem atingidas, até a avaliação de seu bom funcionamento, visando o cumprimento do interesse público. Dá-se concretamente em espaços ou mecanismos que possibilitam a troca de informações e debates mais profundos entre uma pluralidade de atores da sociedade e atores do Estado ou de governos.

Apesar de a doutrina internacional trabalhar os conceitos e as experiências da participação e do controle social há mais de quatro décadas, no Brasil a temática vem ganhando força após a reabertura democrática do país (AVRITZER *et al.*, 2007).

O lapso temporal vivenciado dentro de um sistema de governo autoritário e de uma conduta estatal burocrática tendente à tecnocracia foi, e ainda é, o fator que mais dificulta haver o interesse da população em participar do planejamento, gestão, regulação e controle dos atos estatais como um dos atores principais (SOUSA, 2011).

Em parte, isso poderia explicar o motivo pelo qual, passados quinze anos, a previsão contida no art. 37, §3º da CF/1988, inserida pela Emenda Constitucional nº 19/1998, que dispõe acerca da participação do usuário na administração pública direta e indireta, ainda não foi regulamentada por lei.

Nesse dispositivo é consignado o seguinte:

Art. 37. ...

[...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

*III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.
(Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

Se o controle social incidente sobre a formulação de políticas públicas e do planejamento no setor de saneamento básico pode ser considerado um avanço para a ampliação da democracia no país (HELLER *et al.*, 2007), a previsão das entidades reguladoras do setor e a submissão delas ao controle social também podem ser consideradas um avanço legislativo para a ampliação da democracia.

No entanto, trata-se apenas de instrumentos legais que podem ou não ser aplicados conforme a conveniência das autoridades hoje interessadas na melhoria da qualidade dos serviços e na diminuição do déficit no setor, competindo ainda à sociedade se organizar para exigir espaço para o exercício da cidadania.

Neste trabalho, tomando por base a análise dos apontamentos realizados pelos autores comentados, o controle social é conceituado como um dos elementos do exercício da cidadania pelo qual o cidadão, individual ou associativamente, interage com o Estado com vistas a avaliar a atuação da Administração Pública no âmbito de sua competência em um dado setor, em especial quanto à legitimidade de seus atos e ao cumprimento das metas propostas pela própria Administração Pública ou por quaisquer mecanismos de participação social.

CAPÍTULO II

HISTÓRICO DO SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

2.1. Histórico das Políticas Anteriores à Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico (1960 – 2002)

No Brasil, nos idos de 1960, ainda no período da ditadura militar (1964-1985), através de diversas reformas estruturais centralizadas, abriu-se a possibilidade de desenvolver o setor de saneamento básico por meio de um modelo de financiamento estatal.

Com isso, organizou-se o saneamento básico com investimentos públicos, criando-se empresas públicas, pois a falta desses serviços trazia enormes problemas à estruturação do país buscada à época.

Assim, de acordo com SALLES (2008):

[...]foi elaborado um projeto para o saneamento, no qual se tentou alcançar uma racionalidade técnica na aplicação das verbas, baseado em um planejamento prévio e centralizado que se pretendia único e homogêneo para todo o território nacional.

Desse modo, o modelo idealizado, denominado PLANASA, surgiu com o Decreto-Lei nº 949, de 13 de Outubro de 1969 (CUNHA, 2002).

O PLANASA tinha como objetivo a eliminação do déficit dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, buscando um sistema tarifário que conseguisse a autonomia na prestação dos serviços pelas CESB (Companhias Estaduais de Saneamento Básico). Tal autonomia seria alcançada com o equilíbrio entre as receitas e as despesas de operação e manutenção dos serviços, com o pagamento dos empréstimos contratados e com a permissão e utilização de subsídios (SALLES, 2008).

O Plano se desenvolveu sob a regulação do Banco Nacional de Habitação – BNH, que, por meio do Sistema Financeiro de Saneamento – SFS, oferecia empréstimos para serem investidos na construção da infraestrutura das Companhias Estaduais de Saneamento Básico – CESB (FARIAS, 2011).

O BNH, na qualidade de agente regulador do setor, expedia regras e coordenava as operações do SFS, e procedia com a regulação financeira no sentido de aprovar os programas de investimentos dos estados, analisar os estudos de viabilidade técnica e tarifários realizados pelas CESB, bem como de fiscalizar as empresas de saneamento sob o ponto de vista técnico, contábil e financeiro (FARIAS, 2011, p. 64).

Conforme dispõe SOUSA (2011, p. 65), as CESB agrupam diversas características que garantiram sua permanência no setor por tantos anos, inclusive no período de lacuna regulatória:

Em nível econômico, estavam lidando com serviços típicos de monopólio natural. Em nível tecnológico, elas operavam serviços de alta escala, com altos efeitos de aprendizagem, coordenação e adaptação. Em nível político, por sua vez, elas contavam com uma forte alocação de poder nos estados, que consolidou e generalizou uma cultura de prestação por este nível de governo.

Durante o Governo Collor (1990/1992) foi ampliado o processo de desregulamentação do setor de saneamento, levando à extinção do PLANASA em 1990 e à criação do Programa de Saneamento para Núcleos Urbanos – Pronurb (MPO/SEPURB, 1995).

A extinção do PLANASA e a ausência de uma nova política de saneamento, num primeiro momento, resultaram em ações pontuais e desarticuladas por parte do governo federal, incapazes de promover um adequado equacionamento dos problemas relacionados ao abastecimento de água e esgotamento sanitário no país. (FARIAS, 2011, p. 23).

Alguns projetos de lei para o estabelecimento de um marco legal para o setor de saneamento tramitaram no congresso nacional, sendo totalmente vetados pelo executivo, que propunha um novo projeto. Desses podemos citar o Projeto de Lei na Câmara dos Deputados – PLC 199/1993, por ela aprovado em 22/09/1993, pelo Senado em 13/12/1994, sendo, contudo, vetado pelo Poder Executivo em 4 de janeiro de 1995, por considerar contrária ao interesse público⁴.

⁴ Mensagem nº 4/1995, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/VETO_TOTAL/1995/Mv04-95.htm.

Em paralelo à tramitação do PLC nº 199/1993, o Governo Itamar Franco (1992/1994) deu início ao Programa de Modernização do Setor de Saneamento – PMSS, como resultado de empréstimo realizado pela União junto ao Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD em 1992 e executado a partir de 1993 pela Secretaria de Política Urbana – Sepurb, do então Ministério do Planejamento e Orçamento – MPO e com o apoio do IPEA, que, posteriormente, se tornou um programa permanente da União.

O PMSS – Programa de Modernização do Setor de Saneamento deu origem à *Série Modernização do Setor Saneamento*, a qual se constituiu em um detalhado diagnóstico e na proposta de reestruturação do setor (TOLEDO SILVA, 2003, p. 31).

Em relação à estrutura institucional de regulação e controle dos serviços de saneamento, aponta TOLEDO SILVA (2003, p 29) as seguintes diretrizes apresentadas pelo PMSS:

- i) A separação nítida entre a titularidade e a operacionalidade dos serviços;*
- ii) A integração intra-setorial e inter-setorial;*
- iii) a articulação inter-governamental;*
- iv) O controle social;*
- v) Normas claras sobre essencialidade, qualidade, aproveitamento de recursos naturais, desempenho operacional, controle econômico e outras matérias relacionadas com a prestação dos serviços;*
- vi) Os instrumentos de fiscalização;*
- vii) O poder para obrigar a observância da regulação por todos os agentes;*
- ix) O livre fluxo de informações sobre o saneamento e sobre os serviços;*
- viii) A flexibilidade das formas de prestação dos serviços;*
- x) A descentralização da prestação dos serviços.*

Durante a administração do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) deu-se início à “Reforma do Estado”, com a criação do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, tendo como objetivo abordar:

- “(a) Um problema econômico-político – a delimitação do tamanho do Estado;*

(b) um outro também econômico-político, mas que merece tratamento especial – a redefinição do papel regulador do Estado;

(c) um econômico-administrativo – a recuperação da governança ou capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo; e

(d) um político – o aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade, e governar (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 7).

A alteração de paradigma quanto ao alcance das funções de Estado estabeleceu a modificação de sua atuação frente a diversos setores industriais, tais como os de telecomunicação e de eletricidade, abrindo caminho também para os serviços de saneamento. Desse modo, a implementação da reforma do Estado significava, para a época, a atuação do Estado como um agente “regulador e facilitador ou financiador a fundo perdido” do desenvolvimento e não mais como um interventor direto (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 17).

A partir do Governo Fernando Henrique Cardoso (1995/2003) foram realizadas diversas tentativas para o estabelecimento de um novo marco legal para o setor de saneamento, objetivando as principais medidas do Poder Executivo viabilizar a privatização do setor.

Após o Poder Executivo vetar integralmente o Projeto de Lei da Câmara – PLC nº 199/1993 em 04 de janeiro de 1995, o assunto continuou sem regulamentação por quase dois anos, quando foi proposto no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado – PLS nº 266, de 05 de dezembro de 1996.

O PLS nº 266/1996 tinha a intenção de realizar a privatização do setor de saneamento através da modificação da titularidade dos estados na prestação dos serviços das regiões metropolitanas que envolviam sistemas integrados, ainda que parcialmente, tonando mais fácil a privatização das CESB, conforme anota MARINHO (2006, p. 111):

É inegável que esse projeto, ao prever a titularidade dos estados na prestação dos serviços quando os sistemas fossem integrados, facilitaria a privatização desses serviços, uma vez que os municípios

que têm serviços integrados são os maiores municípios, em geral regiões metropolitanas, e que representam a maior fonte de receita das CESBs, portanto, o mercado mais interessante para o setor privado – a privatização dos serviços nesses municípios inviabilizaria a prática do subsídio cruzado e, assim, a do próprio modelo. Além disso, por esses municípios serem capitais, em sua maioria, estão mais sujeitos aos interesses dos governos estaduais, controladores dessas companhias e que, em alguns casos, tinham interesse concreto na privatização das mesmas (o caso da Embasa, por exemplo).

Diferente do PLC nº 199/1993, o PLS nº 266/1996, sofreu diversas críticas “por parte de algumas entidades da área de saneamento – Frente Nacional dos Urbanitários (FNU/CUT), Associação Brasileira de Engenharia Sanitária (Abes) e Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento (Assemae), precursoras da Frente Nacional pelo Saneamento Ambiental – que resultaram na sua emenda e na mudança de relatoria, entregue ao Senador Josaphat Marinho (PFL)” (MARINHO, 2006, p. 112).

Em resposta às alterações propostas no PLS nº 266/1996, o Governo apresentou para o Congresso Nacional um projeto substitutivo ao referido PLS, o Projeto de Lei - PL nº 4147/2001, o qual também foi alvo de diversas críticas, em especial porque estaria mais preocupado com a privatização do setor do que propriamente com o estabelecimento de um marco regulatório (MARINHO, 2006, p. 4).

Com o início do Governo Lula (2003-2011), em 2003, o PL nº 4147/2001 foi retirado da pauta do Congresso Nacional e foi dado início à implantação de uma sistemática para o setor de Saneamento Básico que contribuiria para o estabelecimento do marco regulatório, tal como a criação do Ministério das Cidades, constituído pela Secretaria de Saneamento, além de outros órgãos.

No ano de 2005 foi apresentado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5296/2005 que visava estabelecer o marco legal do saneamento, em substituição à última tentativa consubstanciada no PL nº 4147/2001.

No estudo realizado por SOUSA (2011, p. 69) verifica-se um primoroso nível de participação social para se chegar à proposta contida no PL nº 5296/2005, com a realização de mais de 3.000 (três mil) conferências municipais e o estabelecimento das diretrizes para a nova proposta de política nacional do setor:

Para tanto, foram instituídas diversas instâncias de consulta e participação popular. Participaram desse processo 320 mil pessoas, através de 3.457 conferências municipais, 27 conferências estaduais e no Distrito Federal, assim como na Conferência Nacional das Cidades de 2003. Nesta última, foram aprovados os princípios e as diretrizes para a formulação da política nacional de desenvolvimento urbano e criado o Conselho das Cidades. No caso do saneamento, determinou-se como princípio que tais serviços seriam, por definição, públicos e prestados sob o regime de monopólios, essenciais e vitais para o funcionamento das cidades, as condições de vida da população urbana e rural, a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento da economia. As diretrizes aprovadas foram as seguintes: articulação intersetorial, participação social, respeito à diversidade urbana, regional e cultural e implementação de estrutura institucional, políticas de desenvolvimento e capacitação técnico-institucional e políticas abrangentes e massivas voltadas para a universalização.

No entanto, o PL nº 5296/2005, oriundo do Poder Executivo, ficou prejudicado ante o andamento célere do PL nº 7361/2006, proposto pela Comissão Mista do Saneamento através do Ato Conjunto nº 2, de 2006, que, depois de votado, deu origem à Lei nº 11.445/2007.

Esse PL nº 7361/2006 se iniciou como o PLS nº 219/2006, o qual foi um projeto substitutivo ao PLS nº 155/2005, e foi aprovado por ambas as casas do Congresso Nacional menos de um ano depois de ser apresentado, tendo sido sancionado pelo Presidente com alguns vetos em janeiro de 2007.

O PL nº 7361/2006 foi fruto de um intenso debate, no qual cada item da norma teve que ser negociado. Como resultado desse processo de ajuste houve uma forte descaracterização do projeto encaminhado ao Congresso Nacional sob a forma do PL nº 5296/2005. Conforme aponta HELLER (2012, p. 8), o produto final possui contradições internas e “inaplicabilidades de parte de suas determinações”, deixando os embates sobre os pontos em que não se chegou a um acordo possível para a fase de implementação da lei.

Ficaram, ainda, os PL nº 6604/02, 1144/03, 1772/03, 2627/03, 4092/04 e 5578/05 prejudicados pela sanção da Lei nº 11.445/2007.

Desse modo, desde a segunda metade da década de 1980 o Estado brasileiro buscou, mesmo que de forma desordenada, estabelecer um novo marco regulatório para o setor de saneamento básico, só tendo êxito a partir da proposta de uma comissão mista do Senado Federal, no início do ano de 2007, ou seja, quase duas décadas após o fim do sistema de regulação pelo financiamento.

É notório o reconhecimento da importância do marco regulatório ocorrido em 2007, mas essa demora é reflexo da ação política de grupos historicamente dominantes no setor, que podem ser divididos, didaticamente, em privatistas e publicistas, quanto à forma de prestação; e estadualistas e municipalistas quanto à titularidade constitucional sobre os serviços de saneamento básico (SOUSA, 2011).

A lacuna regulatória, a fragmentação do planejamento ou sua inexistência e a guerra dos agentes políticos vivenciada no setor nesses anos ampliaram os danos oriundos das falhas de mercado, situação de monopólio natural, impedindo a almejada universalização com qualidade dos serviços, o que se transformou em grandes desafios para os próprios titulares dos serviços e para os agentes reguladores (MARINHO, 2006).

Um desses desafios é superar o déficit do setor, cujo conceito, trazido pelo MC/SNSA (2011), inovou ao incorporar a dimensão da qualidade do acesso junto com as opções tecnológicas, tais como as soluções individuais, que antes estavam marginalizadas na matriz predominante no setor (HELLER, 2012, p. 13).

2.2. A Nova Política Nacional de Saneamento Básico, a LDNSB

A Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, conhecida como Lei de Diretrizes Nacionais para o Saneamento Básico – LDNSB, originou-se do Projeto de Lei nº. 7361/2006, e representou o afastamento do limbo jurídico em que, por mais de 20 anos, se encontrava o setor.

Diferente de todos os demais projetos de leis que tentaram estabelecer o marco legal do setor, o PL nº 7361/2006 conseguiu estabelecer toda uma riquíssima fonte de trabalho que tem a capacidade de fornecer o extrato legal para alavancar o saneamento

no Brasil com vista a atender ao anseio da universalização dos serviços públicos que compõem o saneamento básico com qualidade, sustentabilidade, equidade, participação e controle social.

No entanto, ainda que tenha havido certo êxito nas negociações para que fosse constituído um marco regulatório válido, a LDNSB foi regulamentada depois de mais de 3 anos de sua promulgação por meio do Decreto nº 7217, de 21 de junho de 2010, o que demonstra que as lutas travadas para a confecção do diploma legal ainda determinaram o atraso para sua regulamentação.

A LDNSB possui 10 (dez) capítulos e 60 (sessenta) artigos, assim distribuídos:

Capítulo I - DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Capítulo II - DO EXERCÍCIO DA TITULARIDADE

Capítulo III - DA PRESTAÇÃO REGIONALIZADA DE SERVIÇOS DE
SANEAMENTO BÁSICO

Capítulo IV - DO PLANEJAMENTO

Capítulo V - DA REGULAÇÃO

Capítulo VI - DOS ASPECTOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

Capítulo VII - DOS ASPECTOS TÉCNICOS

Capítulo VIII - DA PARTICIPAÇÃO DE ÓRGÃOS COLEGIADOS NO
CONTROLE SOCIAL

Capítulo IX - DA POLÍTICA FEDERAL DE SANEAMENTO BÁSICO

Capítulo X - DISPOSIÇÕES FINAIS

Com a explicitação dos princípios fundamentais, a lei passou a determinar as diretrizes pelas quais todos os seus intérpretes devem se pautar na aplicação da nova legislação. Dentre outros, foram colocados os seguintes princípios fundamentais:

I – universalização do acesso;

II – integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de

saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados;

[...]

V – adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais;

[...]

VII – eficiência e sustentabilidade econômica;

VIII – utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas;

IX – transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados;

X – controle social;

XI – segurança, qualidade e regularidade;

Foi observado que, quando a lei elencou os princípios aos quais seus intérpretes se submeteriam, houve mais do que apenas a indicação deles, tendo em vista que o legislador estabeleceu os limites de interpretação do princípio no próprio rol do art. 2º ou em artigos cujos conteúdos são definições.

Nesse ponto verifica-se uma falha legislativa, pois, ao se definir hoje o alcance pretendido para alguns desses princípios, acaba-se por enrijecer a norma para interpretações futuras quando ocorram mudanças fáticas no setor.

Em documento publicado pelo Ministério das Cidades/Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental (MC/SNSA, 2011) foi reconhecido que alguns dos princípios contidos na LNDSEB “requerem precisão conceitual, sendo que alguns deles não são portadores de significação consensual pelos diversos autores que se ocuparam de discuti-los ou entre diferentes correntes teóricas”.

Desse modo, se há embate teórico sobre o conteúdo de alguns princípios, então se torna necessário o trabalho doutrinário de hermenêutica para que, de acordo com a realidade do setor e a evolução jurídica atual, ocorra a delimitação do conteúdo a ser utilizado nesse momento histórico.

Tome-se como exemplo o princípio da universalização. A norma traz no inciso I de seu artigo 3º que a universalização deverá ser compreendida apenas como a “ampliação progressiva do acesso de todos os domicílios ocupados ao saneamento básico”.

E o que significa acesso universal? Significa a possibilidade de todos os brasileiros poderem alcançar uma ação ou serviço de que necessitem, sem qualquer barreira de acessibilidade, seja legal, econômica, física ou cultural. Quer dizer acesso igual para todos, sem qualquer discriminação ou preconceito. Acesso universal e igualitário, repetindo, é para todos – ricos e pobres, homens e mulheres, velhos e crianças, nordestinos e sulistas, negros e brancos, independentemente de etnia ou opção sexual. (MC/SNSA, 2011)

No documento do MC/SNSA (2011) é reconhecido que o princípio da universalidade conforme proposto na lei não supre de modo satisfatório a expectativa vigente em torno do tema.

A proposta contida nesse documento é que o princípio da universalização seja analisado conjuntamente com outros dois princípios: a equidade, princípio implícito da norma; e a integralidade, já definido na própria lei.

Por equidade consta no documento publicado pelo MC/SNSA (2011):

princípio de uma política de saneamento básico capaz de orientar a identificação de um grupo ou categoria essencial que seria alvo especial da intervenção. Esse processo, desenvolvido na esfera pública, possibilitaria a existência da justiça, como responsabilidade simétrica, comunicação e cooperação. (HELLER, 1998 apud MC/SNSA, 2011)

No Capítulo I, a LDNSB traz algumas definições que, apesar de desnecessárias, devem ser observadas quando da utilização da lei. Entre elas está a limitação do que deve ser compreendido por serviços componentes do Saneamento Básico:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços, infra-estruturas e instalações operacionais de:

- a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;*
- b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;*
- c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;*
- d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infra-estruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas.*

A LDNSB, no Capítulo I, foi bastante feliz em determinar que o uso de recursos hídricos não seja considerado componente dos serviços públicos de saneamento e que as captações, lançamentos ou mesmo diluições de efluentes oriundos desses serviços devam se submeter ao regime de outorga de uso de recursos hídricos, nos termos das políticas setoriais.

No segundo capítulo – “Do exercício da titularidade” – ficou clara a esquiva do legislador em dar maiores detalhes para esclarecer a confusão contida no texto constitucional sobre a questão da titularidade dos serviços de saneamento.

A Constituição Federal, ao traçar as competências para esses serviços de maneira vertical e fragmentada entre os entes da Federação – União, estados e municípios – não detalhou o limite de competências de cada um.

Para o caso da União, os serviços foram tratados na competência material privativa.

Art. 21. Compete à União:

XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

No âmbito da competência material comum, ou seja, dos três entes federados, temos que:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Em relação aos estados, o aspecto mais confuso diz respeito às regiões metropolitanas, as quais, em tese, têm superioridade sobre a competência municipal:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 3º - Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

A competência municipal, tratada no artigo transcrito a seguir, abrange, de forma implícita, o saneamento como sendo assunto e serviço público de interesse local.

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Por fim, há de se mencionar ainda outra confusão devida à colocação do tema relativo ao saneamento dentro da área de saúde, considerando-se que a participação dos entes federados é coordenada por meio do Sistema Único de Saúde - SUS.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

Três fatos são irrefutáveis a partir da CF/1988 e da LDNSB: 1) compete à União o estabelecimento de diretrizes para o setor; 2) os municípios com sistemas separados e cuja operação seja realizada por eles próprios, direta ou indiretamente, detêm ampla competência material e legislativa; 3) a titularidade é do município quando os serviços a ele são prestados por CESB em sistemas separados.

Um ponto nebuloso surge em relação à questão das regiões metropolitanas, dividindo a doutrina e a jurisprudência sobre o exercício da titularidade plena do município, se a titularidade era plena e do estado, ou se haveria algum tipo de compartilhamento dessa atribuição.

Com a ausência do sistema previsto no PL nº 5296/2005, ou da regulamentação da Constituição Federal em relação às competências sobre o saneamento básico na LDNSB quanto às regiões metropolitanas, a discussão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, que, em voto recente (2013), arquitetou a teia de interpretação constitucional sobre esses serviços por meio do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1842 RJ que tramita naquela Corte desde junho de 1998.

No referido julgamento foi dado parcial provimento à referida ADI para declarar inconstitucionais trechos da Lei Complementar nº 87/1997 e da Lei estadual nº 2869/1997, ambas do estado do Rio de Janeiro, sobre a instituição da Região Metropolitana do Rio de Janeiro e transferência das competências administrativas e normativas próprias dos municípios para o âmbito estadual, inclusive as competências pertinentes aos serviços de saneamento básico.

A polêmica do tema foi materializada no processo que teve diversas intervenções antagônicas por parte dos diversos Ministros, Advogados Geral da União e Procuradores Geral da República que atuaram no processo ao longo de 25 anos. Na espécie, a questão estava na preservação de dois valores constitucionais: a autonomia municipal e a integração dos municípios em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões.

As posições pendiam desde a procedência total do pedido com o reconhecimento da titularidade irrestrita dos municípios até o extremo oposto com o reconhecimento da competência ampla dos estados quanto aos serviços prestados no âmbito da região metropolitana.

Ao final da querela, prevaleceu o entendimento da Corte que privilegia a integração dos municípios às regiões metropolitanas sem, contudo, impedir aqueles de manifestar-se sobre a questão, passando a existir uma titularidade compartilhada, conforme exposto no voto do Min. Gilmar Mendes:

Nesses termos, entendo que o serviço de saneamento básico no âmbito de regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerados urbanos constitui interesse coletivo que não pode estar subordinado à direção de único ente, mas deve ser planejado e executado de acordo com decisões colegiadas em que participem tanto os municípios compreendidos como o estado federado.

Portanto, nesses casos, o poder concedente do serviço de saneamento básico nem permanece fracionado entre os municípios, nem é transferido para o estado federado, mas deve ser dirigido por estrutura colegiada instituída por meio da lei complementar estadual que cria o agrupamento de comunidades locais em que a vontade de um único ente não seja imposta a todos os demais entes políticos participantes.

Esta estrutura colegiada deve regular o serviço de saneamento básico de forma a dar viabilidade técnica e econômica ao adequado atendimento do interesse coletivo. Ressalte-se que a mencionada estrutura colegiada pode ser implementada tanto por acordo, mediante convênios, quanto de forma vinculada, na instituição dos agrupamentos de municípios.

Ademais, a instituição de Agências Reguladoras pode se provar como forma bastante eficiente de estabelecer padrão técnico na prestação e concessão coletivas do serviço de saneamento básico.

Superada a questão da titularidade dos serviços, inclusive em regiões metropolitanas, competirá ao titular deles, isolada ou coletivamente, exercer as seguintes competências em relação a eles, conforme disposto na LDNSB: a) planejamento, b) regulação; 3) fiscalização; 4) prestação; sendo indelegável o planejamento.

No âmbito do planejamento há previsão na Lei nº 11.445/2007 sobre os planos municipais ou regionais de saneamento básico, que deverão ser realizados de modo a direcionar a prestação dos serviços e o investimento para a garantia de universalização.

O plano de saneamento tem fundamental importância no estabelecimento da política, exigindo para sua formação a participação e o controle social (LDSNB e Decreto nº 7.217/2010).

No art. 11 da LDSNB ficaram estabelecidas as condições de validade para a celebração de contratos que tenham a finalidade de delegar a prestação dos serviços para terceiros fora do âmbito da competência municipal.

A norma prevê, no art. 12, o controle necessário para o estabelecimento da estabilidade da prestação dos serviços quando ela é executada de forma interdependente por dois ou mais prestadores.

Por fim, o art. 13 apresenta a possibilidade de os entes federados, de forma isolada ou conjuntamente, estabelecerem fundos para a universalização dos serviços.

No que tange ao terceiro capítulo da LDSNB, cumpre ressaltar que ele dispõe acerca da prestação regionalizada dos serviços de saneamento, elegendo, como uma das formas para a obtenção da eficiência necessária, a possibilidade de os municípios se consorciarem nos termos do art. 241 da CF/1988 e da Lei nº 11.107/2005.

O quarto capítulo da referida norma trata do planejamento do setor, que deve ser realizado pelo titular, de forma individual, ou ainda de maneira consorciada, quando da prestação regionalizada dos serviços.

O planejamento deverá ser elaborado com base nos princípios da universalidade, integralidade das ações e equidade, garantindo a todas as pessoas da região o oferecimento dos serviços com mesma qualidade, observando as seguintes diretrizes (BRASIL, 2011):

- *Integração de diferentes componentes da área de saneamento básico e outras que se fizerem pertinentes em relação à saúde, ao ambiente e ao desenvolvimento urbano.*
- *Promoção do protagonismo social a partir da criação de canais de acesso à informação e à participação que possibilite a conscientização e a autogestão da população.*
- *Promoção da saúde pública.*

- *Promoção da educação ambiental em saúde e saneamento que vise à construção da consciência individual e coletiva e de uma relação mais harmônica entre o homem e o ambiente.*
- *Orientação pela bacia hidrográfica.*
- *Sustentabilidade.*
- *Proteção ambiental.*
- *Inovação e utilização de tecnologias adequadas.*
- *Transparência das ações e informações para a sociedade.*

Com isso, surge o desafio do planejamento em saneamento básico no Brasil, que é: equacionar o déficit, a ineficiência e a má gestão disseminada no país com a projeção de futuro para o setor. O planejamento dos serviços é fator determinante para o titular deles obter sucesso em combater os déficits, além de ser etapa obrigatória prevista na LDNSB.

Para tanto o Conselho das Cidades do Ministério das Cidades estabeleceu o prazo de até 31/12/2010 para a elaboração dos Planos Municipais (Resolução nº 33, de 01 de março de 2007), contudo, ante a letargia dos titulares em tomarem providências para a elaboração de tais planos, o Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010, estendeu o prazo para até 31/12/2013.

Conforme apontado por FARIAS (2011, p. 135), até 2010 apenas 10% dos 5.564 municípios brasileiros possuíam algum plano de saneamento. A inexistência desse instrumento poderá determinar o não recebimento de recursos oriundos da União.

Não é a primeira vez no país que se discutem planos no âmbito urbano. O mais importante deles é o Plano Diretor, devendo cada município que conta com mais de 20.000 (vinte mil) habitantes elaborá-lo, nos termos do art. 182, §1º da CF/1988.

Apesar de a importância do planejamento ser frequentemente exposta no ordenamento jurídico brasileiro, ele, por si só, não garante a melhoria de uma dada situação, o que é uma realidade no caso dos planos diretores municipais (MORAES apud FARIAS, 2011). Nesse ponto tornam-se valiosos a participação social na elaboração do plano e o controle social no seu acompanhamento, inclusive no âmbito dos agentes de regulação, responsáveis pela verificação das diretrizes e objetivos estabelecidos pelo cumprimento do que foi planejado.

A seguir, o quinto capítulo da norma trata sobre a regulação dos serviços de saneamento básico. A regulação poderá, nos termos da LDNSB, ser realizada pelo próprio titular ou delegada para entidades constituídas dentro do limite do estado em que se insere o titular. De qualquer forma, a entidade deve possuir independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora.

Os Princípios da Regulação exigem preocupação com monopólios naturais; os órgãos reguladores não devem formular políticas setoriais, devendo ser dotados de independência e autonomia. Sua função é regular segmentos do mercado e serviços públicos, protegendo o consumidor, garantindo a livre escolha, o abastecimento e preços acessíveis. (SOUTO, 1999)

A questão da regulação na LDNSB é um dos pontos principais de investigação desta dissertação e será analisada de forma pormenorizada no seu capítulo 3.

O sexto capítulo da norma dispõe sobre os aspectos econômicos e sociais dos serviços, evidenciando que, para a montagem da sua atual política, deverá ser observada, sempre que possível, a cobrança por eles com vistas a garantir um uso racional, a expansão para a universalização e a sua sustentabilidade.

É prevista ainda a possibilidade da manutenção dos subsídios entre municípios quando se tratar da prestação regionalizada dos serviços, e as diretrizes para os reajustes e revisões das taxas e tarifas.

No sétimo capítulo, que trata dos aspectos técnicos, ficou estabelecida a obrigatoriedade na prestação dos serviços, a observância dos requisitos mínimos de qualidade, incluindo a regularidade, a continuidade e aqueles relativos aos produtos oferecidos, ao atendimento dos usuários e às condições operacionais e de manutenção dos sistemas nos termos das normas.

O sétimo capítulo trata ainda da questão da integração do saneamento às outras políticas, como a ambiental e a de recursos hídricos, autorizando o ente regulador a estabelecer tarifário diferenciado no caso de escassez ou de contaminação de recursos hídricos.

O oitavo capítulo da norma, que dispõe sobre o controle social, será analisado na próxima seção do presente capítulo.

No capítulo nono são tratados alguns aspectos da Política Federal de Saneamento Básico. Entretanto, merece ser aqui mencionado que, passados mais de seis anos da promulgação da LDNSB, o Brasil ainda não conseguiu editar o Plano Nacional de Saneamento Básico.

É interessante ser considerado o fato de que o novo papel da regulação desse setor é bastante prestigiado, havendo menções a essa função entre as diretrizes e objetivos contidos na LDNSB:

Art. 48. A União, no estabelecimento de sua política de saneamento básico, observará as seguintes diretrizes:

III - estímulo ao estabelecimento de adequada regulação dos serviços;

Art. 49. São objetivos da Política Federal de Saneamento Básico:

[...]

VI - incentivar a adoção de mecanismos de planejamento, regulação e fiscalização da prestação dos serviços de saneamento básico;

Foi estabelecido ainda um comando de condicionamento para a alocação de recursos da União aos demais entes federados, fazendo com que o planejamento se torne parte fundamental de toda a nova política.

Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados:

I - ao alcance de índices mínimos de:

a) desempenho do prestador na gestão técnica, econômica e financeira dos serviços;

b) eficiência e eficácia dos serviços, ao longo da vida útil do empreendimento;

II - à adequada operação e manutenção dos empreendimentos anteriormente financiados com recursos mencionados no caput deste artigo.

O inciso II do art. 50 da LDNSB, ao condicionar a alocação de novos recursos à adequada operação e manutenção dos empreendimentos anteriormente financiados com recursos da União, poderá gerar um problema futuro por não estabelecer um período de verificação de cumprimento para a condição.

A leitura literal do dispositivo em comento poderá obstar o recebimento de recursos da União por fato acontecido diversos anos antes da própria LDNSB, ou mesmo que, quando de uma prestação de contas, valores tenham que ser restituídos ao erário.

O art. 50, §3º poderá gerar, quando de sua aplicação, certa polêmica, pois ao serem analisados seus possíveis efeitos, verifica-se que ele previu a possibilidade de uma intervenção indireta da União junto ao prestador de serviços.

Art. 50. ...

[...]

§ 3º É vedada a aplicação de recursos orçamentários da União na administração, operação e manutenção de serviços públicos de saneamento básico não administrados por órgão ou entidade federal, salvo por prazo determinado em situações de eminente risco à saúde pública e ao meio ambiente.

Desse modo, em caso de risco iminente à saúde pública e ao meio ambiente e sendo solicitado auxílio financeiro da União, essa poderá estabelecer condições para o repasse de recursos. Tais condições não se encontram dispostas no texto legal e portanto deverão ser elencadas nos termos contratuais, para fins de atendimento dos requisitos de legalidade previstos na Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993).

E, tendo em vista que a situação seria de risco iminente, provavelmente não haverá tempo para se estabelecerem quaisquer debates acerca da legalidade das condições impostas, acabando por suscitar o surgimento de um contrato de adesão, ou seja, com cláusulas estabelecidas unicamente pela autoridade competente.

2.3 Participação e Controle Social na Lei nº 11.445/2007 e no Decreto nº 7.217/2010

Nesta seção discutir-se-á sobre a participação e o controle social na LDNSB e no Decreto nº 7217, de 21 de junho de 2013, bem como será verificada a amplitude possível para o controle social a partir da análise desses normativos.

SOUSA (2011, p. 74) demonstrou em seu estudo que, quando da “negociação possível” do PL nº 7361/2006, foi reduzido da previsão legal “o escopo da proteção dedicada ao usuário” e eliminados os “órgãos colegiados propostos originalmente pelo governo para o controle social em todos os níveis federativos, tornando facultativa e estritamente consultiva a sua participação nesta função”, conforme apresentado no PL nº 5296/2005.

No entanto, apesar da perda em substância do texto legal, a LDNSB estabeleceu um importante passo rumo à participação e ao controle social no setor. A União, no exercício de sua competência constitucional, definiu apenas as diretrizes nas quais os titulares (além dos prestadores e reguladores) devem pautar suas ações.

No entanto, não existem óbices para que os titulares, por meio de lei específica, ampliem o alcance dos novos instrumentos participativos.

Devem ser interpretadas restritivamente quaisquer limitações ao princípio da participação. (FREITAS, 2009, p. 410)

Nesta seção será demonstrado que, diante da análise sistemática dos dois normativos, LDNSB e o decreto que a regulamentou, a confusão da abrangência entre um e outro dispositivo acaba por ampliar o alcance do controle social previsto originariamente no art. 47 da LDNSB e também da participação e do controle não institucionalizado.

O legislador e o Poder Executivo, ao estabelecerem a definição de controle social, fazem com que o alcance da participação e do controle social possa sofrer questionamentos por parte daqueles que não se interessam pela democratização do setor.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

[...]

IV - controle social: conjunto de mecanismos e procedimentos que garantem à sociedade informações, representações técnicas e participações nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos de saneamento básico;

Conforme já tratado no Capítulo 1 desta dissertação, existe confusão conceitual entre o controle social e a participação social, inclusive na utilização desses institutos proposta pelas normas.

A definição de controle social proposta no art. 3º, inciso IV da LDNSB traz em seu bojo o instituto da participação social nos processos de formulação de políticas e de planejamento, e o de controle social nas avaliações da política e da execução do planejamento.

Dessa forma, tanto a participação quanto o controle social poderão ocorrer não só de forma não institucionalizada, mas também por meio de Conselho de Saneamento, conforme previsto no art. 47 da LDNSB, a depender da lei de cada titular dos serviços.

Na LDNSB a participação e o controle social foram trabalhados de forma tímida, já que o art. 9º apenas se satisfaz em prevê-los nos limites do conceito apresentado no art. 3º, inciso IV.

Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:

[...]

V - estabelecer mecanismos de controle social, nos termos do inciso IV do caput do art. 3º desta Lei;

Contudo, no Decreto regulamentador, a participação e o controle social foram contemplados, exigindo-se que, para elaborar os planos de saneamento básico, o titular deva observar “a cooperação das associações representativas e da ampla participação da população e de associações representativas de vários segmentos da sociedade” (art. 23, I).

Por conseguinte, no art. 23, §3º, foi dado cumprimento ao art. 200 da CF/1988, determinando que o SUS participe da formulação do planejamento por meio de seus

órgãos de direção e de controle social, criando assim a possibilidade de reforço do instituto.

Consequentemente, o Decreto nº 7217/2010 estabeleceu os meios pelos quais o controle social poderá ocorrer, quando do cumprimento da LDNSB, sendo eles:

- a) Debates e audiências públicas, que poderão ocorrer de forma regionalizada de modo a possibilitar o acesso a toda a população;
- b) Consultas públicas, promovidas de forma a possibilitar que qualquer pessoa, independente de interesse, possa oferecer críticas e sugestões à proposta do Poder Público;
- c) Conferências das cidades; ou
- d) Participação de órgãos colegiados de caráter consultivo na formulação da política de saneamento básico, bem como no seu planejamento e avaliação.

Apesar de o Decreto nº 7217/2010 ter mantido a previsão do caráter consultivo do órgão colegiado de controle social, foram previstas, em seu art. 34, duas normas de suma importância para o desenvolvimento das atividades dos órgãos colegiados, não incluídas na LDNSB, demonstrando uma tentativa de instrumentalizá-los para o exercício de uma função útil. São elas:

Art. 34. ...

[...]

§ 5º É assegurado aos órgãos colegiados de controle social o acesso a quaisquer documentos e informações produzidos por órgãos ou entidades de regulação ou de fiscalização, bem como a possibilidade de solicitar a elaboração de estudos com o objetivo de subsidiar a tomada de decisões, observado o disposto no § 1º do art. 33.

§ 6º Será vedado, a partir do exercício financeiro de 2014, acesso aos recursos federais ou aos geridos ou administrados por órgão ou entidade da União, quando destinados a serviços de saneamento básico, àqueles titulares de serviços públicos de saneamento básico que não instituïrem, por meio de legislação específica, o controle

social realizado por órgão colegiado, nos termos do inciso IV do caput.

A primeira norma diz respeito ao acesso a quaisquer documentos e informações produzidas pelas entidades de regulação ou de fiscalização e a possibilidade de exigir dessas entidades a elaboração de estudos para embasarem as próprias decisões do conselho.

Inicialmente a Lei deixou que fosse possível conjecturar que o condicionamento para o acesso aos recursos federais estaria apenas no nível de planejamento, ou seja, na existência de plano de saneamento. Contudo, conforme o trecho do normativo acima transcrito, foi exposto de forma clara que os titulares não receberão nenhum recurso oriundo da União, se também deixarem de instituir, por meio de lei específica, o órgão colegiado de controle social (art. 34, §6º do Decreto nº 7217/2010).

Esses dispositivos poderão auxiliar, conforme apontado no MC/SNSA (2011), o rompimento “das forças inerciais desencadeadas por décadas de processos verticais e pouco participativos”, decorrentes da centralização do poder decisório restrito a certas frações da classe dominante.

CASTRO (2011, p. 60) *apud* MC/SNSA (2011), ao tratar da participação social, também dispõe que “qualquer intenção de ampliação desse exercício”, prática substantiva dos direitos políticos, “tem enfrentado oposição férrea dos setores que tradicionalmente detêm o poder”, fato que, no contexto atual, está muito bem representado no setor de saneamento básico.

Os instrumentos para a participação e controle social foram previstos na LDNSB e no Decreto que a regulamentou, contudo a efetividade da democratização do setor ocorrerá em mais ou menos tempo, dependendo da organização e da persistência das forças sociais.

Ambos os normativos apontam a consulta e audiência pública como as principais formas de participação e controle social, ressaltando tais institutos em diversos dispositivos.

No caso da elaboração e revisão do plano, a LDNSB apresentou os seguintes preceitos:

Art. 19. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo:

[...]

§ 5º Será assegurada ampla divulgação das propostas dos planos de saneamento básico e dos estudos que as fundamentem, inclusive com a realização de audiências ou consultas públicas.

[...]

Art. 51. O processo de elaboração e revisão dos planos de saneamento básico deverá prever sua divulgação em conjunto com os estudos que os fundamentarem, o recebimento de sugestões e críticas por meio de consulta ou audiência pública e, quando previsto na legislação do titular, análise e opinião por órgão colegiado criado nos termos do art. 47 desta Lei.

Parágrafo único. A divulgação das propostas dos planos de saneamento básico e dos estudos que as fundamentarem dar-se-á por meio da disponibilização integral de seu teor a todos os interessados, inclusive por meio da internet e por audiência pública.

O Decreto nº 7217/2010 detalhou com mais perfeição o modo como deverão ocorrer a participação e o controle social na elaboração e na revisão dos planos de saneamento básico.

Em seus artigos 26 e 60, ficou determinado que as audiências e as consultas públicas não sejam realizadas apenas *pro forma*, pois elas deverão gerar algum tipo de eficácia. Assim, determinou-se ao Poder Público que deverá garantir a participação das comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil.

Art. 26. A elaboração e a revisão dos planos de saneamento básico deverão efetivar-se, de forma a garantir a ampla participação das comunidades, dos movimentos e das entidades da sociedade civil, por meio de procedimento que, no mínimo, deverá prever fases de:

I - divulgação, em conjunto com os estudos que os fundamentarem;

II - recebimento de sugestões e críticas por meio de consulta ou audiência pública; e

III - quando previsto na legislação do titular, análise e opinião por órgão colegiado criado nos termos do art. 47 da Lei no 11.445, de 2007.

Art. 60. Com fundamento nos estudos de diagnóstico, será elaborada proposta de PNSB, com ampla participação neste processo de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil organizada, [...]

Será objeto de audiências e consultas públicas a formalização de qualquer tipo de contrato que delegue a prestação dos serviços de saneamento básico, sendo que, se a delegação for para a iniciativa privada, o edital da licitação com todos os seus anexos passará por audiências e consultas públicas a fim de garantir a validade da contratação.

Pela análise da participação e do controle social nos normativos expostos acima, pode-se obter a errônea impressão de que esses institutos apenas serão possíveis para a política, o planejamento e a avaliação dos serviços de saneamento, não sendo aplicáveis à sua regulação.

Essa ideia é exposta inclusive no já citado documento do MC/SNSA (2011):

A participação e o controle social inserem-se no âmbito da gestão dos serviços de saneamento básico e relacionam-se ao desenvolvimento da democracia ocidental capitalista, na medida em que estão atrelados aos princípios da cidadania e da governança dos bens comuns. Participação e controle social representam a democratização da gestão dos serviços, processo que enfrenta, como um dos maiores desafios, a proposição de articulações interdisciplinares, em um campo cada vez mais complexo, tendo em vista a influência de fatores não apenas técnicos, mas também de caráter político, econômico e cultural (CASTRO, 2011b; JACOBI, 2004).

Contudo, foi explicitado de forma axiomática, no art. 11 da LDNSB, que o controle social também incidirá sobre a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, ao menos quando eles forem prestados por meio de contratos. O previsto no referido dispositivo foi integralmente reproduzido no art. 39 do Decreto nº 7.217/2010.

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

[...]

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

IV - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

§ 2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do caput deste artigo deverão prever:

V - mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços; (grifos nossos)

Se a entidade de regulação é um dos instrumentos de coação do prestador de serviços para que cumpra os planos de saneamento básico (parágrafo único do art. 20 da LDNSB) e assumido que o controle social atuará também nas avaliações da política e da execução do planejamento, é consectário que a participação e o controle social devam se desenvolver também no âmbito da regulação.

Por fim, é importante ressaltar que sem transparência, com a ausência de ideia da forma como o processo decisório se desenvolve e com a falta ou assimetria de informações, qualquer participação ou controle social é impraticável, por mais que os atores sociais estejam envolvidos.

Atualmente, o nível de organização e participação social já não permite que decisões que afetam a vida de empresas e cidadãos sejam tomadas sem permeabilidade às influências, às sugestões e até mesmo às pressões de todos dos setores envolvidos (PEDRO FARIAS, 2004).

Não por acaso, foram elencados como princípios fundamentais, tanto na LDNSB quanto no regulamento, a transparência, a institucionalização dos processos decisórios e o controle social:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

[...]

IX - transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados;

X - controle social; (LDNSB, 2007)

Para suprir a demanda por transparência e informações, a LDNSB instituiu o Sistema Nacional de Informações de Saneamento Básico – SINISA, cujo objetivo, além de outros, é:

Art. 53. Fica instituído o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico – SINISA, com os objetivos de:

III - permitir e facilitar o monitoramento e avaliação da eficiência e da eficácia da prestação dos serviços de saneamento básico.

Por sua vez o Decreto apresenta um pequeno, mas importante, rol de direito dos usuários e, dentre eles, estão os correspondentes ao acesso à informação e ao relatório periódico de qualidade dos serviços, possibilitando que, juntamente com o SINISA, possa haver um efetivo controle social:

Art. 36. São assegurados aos usuários de serviços públicos de saneamento básico, nos termos das normas legais, regulamentares e contratuais:

I - conhecimento dos seus direitos e deveres e das penalidades a que podem estar sujeitos; e

II - acesso:

a) a informações sobre os serviços prestados;

b) ao manual de prestação do serviço e de atendimento ao usuário, elaborado pelo prestador e aprovado pela respectiva entidade de regulação; e

c) ao relatório periódico sobre a qualidade da prestação dos serviços.

Conforme visto neste capítulo, o Saneamento Básico teve diversas formas de desenvolvimento durante o curso da história do país, sendo a principal delas foi um plano de regulação pelo investimento, centralizado no Governo Federal – PLANASA, pelo qual a União controlava a regulação dos serviços e atuava como concedente dos financiamentos. Na oportunidade, aos estados federados competia a criação das companhias estaduais de saneamento básico, cujo principal objetivo era ampliar a rede de fornecimento dos serviços de abastecimento de água e, em menor monta, de esgotamento sanitário.

Durante esse processo, os municípios, apesar de serem os titulares originários dos serviços, foram alijados de todo o procedimento e ingressaram na sistemática do PLANASA para apenas conceder os serviços sem a possibilidade de exercer qualquer papel para a melhoria deles.

A Constituição Federal de 1988 foi resultado do movimento de redemocratização do país, culminando pela garantia da participação e do controle social em diversos setores, em especial os de cunho cultural e social, como maneira de fortalecer o nascente Estado Democrático de Direito.

A LDNSB veio após anos de debate e de uma lacuna regulatória de mais de duas décadas. Após diversos projetos de lei que tramitaram no Congresso Nacional por mais de 15 anos, a atual lei de diretrizes foi o resultado de um “consenso possível”, que demonstrou em seu texto os embates travados nos bastidores de sua construção, com o esvaziamento dos direitos mínimos dos usuários e de um sistema de controle social mais robusto.

Preenchendo uma incerteza institucional do setor que perdurou por diversos anos, o planejamento, a regulação e a prestação dos serviços de saneamento, conforme previstos na LDNSB, devem estar alinhados com as pretensões e as necessidades das populações locais (NETO, 2011).

Os embates podem ter sido a causa da demora de mais de três anos para a regulamentação da LDNSB. O Decreto nº 7.217/2010 aprimorou as ferramentas passíveis de utilização para a participação e o controle social, reafirmando a necessidade dessas instâncias para a elaboração dos planos, atuação da regulação e fiscalização e também para a obtenção de recursos federais.

A participação e o controle social na definição dos caminhos a serem seguidos, pela atual Lei de Saneamento, na verificação e no apoio para sua implantação, além de serem os primados do fortalecimento da cidadania e do incremento da legitimidade das decisões tomadas pelo poder público com vistas a uma melhor governança, são também determinantes para o sucesso da regulação do setor (JOURAVLEV, 2007).

Essa regulação foi outro avanço trazido na LDNSB, mas que necessita de tempo para a implementação e atuação conforme se exige para a modelagem institucional proposta na lei. Contudo, esse tempo poderá ser substancialmente reduzido com a atuação da participação e do controle social também no âmbito regulatório.

CAPÍTULO III

O PAPEL DAS ENTIDADES REGULADORAS NA LEI Nº 11.445/2007

3.1. Evolução da Intervenção do Estado Brasileiro

No Brasil, a partir de meados da década de 1990, chegava-se ao fim da era de intervenção massiva do Estado na economia.

Nas últimas décadas o processo de crescimento estatal para o fornecimento de bens e serviços se inverteu em todo o mundo e foi iniciada uma onda de privatizações que se apoiaram, em maior ou menor monta, na existência de entidades e órgãos independentes que regulavam determinados setores da economia (ARAGÃO, 2000).

A justificativa para esse novo fluxo foi o crescimento distorcido do Estado, que, no processo de globalização, “entrou em crise e se transformou na principal causa da redução das taxas de crescimento econômico, da elevação das taxas de desemprego e do aumento da taxa de inflação que, desde então, ocorreram em todo o mundo” (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 7).

De forma tardia e peculiar, no Brasil foram desenvolvidas teorias jurídicas para acompanhar as mudanças dos cenários internacional e nacional, colocando a desestatização de diversas empresas de âmbito federal como solução das mazelas da má administração pública.

O processo brasileiro de privatizações se iniciou de forma inversa àquela ocorrida no restante do globo, pois não se valeu da existência prévia de entidades e órgãos de regulação, os quais só foram criados após a privatização de diversos setores, tais como: telefonia, energia elétrica e petróleo.

Ainda que tardias, as Agências Reguladoras brasileiras vieram como uma solução para a incapacidade do Estado de manter o padrão regulatório utilizado nos anos anteriores. ARAGÃO (2000) ensina que a especialização dessas entidades representou uma solução para tentar minimizar o déficit do Estado frente à “emergente realidade socioeconômica multifacetária” com a qual o país se deparou.

Conforme analisa FILHO (2002), a interpretação original da Ordem Econômica contida na Constituição da República de 1988 e a diferenciação entre os conceitos de serviço público e de atividade econômica (sentido estrito) relacionam-se com uma concepção providencialista, que presume a existência de distinção absoluta entre os dois conceitos.

No entanto, os modelos de interpretação jurídica e de concepções doutrinárias da ordem econômica contidos na carta maior foram ultrapassados pela dinâmica dos fatos. Desse modo, os processos de privatização e de reforma do Estado brasileiro não foram acompanhados pelo desenvolvimento de soluções jurídicas para a etapa posterior. (FILHO, 2002)

O Direito, na qualidade de ramo do conhecimento que trabalha com o regramento das ações sociais, necessita compreender e explicar esses novos movimentos do Estado. As agências independentes são uma aproximação entre o direito e a economia que transformaram o Direito Público para que esse consiga aceitar a multiplicidade de fontes normativas (ARAGÃO, 2000).

Em decorrência da necessidade de estabilidade econômica, o bastante para atrair investimentos de capitais estrangeiros em diversos setores da economia (em especial os de infraestrutura), inspiradas no sistema norte-americano foram criadas as Agências Reguladoras, no intuito de regularem os serviços públicos de competência da União, afastando do marco regulatório as intempéries político-partidárias (FILHO, 2002).

No Brasil levou-se quase uma década para que a doutrina pátria conseguisse entender e explicar a reinvenção da administração pública quando da transformação do sistema burocrático interventivo direto para um modelo gerencialista (FILHO, 2002).

A coordenação do sistema econômico no capitalismo está dividida entre o mercado e o Estado e, sempre que surge alguma crise, é desencadeada por falha de alguns desses agentes: a *“Grande Depressão dos anos 30 decorreu do mau funcionamento do mercado, a Grande Crise dos anos 80, do colapso do Estado Social do século vinte”* (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 9).

Para BRESSER PEREIRA (1997), a crise brasileira da década de 80, que se arrastaria por quase toda a década de 90, é uma crise do Estado oriunda do desajuste

fiscal que esgota a conduta intervencionista, tornando premente a agenda de reformulação do Estado.

Continua o autor expondo que essa reformulação estaria de acordo com as diretrizes emanadas de organismos internacionais, os quais dispunham que o Estado deveria diminuir sua ação intervencionista, voltando-se para aquelas que lhe são específicas.

Desse modo, para BRESSER PEREIRA (1997, p. 18), os componentes básicos para a reforma do Estado são quatro:

(a) A delimitação das funções do Estado, reduzindo seu tamanho em termos principalmente de pessoal através de programas de privatização, terceirização e publicização (este último processo implicando a transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos que hoje o Estado presta);

(b) A redução do grau de interferência do Estado ao efetivamente necessário através de programas de desregulação que aumentem o recurso aos mecanismos de controle via mercado, transformando o Estado em um promotor da capacidade de competição do país a nível internacional ao invés de protetor da economia nacional contra a competição internacional;

(c) O aumento da governança do Estado, ou seja, da sua capacidade de tornar efetivas as decisões do governo, através do ajuste fiscal, que devolve autonomia financeira ao Estado, da reforma administrativa rumo a uma administração pública gerencial (ao invés de burocrática), e a separação, dentro do Estado, ao nível das atividades exclusivas de Estado, entre a formulação de políticas públicas e a sua execução; e, finalmente,

(d) O aumento da governabilidade, ou seja, do poder do governo, graças à existência de instituições políticas que garantam uma melhor intermediação de interesses e tornem mais legítimos e democráticos os governos, aperfeiçoando a democracia representativa e abrindo espaço para o controle social ou democracia direta.

Na redefinição das atividades exclusivas de Estado, BRESSER PEREIRA (1997, p. 24) coloca as Agências Reguladoras abaixo do núcleo estratégico e em correlação com as secretarias formuladoras de políticas públicas e as agências executivas.

Dentre as atividades do Estado, a intervenção sobre o domínio econômico sempre estará presente. O que muda com a reforma proposta por Bresser Pereira é que o país deixaria de atuar com tanta preponderância como um dos agentes econômicos de desenvolvimento direto, e passaria a atuar de forma indireta, ou seja, no planejamento, na regulação, no fomento e na fiscalização (BARROSO, 2006).

As agências brasileiras foram inspiradas nas comissões independentes dos Estados Unidos, país cuja doutrina jurídica se baseou nos seguintes elementos (DI PIETRO, 2005, p. 4):

- a) A ideia de especialização, que foi a grande inspiradora do modelo, diante do crescimento do Estado e da complexidade das novas funções por ele assumidas;*
- b) A ideia de neutralidade em relação aos assuntos políticos, garantida pela estabilidade outorgada aos seus dirigentes;*
- c) A ideia de discricionariedade técnica, que era uma decorrência da especialização; por outras palavras, os assuntos técnicos, por envolverem conhecimentos especializados, eram de competência das agências, ficando livres de controle jurisdicional.*

A criação de um poder neutro do ponto de vista das tendências políticas, utilizada originariamente na teoria jurídica americana, foi trabalhada por ARAGÃO (2006) como a teoria dos poderes neutrais. Esses poderes neutrais são utilizados pelo Estado, a partir de seus órgãos autônomos, para assegurar o controle e o equilíbrio das relações originárias dos titulares dos cargos eletivos, com vistas a preservar os interesses maiores da coletividade.

Nesse sentido, PLÍNIO *apud* ARAGÃO (2006, p. 18) explica:

uma das razões para o surgimento de autoridades independentes de regulação da economia é “a crise de legitimação que caiu sobre o controle político da economia por parte dos partidos políticos; a subtração de frações do poder do vértice da administração de

derivação política, e a sua atribuição a estruturas dotadas de elevada competência técnica e de independência, tem o sentido de tornar mais neutra e técnica a decisão administrativa.

Os mesmos argumentos utilizados na teoria jurídica americana para legitimar as entidades reguladoras independentes foram utilizados no Brasil, sem, contudo, haver a transposição integral da teoria que as legitimou e da amplitude dos poderes normativos que lá possuem (ANDRADE, 2006).

A moderna regulação iniciada no Brasil com a criação das primeiras Agências Reguladoras as dotou de natureza jurídica de autarquia em regime especial, o que lhes confere autonomia para o exercício isonômico de suas competências: 1) autonomia administrativa, que, pela inexistência de recurso hierárquico, garante a independência técnica; 2) a autonomia financeira, com a instituição legal de receitas e rubricas próprias; 3) autonomia normativa (NETO, 2011).

GOMES (2006), tomando por base o trabalho desenvolvido por NETO (2000), também desenvolve o tema sobre a autonomia das Agências Reguladoras, afirmando que, sem o insulamento dessas entidades, elas seriam apenas outros novos órgãos na estrutura hierárquica do Estado, e que, para o exercício de suas funções, é necessário:

(a) A independência política dos gestores, que decorre da nomeação de agentes administrativos para o exercício de mandatos a termo, o que lhes garante estabilidade nos cargos necessária para que executem, sem ingerência política do Executivo, a política estabelecida pelo Legislativo para o setor;

(b) A independência técnica decisional, que assegura a atuação apolítica da agência, em que deve predominar emprego da discricionariiedade técnica e da negociação sobre a discricionariiedade político-administrativa;

(c) A independência normativa, um instituto renovador, que já se impõe como instrumento necessário para que a regulação dos serviços públicos se desloque dos debates político-partidários gerais para se concentrarem na agência;

(d) A independência gerencial, financeira e orçamentária, que completa o quadro que se precisa para garantir as condições internas

de atuação da entidade com autonomia na gestão de seus próprios meios.

Garantida a possibilidade de a entidade de regulação possuir autonomia técnica e administrativa conforme tratado acima, faz-se necessário definir quais seriam suas competências básicas, que, para NETO (2011), são:

(i) Normativa, correspondente à capacidade de emitir comandos gerais e abstratos, em conformidade com a lei, mas independentemente do poder regulamentar atribuído ao chefe do Poder Executivo;

(ii) Adjudicatória, consistente na prerrogativa de emissão de atos concretos voltados a admitir a integração de atores econômicos no setor regulado (v.g., licenças, autorizações, concessões, permissões) e para conferir-lhes direitos específicos (como na regulação tarifária, quando existente);

(iii) Fiscalizatória, para monitorar a ação dos particulares e exigir-lhes atuação conforme a ordenação do setor;

(iv) Sancionatória, para reprimir condutas que discrepem dos padrões estabelecidos e coibir falhas de mercado ou violações aos direitos dos consumidores dos bens ou serviços regulados;

(v) Arbitral, para dirimir conflitos entre regulados, sem prejuízo da inafastabilidade da apreciação judicial; e

(vi) De recomendação, traduzida no “poder-dever” de subsidiar, orientar e informar ao poder político as necessidades de formulação ou reformulação nas políticas públicas setoriais.

E continua o autor justificando que o exercício da regulação deve envolver alta especialização, de modo a: (i) permitir maior eficácia de suas decisões; (ii) impedir decisões que, por desconhecimento das peculiaridades do setor, levem à sua desorganização; (iii) reduzir o déficit informacional entre o ente público e o agente privado, permitindo que a interlocução entre eles não seja passível de manipulação pelo mercado.

No exercício da competência normativa, é importante ressaltar que as Agências Reguladoras brasileiras, diferentemente do que ocorre no direito americano, não possuem delegação legislativa, mas tão somente competência para expedirem regulamentos complementares. Desse modo, não é lícito interpretar que da regulamentação expedida pela Agência Reguladora se possa impor aos usuários obrigações que não estejam originariamente previstas em lei (ANDRADE, 2006).

Pela teoria jurídica americana, elaborada a partir de decisão da Suprema Corte, delimita-se a atuação normativa daquelas agências a partir de três premissas (DI PIETRO, 2006, p. 4):

[...] a justificativa para a delegação de função normativa às agências baseou-se em verdadeiro tripé construído pela Corte Suprema:

a) A lei delega essa função à agência, mas o faz limitadamente, na medida em que os regulamentos por elas baixados devem obediência aos conceitos indeterminados contidos na lei; quer dizer que se adotou o sistema da chamada lei-quadro; os regulamentos baixados pelas agências são obrigatórios, têm força de lei e podem inovar na ordem jurídica; mas têm que sujeitar-se aos standards, diretrizes, princípios, contidos na lei; daí falar-se em função quase legislativa;

b) Para dar legitimidade a essa função, instituiu-se um procedimento a ser obrigatoriamente observado, seja nas decisões dos casos concretos, seja na elaboração dos regulamentos; e esse procedimento exige obrigatoriamente a participação dos interessados, em maior ou menor escala, nas várias fases de elaboração da norma, com obrigatoriedade de divulgação dos projetos, realização de audiências públicas, recebimento de sugestões, obrigatoriedade de motivação quanto à aceitação ou não dessas sugestões pela agência; vale dizer, impôs-se o devido processo legal, em sua feição adjetiva, para elaboração dos regulamentos pelas agências;

c) Para aperfeiçoar o controle judicial, construiu-se a doutrina do devido processo legal asubstantivo, que permite ao Judiciário examinar, além da observância do procedimento pela agência, também a razoabilidade de suas decisões diante dos conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei; quer dizer que a evolução do princípio do devido processo legal deu-se no sentido de tornar cada vez mais rigoroso o formalismo do procedimento, com exigências feitas pela Corte Suprema quanto à motivação, à racionalidade das decisões diante dos dados colhidos pelas agências, à relação custo benefício das medidas e normas adotadas.

Cumprе ressaltar que a atuação da Agência Reguladora na sua principal atividade – função normativa – gera na doutrina pátria alguns confrontos, em especial

pelo distanciamento jurídico que existe entre os sistemas americano e brasileiro sobre o princípio da legalidade.

Contudo, a principal linha de defesa utilizada pelos defensores da manutenção dessas entidades de regulação está na nova dinâmica social que deixa o Poder Legislativo atônito e o Poder Judiciário paralisado perante as frenéticas mudanças comportamentais, o surgimento de novas tecnologias e a crescente adesão a elas.

ARAGÃO (2000, p. 278) expõe sobre o poder normativo das agências:

[...] o poder normativo das Agências Reguladoras, com seu dinamismo, independência, especialização técnica e valorização das soluções consensuais, deve ser valorizado como um importante instrumento de intercomunicação do sistema jurídico com os demais subsistemas sociais envolventes (econômico, familiar, cultural, científico, religioso etc.)

Por mais que haja motivos para a especialização da nova atuação administrativa regulatória, é necessário compreender que as Agências Reguladoras trabalham em tensão com alguns temas, sendo eles, segundo BINENBOJM (2006):

- (I) A tensão com o princípio da legalidade, decorrente da adoção por diversas agências da tese da deslegalização e da banalização da edição de atos normativos;*
- (II) A tensão com o sistema de separação de poderes e de freios e contrapesos, decorrente da fragilidade dos mecanismos políticos de controle do Presidente e do Congresso, e da timidez do próprio Judiciário no controle político;*
- (III) A tensão com o regime democrático, especialmente em decorrência da não sujeição dos administradores aos procedimentos de accountability eleitoral e da circunstância de estarem investidos em mandatos a termo, que ultrapassam os limites dos mandatos dos agentes políticos eleitos.*

Representando esses temas importante contribuição para a concretização do intuito normativo das Agências Reguladoras, elas devem traçar os limites de sua atuação e de sua estrutura regulatória atendendo a determinados princípios, que se

tornam instrumentos de compatibilização da função delas frente à delimitação de sua performance de controle e legitimação de seu procedimento.

Nesse contexto nacional e jurídico é que foram previstas, na LDNSB, as entidades de regulação para o saneamento básico, cuja missão é trabalhar no sentido de aprimorar um setor em que se imiscuem o interesse mercadológico e o de serviço público essencial para a salubridade ambiental e para a saúde humana.

Os desafios para essas novas figuras jurídicas no setor de saneamento básico são enormes, porque:

- I) Primeiro: o setor está estagnado, doutrinária e tecnicamente, há mais de vinte anos;
- II) Segundo: as grandes empresas estatais consolidadas no setor há mais de vinte anos, as denominadas CESB, não encontram na regulação um porto seguro, pois passam a ter de prestar contas dos investimentos e ações, perdem a possibilidade de ganho arbitrário de receitas em decorrência da imposição do planejamento e da garantia do interesse público primário;
- III) Terceiro: apesar de os princípios balizadores para essas novas entidades de regulação estarem bem encaminhados pelas Agências Reguladoras que as precederam, o núcleo de titularidade dessas agências as coloca em posição de fácil captura; e,
- IV) Finalmente: para que as novas entidades de regulação consigam atender ao princípio da tecnicidade é necessário tempo de qualificação e investimento em capital humano, o que onera ainda mais o cidadão, que está mais preocupado com o pronto atendimento de seus interesses.
- V) No exercício da função normativa, as Agências geram tensão com o regime jurídico anterior: tensão com o princípio da legalidade, com o sistema de separação de poderes e com o regime democrático;
- VI) Para contrabalancear as tensões: a agência só pode expedir atos normativos dentro dos standards legais, as decisões sobre os casos concretos não afastam a tutela jurisdicional, e em todas as fases do processo normativo e dos demais atos da regulação deve haver a possibilidade de participação e de controle social.

3.2. As Entidades Reguladoras na Lei nº 11.445/2007

Na seção anterior foi verificado que a teoria jurídica e as necessidades fáticas utilizadas como mecanismos de legitimação para a criação das Agências Reguladoras brasileiras descendem diretamente das comissões de regulação independentes, presentes no modelo administrativo americano.

Tal modelo privilegia a técnica sobre a política, o que diminui a incidência, tanto das ingerências partidárias, quanto da diversidade da participação política da população atingida e de outros interessados.

Para a LDNSB (Lei nº 11.445/2007) foi proposto um modelo regulatório interessante diante da realidade do saneamento no Brasil e dos titulares desses serviços públicos. O referido marco legal permitiu a existência não de um, mas de alguns modelos de entidades regulatórias que podem ser utilizados pelos titulares dos serviços de acordo com a conveniência e oportunidade de cada um.

São as possibilidades de modelos da entidade de regulação: a) entidade criada pelo titular; b) entidade criada por ação interfederativa de titulares (consórcio público); c) entidade criada por estado federativo que recebeu parcial ou integralmente a delegação do titular (Agências Reguladoras estaduais).

A partir da LDNSB, estão sendo criadas diversas Agências Reguladoras dos serviços de saneamento básico. Em pesquisa realizada pela ABAR (Associação Brasileira de Agências Reguladoras) em 2013, constatou-se no Brasil o aumento da regulação do setor, que ainda é muito incipiente:

O universo de Agências Reguladoras, com competência legal para atuação no setor de saneamento básico no país, é estimado em 50, conforme levantamento realizado na internet (Figura 1), sendo 24 de abrangência estadual, 1 distrital, 22 municipais e 3 consorciadas. Não obstante o total de agências existentes ser quase o dobro dos participantes da pesquisa, comparativamente aos dados apresentados neste trabalho, estima-se que as 27 entidades pesquisadas – 16 de abrangência estadual, 1 distrital, 7 municipais e 3 consorciadas – regulam cerca de 95% das delegações no país, o que demonstra a representatividade da pesquisa Regulação 2013. Ressalte-se que este

percentual é função de algumas agências listadas na figura a seguir terem sido apenas instituídas legalmente (ABAR, 2013).

A simples previsão legal de a entidade de regulação poder ser criada pelo próprio titular é, na verdade, um problema, quando levada em consideração a incapacidade técnica e financeira dos municípios para arcar com entidades de regulação próprias (GALVÃO JÚNIOR *et al.*, 2008).

Os autores citados acima concluíram que, “aplicada uma taxa de regulação de 3% do faturamento das concessionárias, a regulação por agência é viável em somente 65 dos 2.523 municípios, cerca de 3% da amostra pesquisada”.

A alternativa para resolver essa situação será a adoção por parte dos municípios da delegação da função de regulação e de fiscalização para as Agências Reguladoras estaduais, ou mesmo a criação de consórcio, solução adotada em diversos deles, conforme aponta a pesquisa ABAR (2013):

“...92,5% das delegações são reguladas por Agências estaduais, com destaque para a ARSAE (MG), abrangendo 628 (seiscentos e vinte e oito) municípios do Estado de Minas Gerais, seguidos da AGERSA (BA) com 364 (trezentos e sessenta e quatro), ARSESP (SP) com 268 (duzentos e sessenta e oito) e AGERGS (RS) com 246 (duzentos e quarenta e seis) delegações reguladas, abrangendo coincidentemente os Estados brasileiros que possuem o maior número de municípios.”

A LDNSB traz a expressão “entidade de regulação” para definir “quem”, ou seja, a pessoa jurídica de direito público escolhida pelo titular dos serviços para o exercício da função de regulação.

No entanto, o Decreto que regulamentou a LDNSB, Decreto nº 7.217/2010, apresentou a definição de “entidade de regulação”:

Art. 2º Para os fins deste Decreto, consideram-se:

[...]

IV - Entidade de regulação: entidade reguladora ou regulador: Agência Reguladora, consórcio público de regulação, autoridade regulatória, ente regulador, ou qualquer outro órgão ou entidade de direito público que possua competências próprias de natureza

regulatória, independência decisória e não acumule funções de prestador dos serviços regulados;

[...]

Art. 31. As atividades administrativas de regulação, inclusive organização, e de fiscalização dos serviços de saneamento básico poderão ser executadas pelo titular:

I - Diretamente, mediante órgão ou entidade de sua administração direta ou indireta, inclusive consórcio público do qual participe; ou

II - Mediante delegação, por meio de convênio de cooperação, a órgão ou entidade de outro ente da Federação ou a consórcio público do qual não participe, instituído para gestão associada de serviços públicos.

A definição disposta no Decreto, no sentido de expandir o espectro de possibilidades, incorreu em erro ao prever que a entidade de regulação possa ser um órgão da administração.

Sobre o tema ponderou ARAÚJO (2007, p. 9), no seguinte sentido:

Ao contrário do que pareça, órgão regulador não é sinônimo de Agência Reguladora, ou vice-versa. A agência é autarquia submetida, pela lei, a um regime especial, possuindo autonomias funcional e organizacional, assim como competência regulatória, que pode ser condensada nas seguintes funções: (1) executiva, que se traduz na fiscalização das ações dos agentes regulados e aplicação de sanções pelo descumprimento de regramentos legais; (2) decisória, que significa a resolução de conflitos, em sede administrativa, entre Poder Concedente – quando não for a própria agência que desempenhe esta atribuição –, delegatários e usuários ou, ainda, entre consumidores e sociedades empresárias exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito; e (3) normativa, que permite que a autarquia em regime especial edite atos normativos, de cunho técnico, para disciplinar o setor regulado. Por outro lado, o órgão regulador não deterá, ao mesmo tempo, todas as características distintivas das Agências Reguladoras, pois possuirá ora autonomias funcional e organizacional ora competência regulatória.

Órgão administrativo é apenas uma subunidade de uma pessoa jurídica de direito público e a ela se subordina, não tendo, portanto, condições de agir com os princípios de autonomia e de independência decisória exigidos na LDNSB.

No ordenamento jurídico pátrio deve-se distinguir a subordinação da vinculação, pois daquela decorre o poder hierárquico. Para DI PIETRO (2004), é a partir desse poder instrumental administrativo que o superior hierárquico pode:

- I) Ordenar, verbalmente ou por meio de atos normativos internos, a atuação dos órgãos que a ele se subordinam;
- II) Controlar as ações de seus subordinados, verificando a legalidade e a conveniência de suas ações, revogando os atos inconvenientes, anulando os ilegais e convalidando os atos eivados de vícios sanáveis;
- III) Aplicar sanções àqueles que cometerem infrações disciplinares;
- IV) Avocar atribuições de seus subordinados; e,
- V) Delegar suas atribuições, desde que não privativas.

A inovação contida no decreto que, em tese, admitiu que se considere entidade de regulação órgão da administração direta, poderia ser muito bem vinda para os pequenos municípios que prestam os serviços de saneamento básico através de sua administração direta e sob a hierarquia direta do chefe do Poder Executivo municipal, se não fosse o princípio da independência decisória.

No entanto, o referido princípio é incompatível com a estrutura de regulação/prestação dos serviços, uma vez que, a partir dele, o chefe do Poder Executivo deveria se submeter aos comandos emanados do regulador, mesmo que esse órgão lhe seja hierarquicamente inferior, contrariando assim o Poder Hierárquico da Administração Pública.

Independentemente do modelo a ser adotado pelo titular dos serviços, tanto a LDNSB quanto o Decreto que a regulamentou são assentes em determinar que as entidades reguladoras devam observar alguns princípios quando de sua atuação.

A entidade incumbida da função de regulação deverá observar os princípios contidos no art. 21 da LDNSB, quais sejam:

Art. 21. ...

I - Independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora;

II - Transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.

A independência decisória, consubstanciada na capacidade de insulamento da entidade, deve abranger as três esferas administrativas da agência, para que ela tenha recursos próprios, não dependendo de vontade política para consegui-los, e tenha condição de realizar a contratação de pessoal de acordo com seus interesses, sem necessidade de aprovação pelo executivo.

Além desses princípios, é costumeiro no Brasil que o quadro máximo da entidade reguladora tenha mandado fixo, de modo a evitar a demissão *ad nutum* por parte do Executivo Federal, o que geralmente ocorre se os interesses desse, quando não coincidentes com os interesses públicos primários, são rechaçados pelo regulador.

Enquanto o inciso “I” do art. 21 das LDNSB estabelece um rol de prerrogativas para a entidade de regulação que garante estabilidade para o exercício das competências da entidade, o inciso “II” estabelece um rol de obrigações a que a agência deverá obedecer quanto do exercício dessa competência.

A transparência é a força motriz que abre a possibilidade para a participação e o controle social. Se os interessados não sabem o que acontece no âmbito do agente de regulação, se eles não fazem ideia da motivação para que o regulador tenha tomado uma decisão em vez de um sem número de outras alternativas possíveis sobre o mesmo tema, é impossível haver qualquer avanço na área da regulação (CARCUTE e NETO, 2004).

A transparência, por muitos anos, ficou adstrita ao âmbito dos discursos, enquanto a sociedade brasileira começava a vivenciar a redemocratização do Estado e o verdadeiro papel da cidadania (CARCUTE e NETO, 2004).

O reflexo disto é que apenas em 18 de novembro de 2011 foi promulgada a Lei nº 12.527, conhecida como a Lei da Transparência, cuja missão foi estabelecer os procedimentos a serem observados pela União, estados, Distrito Federal e municípios com o fim de garantir o acesso às informações, da forma prevista no texto constitucional.

Antes da referida Lei, o cidadão tinha acesso a mecanismos que garantiam as informações de seu interesse pessoal, materializados no mandado de injunção, no mandado de segurança, no direito à petição, dentre outros, contudo em todos os casos era necessário que fosse comprovado o interesse do requisitante.

A evolução trazida pela Lei nº 12.527/2011 foi reconhecer que o cidadão é a finalidade última do Estado, não o inverso, e, ante essa mudança de paradigma, qualquer cidadão, independente de demonstração de qualquer interesse, é parte legítima para requerer informações do Estado.

Contudo, nem todas as informações são livres ao acesso, permanecendo algumas submetidas temporariamente à restrição de acesso público em razão da imprescindibilidade do sigilo para a segurança da sociedade e do Estado.

A caracterização como informação sigilosa, nos termos da Lei nº 12.527/2011, depende de prévia classificação (reservada, secreta ou ultra-secreta) e de motivação das autoridades especificadas no texto legal. Afasta-se, desse modo, a simples e genérica definição de interesse maior ou público para garantir a desinformação da população.

No âmbito regulatório, em especial na regulação do setor de saneamento básico, dificilmente haverá muitos casos em que seja necessária a classificação da informação como sigilosa, principalmente porque a Lei nº 12.527/2011 traz um rol taxativo das hipóteses de sigilo:

Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:

I - Pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;

II - Prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;

III - Pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;

IV - Oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;

V - Prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;

VI - Prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;

VII - Pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou

VIII - Comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

Em relação à questão da transparência, temos ainda a motivação do ato administrativo, que deverá constar em todos os atos decisórios que compõem o processo administrativo que estabelecer os regulamentos aplicáveis ao setor.

A motivação do ato administrativo está tratada na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. No entanto, essa lei serviu de parâmetro para diversas outras leis regionais e locais que regulam a matéria no âmbito dos estados federados e dos municípios.

A motivação de um ato administrativo é a indicação do fato que levou a uma determinada decisão, subsumindo a questão fática com a previsão legal que autorize a autoridade competente a tomar a decisão.

No art. 50 do diploma legal há um rol dos atos administrativo que obrigatoriamente devem ser motivados.

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

[...]

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

[...]

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

É nesse sentido que a LDNSB traz diversas regras determinando que seja dado amplo acesso ao cidadão das informações pertinentes, tal como é verificado nos seus artigos 26 e 27, competindo inclusive ao regulador a edição de normas que determinem os mecanismos de participação social e de informação aos cidadãos (art. 23, X da LDNSB).

A transparência é um mecanismo que os interessados possuem, no processo regulatório, cuja função está intrinsecamente atrelada à tecnicidade e aos processos decisórios institucionalizados (FREITAS, 2009).

No modelo regulatório escolhido há delegação, para as Agências Reguladoras, da competência normativa com o intuito de permitir, quando da criação de normas, que o regulador tome decisões que contemplem os detalhes e as peculiaridades do setor, bem como tenha condições de saber quais informações são relevantes para a população e os demais interessados, baseando-se no conhecimento técnico especializado que o agente deve possuir (NETO, 2011).

A partir dos princípios orientadores da atuação das entidades de regulação do setor de saneamento básico, competirá às Agências Reguladoras o cumprimento dos objetivos elencados na LDNSB:

Art. 22. São objetivos da regulação:

I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação dos serviços e para a satisfação dos usuários;

II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas;

III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do sistema nacional de defesa da concorrência;

IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos como a modicidade tarifária, mediante mecanismos que induzam a eficiência e eficácia dos serviços e que permitam a apropriação social dos ganhos de produtividade.

Ponto interessante é o fato de a regulação não ter sido incluída no conceito de fiscalização no Decreto nº 7.217/2010 (art. 2º), por maior perplexidade que tal fato possa originar:

II - regulação: todo e qualquer ato que discipline ou organize determinado serviço público, incluindo suas características, padrões de qualidade, impacto socioambiental, direitos e obrigações dos usuários e dos responsáveis por sua oferta ou prestação e fixação e revisão do valor de tarifas e outros preços públicos, para atingir os objetivos do art. 27;

III - fiscalização: atividades de acompanhamento, monitoramento, controle ou avaliação, no sentido de garantir o cumprimento de normas e regulamentos editados pelo poder público e a utilização, efetiva ou potencial, do serviço público;

Tal segregação também é verificada em outros pontos tanto da LDNSB quanto do Decreto que a regulamentou, como nos art. 8º e no parágrafo 3º do art. 26.

Contudo, como deve ocorrer em alguns casos, em especial quando a prestação dos serviços se dará de forma indireta, a mesma entidade que exercer a função de regulação também deve ter a seu cargo a de fiscalização, como se depreende da interpretação sistemática dos art. 11, III; art. 12, §2º, X e art. 14 e 15, todos da LDNSB.

As entidades de regulação dos serviços de saneamento básico, principalmente quando atuam nas funções de regulação e de fiscalização conjuntamente, adquiriram grande importância, pois têm, nos termos da LDNSB, entre outras, as seguintes responsabilidades:

- I) Validade do contrato que delegar a prestação dos serviços (art. 11);

- II) Validade do contrato celebrado entre prestadores de serviços, quando exercerem atividades interdependentes (art. 12);
- III) Verificação do cumprimento do plano de saneamento (art. 19, parágrafo único);
- IV) Edição de normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços (art. 23);
- V) Fiscalização dos serviços prestados nos termos da lei, dos regulamentos e dos contratos celebrados (art. 23, VII);
- VI) Recepção e manifestação conclusiva sobre as reclamações que, a juízo do interessado, não tenham sido suficientemente atendidas pelos prestadores dos serviços (art. 23, §3º);
- VII) Publicidade dos relatórios, estudos, decisões e instrumentos equivalentes que se refiram à regulação ou à fiscalização dos serviços, bem como dos direitos e deveres dos usuários e prestadores (art. 26);
- VIII) Fixação das tarifas, bem como revisões e reajustes tarifários, no sentido de manter a sustentabilidade econômica e financeira dos serviços (art. 38 e 39).

Para o exercício dessas atividades, as entidades de regulação devem se submeter à participação e ao controle social.

O controle social é princípio fundamental da LDNSB, conforme já foi explicitado no capítulo 2, e não é crível dizer que, por falta de disposição legal expressa, as entidades de regulação não necessitem se submeter ao crivo do controle dos cidadãos.

Já foi aqui esclarecido que é condição de validade de contratos de delegação dos serviços a existência prévia da entidade de regulação, contudo também é condição de validade desses mesmos contratos a existência de mecanismos de controle social nas atividades de regulação e de fiscalização dos serviços. Assim dispõe a LDNSB sobre o tema:

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

§ 2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do caput deste artigo deverão prever:

V - mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços;

A opção adotada na LDNSB de que a regulação do setor de saneamento básico ocorra por meio de entidade reguladora, inspirada nas comissões de regulação independentes do modelo americano, foi um acerto no sentido de permitir que o setor se desenvolva por meio de outro modelo, agora descentralizado, pautado no planejamento e na regulação econômica e de qualidade.

Conforme apontado por MARQUES (2005) *apud* GALVÃO JÚNIOR *et al.* (2008), a regulação econômica “*tem como principal objetivo a maximização do bem-estar social, induzindo os operadores a um nível de produção desejável de forma a alcançar resultados ótimos quanto aos preços praticados, quantidades produzidas e padrões de qualidade oferecidos*”, em especial em um ambiente de monopólio natural.

Os titulares dos serviços públicos, em regra os municípios, podem escolher entre três modelos para a regulação dos serviços: a) criar entidade em sua administração indireta; b) participar de consórcio público; c) delegar essas atividades, parcial ou totalmente, para entidade de outro ente federado nos limites territoriais do estado.

Diante dos custos necessários para que o titular crie um regulador municipal, a solução encontrada por grande parte dos municípios dos estados de Minas Gerais, Bahia, São Paulo e Rio Grande do Sul tem sido a delegação dos serviços para as respectivas Agências Reguladoras estaduais.

Outra possibilidade é a agremiação dos municípios em Agências Reguladoras intermunicipais, criadas mediante celebração de consórcio público, que é o caso da Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento, cujas atividades se desenvolvem no estado de Santa Catarina, e que possui hoje mais de 150 entes consorciados (fonte: www.aris.sc.gov.br).

A delegação dos serviços como modelo de regulação pode apontar para o eventual distanciamento entre o agente regulador e os usuários dos diversos municípios envolvidos, o que torna ainda mais necessária a existência de mecanismos de

participação e de controle social na regulação e na fiscalização dos serviços de saneamento básico.

Independentemente da escolha pelo titular dos serviços quanto à estrutura institucional em que se dará a regulação, a transparência deve ser o foco do agente regulador, uma vez que ela é pré-requisito para a participação e para o controle social.

É nesse sentido que o próximo capítulo deste trabalho tentará verificar o alcance da participação e do controle social em algumas entidades de regulação selecionadas a partir da capacidade legalmente delineada pelos titulares dos serviços ou pelas entidades federativas que as criaram.

CAPÍTULO IV

A PARTICIPAÇÃO E O CONTROLE SOCIAL NAS ENTIDADES REGULADORAS DE SANEAMENTO BÁSICO

4.1. Metodologia do Desenvolvimento da Pesquisa

A análise do presente estudo será constituída de algumas fases. A primeira fase corresponde à seleção das Agências Reguladoras subnacionais, de acordo com critérios definidos na Seção 4.4.

Posteriormente foram verificados os conteúdos das Leis de criação das Agências selecionadas na amostragem realizada para a presente dissertação e do protocolo de intenções do consórcio que criou a Agência Reguladora Intermunicipal (ARIS-SC), bem como os possíveis decretos que as regulamentarem.

Para isso, a partir da doutrina analisada na Seção 4.2 a seguir, será proposta, na Seção 4.3, uma hierarquização em níveis de participação e de controle social possíveis de se verificar no âmbito regulatório.

Ante a diversidade legal para o estabelecimento das agências subnacionais, haverá também uma variedade de níveis possíveis para essas agências atingirem diante do permissivo legal. Nessa fase, a partir dos instrumentos previstos nas respectivas Leis de criação, será estabelecido o nível que a Agência Reguladora pode atingir.

Numa terceira fase foi verificada a existência de relatório anual de prestação de contas disponível na internet e, a partir de alguns processos de criação de normas de regulação, a penetração da participação e do controle social nos rumos da agência, por meio da quantidade e da origem das contribuições ofertadas em audiências e consultas públicas, bem como da aceitabilidade das propostas e da motivação da rejeição.

Ainda na terceira fase foi analisado se as Agências Reguladoras estão, de fato, usufruindo das permissões e determinações legais para tentar enquadrar o exercício de suas competências à necessidade e aos anseios da população.

4.2. Medição dos Graus de Participação e de Controle Social

Considerando as proposições conceituais da participação social e do controle social, apresentadas no Capítulo 1 desta dissertação, conclui-se que ambos são elementos da cidadania, pois concedem ao cidadão tanto o poder de ditar os rumos almejados pela somatória de seus interesses particulares, quanto de verificar a obediência pelos gestores públicos às metas acordadas e a legitimidade dos atos administrativos por eles expedidos.

A partir da conceituação de “participação e de controle social”, a presente pesquisa buscou analisar as legislações de criação de quatro entidades reguladoras no setor de saneamento básico para avaliá-las quanto à permeabilidade à atuação da sociedade em seu processo decisório, comparando a permissão legal com a prática institucional delas.

Para avaliar a “medida” de participação e de controle social é necessário o escalonamento em níveis possíveis de ser atingidos pelos cidadãos, artifício que já foi utilizado em alguns estudos no campo de planejamento e execução de políticas públicas (HELLER *et al.*, 2007).

Em todas as proposições de classificação de níveis de participação e de controle social, alguns fatos lhes são comuns (HELLER *et al.*, 2007) e podem ser resumidos da seguinte forma:

- I) Hierarquização dos níveis de participação;
- II) Nos primeiros níveis, os mais baixos, há apenas um direcionamento unilateral que informa os cidadãos sobre o que está ocorrendo, sem qualquer chance de ele realizar qualquer manifestação útil;
- III) Níveis intermediários, nos quais há uma participação útil, que é considerada em maior ou menor grau pelo poder decisório; e,
- IV) No último nível, há transferência do poder decisório para a população.

A classificação encontrada em publicação oficial está no “Guia para a elaboração de planos municipais de saneamento” (BERNARDES *et al.*, 2006, p. 51), que expõe o seguinte:

A título de exemplo, é proposta uma classificação quanto à participação em seis níveis, da menor participação para a maior, conforme descrição a seguir:

- *Nível 0 (Nenhuma): a comunidade não participa na elaboração e no acompanhamento do PMS;*
- *Nível 1 (A comunidade recebe informação): a comunidade é informada do PMS e espera-se a sua conformidade;*
- *Nível 2 (A comunidade é consultada): para promover o PMS, a administração busca apoios que facilitem sua aceitação e o cumprimento das formalidades que permitam sua aprovação;*
- *Nível 3 (A comunidade opina): a Administração apresenta o PMS à comunidade já elaborado e a convida para que seja questionado, esperando modificá-lo só no estritamente necessário;*
- *Nível 4 (Elaboração conjunta): a Administração apresenta à comunidade uma primeira versão do PMS aberta a ser modificada, esperando que o seja em certa medida;*
- *Nível 5 (A comunidade tem poder delegado para elaborar): a Administração apresenta a informação à comunidade junto com um contexto de soluções possíveis, convidando-a a tomar decisões que possam ser incorporadas ao PMS;*
- *Nível 6 (A comunidade controla o processo): a Administração procura a comunidade para que esta diagnostique a situação e tome decisões sobre objetivos a alcançar no PMS.*

Outra classificação é a descrita em DE NEGRI *et al.* (1998, p. 26), visando à participação das comunidades locais nos setores de saúde e correlatos.

<i>Co-option (Cooptação)</i>	<i>Token representatives are chosen, but have no real input or power (Representantes simbólicos são escolhidos, mas não possuem capacidade real de poder)</i>
<i>Compliance (Complacência)</i>	<i>Tasks are assigned with incentives; outsiders decide agenda and direct the process. (Tarefas</i>

	<i>são atribuídas com incentivos; atores externos decidem a agenda e dirigem o processo)</i>
<i>Consultation (Consulta)</i>	<i>Local opinions are asked; outsiders analyse and decide on a course of action. (Opiniões dos atores locais são solicitadas; atores externos analisam e decidem o curso de ação)</i>
<i>Co-operation (Cooperação)</i>	<i>Local people work together with outsiders to determine priorities; responsibility remains with outsiders for directing the process. (Os atores locais trabalham junto com atores externos para determinar as prioridades; atores externos continuam com o encargo de dirigir o processo)</i>
<i>Co-learning (Coaprendizagem)</i>	<i>Local people and outsiders share their knowledge to create new understanding and work together to form action plans with outsider facilitation. (Atores locais e atores externos compartilham seus conhecimentos para criar um novo entendimento e trabalham conjuntamente para o estabelecimento de planos de ações com participação de facilitadores externos)</i>
<i>Collective action (Ação coletiva)</i>	<i>Local people set their own agenda and mobilize to carry it out, in the absence of outside infiltrator or facilitators. (Atores locais estabelecem a própria agenda e se mobilizam para a sua execução, sem a participação ou facilitação de atores externos)</i>

Dentre os estudos analisados, uma obra que tem precedência, nesse sentido, é a intitulada *A Ladder of Citizen Participation*, artigo escrito por Sherry R. Arnstein em 1969. O artigo é uma referência mundial sobre os níveis de envolvimento da participação e do controle social, cuja análise exemplificativa deu-se em três programas sociais do governo federal americano, sendo eles: *Urban Renewal*, *Antipoverty* and *Model Cities*.

Os níveis de participação e controle social, definidos por ARNSTEIN (1969) podem ser graficamente apresentados da seguinte maneira:

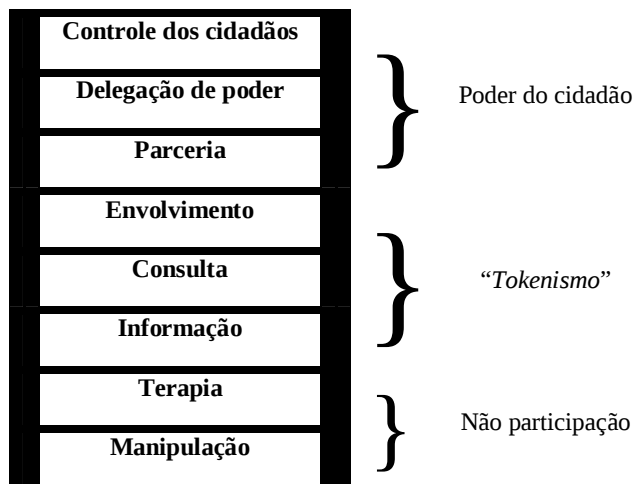


Figura 1. Os oito degraus da “Escada da Participação Social”
 Fonte: ARNSTEIN (1969), adaptação.

HELLER *et al.* (2007, p. 42) apresentam uma adaptação que, de forma sucinta, explica os degraus da escada de ARNSTEIN (1969):

Manipulação – “utilização”, em nome da participação, de pessoas escolhidas para ocuparem cargos em comitês assessores (homologadores) e em comissões consultivas, segundo o critério educacional. Em lugar de uma participação social genuína, o que se vê é uma distorção da participação, mascarada pelos fóruns veiculados pelos detentores do poder.

Terapia - uma espécie de terapia de grupo é mascarada como participação popular, sendo tanto desonesta como arrogante. Seus administradores assumem que os cidadãos, quando não exercem seus direitos, possuem uma “doença mental”, e, sob uma máscara de envolvimento com essa população, os especialistas subjugam suas ideias utilizando-se das técnicas de terapia em grupo.

Informação - os cidadãos são informados de seus direitos, responsabilidades e opções, o que constitui o primeiro passo de legitimação da participação social. Porém, frequentemente, a ênfase é colocada em uma informação unidirecional – dos especialistas para a população – sem canal de “retroalimentação” e sem direito à negociação. As ferramentas mais utilizadas nesse processo são panfletos, pôsteres, cartilhas e respostas a questões levantadas pelos cidadãos. Reuniões também são empregadas como veículos para a comunicação unidirecional, fornecendo, no entanto, informações superficiais e desencorajando possíveis questões a serem levantadas.

Consulta - o convite à opinião dos cidadãos pode ser uma etapa legítima na direção de sua participação plena, contudo, se não combinada com outros

modos de participação, a posição na escada ainda é um “engodo”, pois não assegura a efetiva participação popular, não sendo consideradas as reais necessidades dos cidadãos. Os métodos mais utilizados nesse tipo de participação são as pesquisas de atitudes, reuniões de bairros e audiências públicas. A participação nesse nível transforma-se em uma maquiagem e fica traduzida em abstrações estatísticas, entre elas o número de participantes em reuniões e assembleias, o número de cartilhas distribuídas, o número de respostas a um questionário. A população é iludida ao pensar que participou de forma significativa nos encontros enquanto os detentores do poder consideram ter cumprido os requisitos de envolvimento da população.

Envolvimento – os cidadãos começam a ter algum grau de influência aparente sobre as decisões políticas, por meio da representação da população mais carente nos fóruns de participação. Porém, se os escolhidos não forem comprometidos com a prestação de contas aos seus representados e se as forças tradicionais mantiverem o maior número de representações, os “despossuídos”, entendidos como aqueles cidadãos excluídos de um processo decisório, podem ser facilmente vencidos. O grau de envolvimento real da população depende principalmente de dois fatores: a qualidade de assistência técnica do representante em articular suas prioridades e a extensão de organização da comunidade em pressionar por essas prioridades.

Parceria – Firma-se um acordo com vistas a compartilhar responsabilidades relacionadas ao planejamento e à tomada de decisões, por meio de estruturas como fóruns conjuntos para a formulação de políticas públicas, comitês de planejamento e mecanismos para a solução de impasses. Este tipo de participação torna-se mais efetivo à medida que a base comunitária se organiza, tornando mais sistemático o processo de prestação de contas dos representantes e maiores os recursos disponíveis para a contratação de consultoria técnica, jurídica e social.

Transferência de poder – [...] os cidadãos detêm poderes significativos para assegurar a prestação de contas dos programas executados mediante transferência de poder do governo para os cidadãos. A transferência de poder pode ser encontrada nos fóruns onde os cidadãos têm uma clara maioria de assentos, bem como nos plebiscitos com função deliberativa e no Orçamento Participativo (OP), em que a aplicação de parte dos recursos públicos é submetida à consulta pública, sendo primeiro coletadas sugestões, depois votadas as prioridades, e encaminhadas ao governo para que atenda às solicitações por meio de investimentos públicos.

Controle dos cidadãos – a comunidade assume o controle absoluto do poder político e administrativo de um processo de tomada de decisão. Esse modelo pode ser exemplificado com as experiências encontradas em associações de bairros, que atuam independentemente da influência e dos recursos de intermediários. Os argumentos dos defensores desse tipo de modelo são pautados nas experiências positivas vivenciadas pelos “despossuídos”, que assumem o controle comunitário, tornando-se responsáveis integralmente pelo planejamento, implementação e gerenciamento de programas sociais.

Em relação à proposta de adaptação de HELLER *et al.* (2007) quanto ao ponto “transferência de poder”, acredita-se que a melhor tradução seria “delegação de poder”, ato no qual alguém delega a outro um poder ou atribuições que lhes são próprias.

ARNSTEIN (1969, p. 4) assim se manifesta sobre a diferença entre, por um lado, o entusiasmo que a participação e o controle social despertam e, por outro, a reação quando se pretende colocá-los em prática, em especial quando a exigência é feita pelos despossuídos:

The idea of citizen participation is a little like eating spinach: no one is against it in principle because it is good for you. Participation of the governed in their government is, in theory, the cornerstone of democracy - a revered idea that is vigorously applauded by virtually everyone. The applause is reduced to polite handclaps, however, when this principle is advocated by the have-not blacks, Mexican-Americans, Puerto Ricans, Indians, Eskimos, and whites. And when the have-nots define participation as redistribution of power, the American consensus on the fundamental principle explodes into many shades of outright racial, ethnic, ideological, and political opposition.

A ideia de participação do cidadão é um pouco como “comer espinafre”: a princípio, ninguém é contra, porque faz bem para você. A participação dos governados em seus governos é, em teoria, a pedra basilar da democracia – uma ideia reverenciada que é vigorosamente ovacionada por todos. Os aplausos se reduzem a educadas palmas, no entanto, quando este princípio é avocado pelos despossuídos, sejam eles negros, mexicanos, porto-riquenhos, nativos americanos, esquimós, e brancos pobres. E quando estes despossuídos definem a participação como uma redistribuição de poder, o consenso Americano sobre aquele princípio fundamental explode em diversos tons opostos de radicalismo racial, étnico, ideológico e político.

A hipótese traçada para este trabalho é que, no que concerne à regulação na qualidade de atividade estatal que se submete à participação e ao controle social, ocorre a mesma crítica apontada por ARNSTEIN (1969). No discurso, os instrumentos são norteadores da ação regulatória, na prática, contudo, as agências reguladoras se utilizam deles apenas para atendimento formal da legislação.

Em virtude dos princípios norteadores da regulação – independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora; transparência; tecnicidade; celeridade; objetividade das decisões (art. 21 da LDNSB) –, a participação e o controle social podem ser vistos com desconfiança.

Isso decorre do fato de que o modelo de agência foi escolhido para a mudança do paradigma, da influência política ampla, a qual sofre (ou deveria sofrer) a responsabilização pelos cidadãos (*accountability* vertical), para um paradigma mais alinhado com o tecnicismo. Portanto, a entrega dos rumos da regulação para a participação e o controle social em seu nível máximo (transferência de poder) poderia prejudicar a capacidade regulatória da agência.

A partir da análise das proposições de classificação da participação e do controle social oferecidas por ARNSTEIN (1969), BERNARDES *et al.* (2006) e DE NEGRI *et al.* (1998), com a crítica realizada por HELLER *et al.* (2008), no âmbito da regulação não deve ser desejada nem a participação pífia, para fins de cumprimentos ritualísticos legais, e tampouco que ocorra a delegação ou entrega do poder regulatório para os cidadãos.

ARNSTEIN (1969) apontou que existem críticas ao nível de participação e de “Controle do Cidadão”, que podem ser aplicadas à participação e ao controle social na regulação:

- I) Gera uma ideia de separatismo;
- II) Cria uma “balcanização” dos serviços públicos;
- III) Custa mais e é menos eficiente;
- IV) Autoriza que grupos de minorias ajam de forma oportunista e desdenhosa, perpetuando o que o grupo dominante fazia anteriormente;
- V) É incompatível com o sistema de méritos, com o tecnicismo e com o profissionalismo;

4.3 Medição dos Graus de Participação e de Controle Social na Regulação

O que deve ser desejado para a regulação é que haja nos processos regulatórios reais chances de participação e de controle social, de tal modo que o agente regulador busque uma constante melhoria da qualidade de suas ações sem que ocorra deturpação da missão do regulador.

Neste trabalho, fundamentado na hipótese de que simplificar a realidade ao estabelecer níveis de participação e de controle social é útil para se verificar a implementação de políticas públicas, propõe-se transpor e adaptar essa mesma sistemática de escalonamento de tais níveis para o ambiente regulatório, com o objetivo de verificar a viabilidade de utilizá-la para avaliar a conduta do agente regulador.

Com base na literatura acima carreada, foi criada a seguinte proposição:

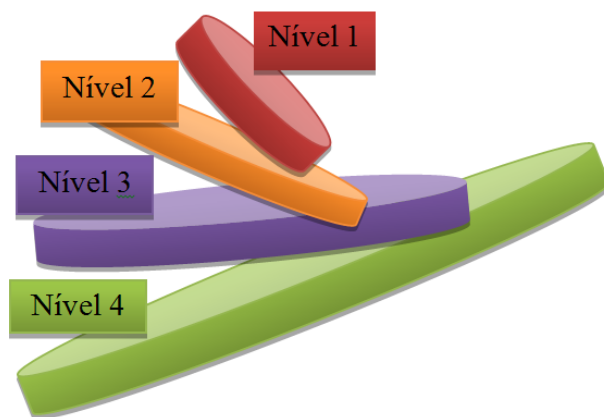


Figura 2. Proposição de Níveis de Participação e de Controle Social na Regulação

Fonte: Própria autoria

O NÍVEL 1 (Informação) foi previsto como sendo o primeiro nível da regulação, pois ele faz com que haja um fluxo unilateral das ações do regulador, que as presta por meio da confecção e divulgação dos relatórios anuais das atividades desenvolvidas pela entidade.

Conforme apresentado por ARNSTEIN (1969) *apud* HELLER *et al.* (2007), a informação verdadeira e suficiente é o início do caminho para que haja uma

participação social efetiva. Contudo, não é possível, nesse nível, a participação, porque a informação segue unilateralmente da agência de regulação para a população.

O NÍVEL 2 (Consulta) representa o início de uma participação social efetiva. Nele a população, ainda que de forma não organizada, possui capacidade de exercer o direito de petição e propor alterações na minuta de normativo apresentada.

Nesse nível, se houver prévio aviso para a população, explicação clara e concisa das escolhas tomadas pelo agente regulador, dentre as opções possíveis, bem como os núcleos duros, necessariamente imutáveis, e os pontos passíveis de negociação, a participação e o controle social podem ser satisfatórios para o aperfeiçoamento da regulação do setor.

No NÍVEL 3 (Envolvimento), a população passa a ter acesso ao estabelecimento da agenda regulatória, a partir das negociações das metas para a entidade de regulação, o que tornará ainda mais efetivas as audiências e as consultas públicas dos atos normativos, bem como o controle das ações da Agência Reguladora.

O NÍVEL 4 (Parceria) propõe uma divisão de responsabilidades entre a população e a própria entidade de regulação. Nesse nível propõe-se que seja instituído um órgão que possua participação dos usuários dos serviços. A instituição de tal órgão poderá ocorrer por meio de lei, por ato normativo infralegal expedido pelo governador, ou ainda por ato expedido pela própria Agência Reguladora.

Uma questão importante é que o órgão de participação seja um órgão híbrido (AVRITZER *et al.*, 2005), mas que garanta a representação, no mínimo, paritária entre a população e os representantes do governo.

Outra questão que deve ser abordada é o mecanismo de eleição dos representantes da população, que devem ser escolhidos em fóruns especiais que garantam a equidade entre as diversas classes de usuários (AVRITZER *et al.*, 2005).

Os níveis de participação e de controle social serão verificados no contexto normativo da Agência Reguladora, ou seja, na sua lei de formação e nos decretos expedidos pelas autoridades competentes.

NÍVEL 1 (Informação)	Previsão normativa sobre a necessidade de apresentação de relatório anual de atividades.
NÍVEL 2 (Consulta)	Cumprimento dos requisitos do Nível 1 e a realização de audiência ou consultas públicas para os atos normativos que tenham recebido contribuições da população e da sociedade civil.
NÍVEL 3 (Envolvimento)	Cumprimento dos requisitos do Nível 2 e a realização de audiência ou consultas públicas para o estabelecimento de metas anuais.
NÍVEL 4 (Parceria)	Cumprimento dos requisitos do Nível 3 e previsão sobre órgão institucionalizado que tenha, pelo menos, 50% de assentos destinados para a participação de usuários que sejam escolhidos por meio de fóruns de usuários, garantindo a equidade de representação, bem como receba ajuda técnica e financeira da agência a que é vinculado.

Tabela 1. Níveis de Participação e de Controle Social na Regulação

4.4. Espaço Amostral da Escolha das Entidades de Regulação para Análise

Existem no Brasil cerca de 50 agências reguladoras com competência para atuar no setor de saneamento básico, sendo 24 de abrangência estadual, 1 distrital, 22 municipais e 3 consorciadas, conforme estudo apresentado pela ABAR (2013). O estudo também informa que o número de agências participantes da pesquisa aumentou em quase 100% no período de 2009 a 2013.

Contudo, apesar de o número de agências ser de meia centena, diversas das entidades estão apenas criadas por lei, sem terem sido realmente instituídas. No entanto, as 27 agências que responderam à pesquisa ABAR (2013) representam, aproximadamente, 95% das delegações existentes no país.

- III) Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Água e Esgotos de Joinville – AMAE-SC, criada pela Lei Municipal nº 4.341/2001, representando a região Sul; e,
- IV) Agência Intermunicipal de Saneamento – ARIS-SC, criada em 2009 por meio de protocolo de intenção ratificado por municípios do estado de Santa Catarina, representando também a região Sul.

4.5. Análise da Legislação das Agências Escolhidas e Medição do Alcance do Controle Social Previsto em Normas

A primeira fase da pesquisa consistiu em analisar as legislações de cada uma das agências reguladoras selecionadas para estabelecer, com base em critérios objetivos, os níveis que essas entidades podem alcançar.

A primeira agência selecionada foi a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Ceará – ARCE, estruturada sob o seguinte organograma:



Figura 4. Organograma da ARCE
Fonte: www.arce.ce.gov.br

A ARCE foi criada pela Lei Estadual nº 12.786/1997, sem competência regulatória sobre qualquer assunto específico, suas competências iriam ser-lhe depois atribuídas por meio de atos específicos de delegações realizadas pelos titulares dos

serviços, conforme aponta o art. 6º da referida Lei, alterado pela Lei Estadual nº 12.820/1998.

Art. 6º. Caberá ao poder concedente atribuir à Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE, mediante disposição legal ou pactuada, competência para regulação e fiscalização de serviço público.

Parágrafo Único. A competência atribuída à ARCE sobre determinado serviço público terá o efeito de submeter a respectiva prestadora do serviço ao seu poder regulatório.

A Lei Estadual nº 12.786/1997 foi regulamentada pelo Decreto nº 25.059/1998, expedido pelo Governador do Estado do Ceará, que detalhou o modo de execução das atividades desenvolvidas pela ARCE.

Não obstante, a ARCE obteve autorização para receber a delegação dos serviços de saneamento básico a partir da Lei Estadual nº 14.394/2009, a qual foi editada em consonância com a LDNSB, que dispôs:

Art. 1º A Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE poderá celebrar convênios que lhe deleguem a regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico no âmbito do Estado do Ceará.

Art. 2º A ARCE atuará na regulação e fiscalização dos serviços públicos de saneamento básico geridos por consórcios públicos formados com a participação do Estado do Ceará.

Analisando o primeiro nível (Informação) de participação e de controle social, foi verificado que a ARCE atende esse requisito, uma vez que há previsão legal sobre a necessidade de apresentação de relatório anual de atividades. São os dispositivos:

Lei Estadual nº 12.786/1997

Art. 8º. Compete ainda à Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará - ARCE:

[...]

XVIII - elaborar relatório anual de suas atividades, nele destacando o cumprimento das diretrizes estabelecidas pelo poder concedente e das políticas setoriais, enviando-o ao Governador do Estado e à Assembléia Legislativa;

Lei Estadual nº 14.394/2009

Art. 5º. ...

[...]

§2º Anualmente, a ARCE divulgará relatório com diagnóstico acerca dos serviços prestados pela CAGECE, contendo informações de natureza técnica e econômica, podendo indicar pontos críticos, perspectivas e sugestões de melhoria.

Passando à verificação do segundo nível (consulta) de participação e de controle social, a ARCE também atende a esse requisito, uma vez que está atendido o requisito

do nível 1 e há previsão normativa de realização de audiência ou consulta pública referente aos atos normativos. São os dispositivos:

Lei Estadual nº 12.786/1997

Art. 8º. Compete ainda à Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE:

[...]

X – elaborar o seu regulamento interno, estabelecendo procedimentos para a realização de audiências públicas, encaminhamento de reclamações, emissão de decisões administrativas e respectivos procedimentos recursais;

Lei Estadual nº 14.394/2009

Art. 4º ...

[...]

Parágrafo único. A atuação da ARCE prevista neste artigo se dará nos termos de suas atribuições básicas e competências legais, definidas na Lei Estadual nº 12.786, de 30 de dezembro de 1997, regulamentada pelo Decreto Estadual nº 25.059, de 15 de julho de 1998, observada a Lei Federal nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

Decreto nº 25.059/1998

Art. 12. ...

[...]

VI – promover consultas ao poder concedente, entidades reguladas e usuários sobre assuntos de natureza técnica relativos aos serviços públicos regulados;

Art. 19 – O processo decisório que afetar direitos dos usuários, decorrente de ato administrativo da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE, será precedido de audiência pública com os objetivos de:

I - recolher subsídios e informações para o processo decisório da ARCE;

II - propiciar às entidades reguladas e aos usuários a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões;

III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria objeto de audiência pública;

IV - dar publicidade à ação regulatória da ARCE.

Quanto ao terceiro nível (Envolvimento) de participação e de controle social, a ARCE não atende a esse requisito, uma vez que, apesar de atender os requisitos dos níveis 1 e 2, não há previsão normativa de realização de audiência ou consultas públicas para o estabelecimento de metas anuais da Agência.

No caso da ARCE existe a previsão do estabelecimento das metas anuais que são criadas pelo Conselho Diretor da Agência, mas sem a obrigatoriedade de criá-las por meio de audiência e consulta pública, ou ainda de homologá-las por meio desses instrumentos, conforme disposto no art. 3º do Decreto nº 25.059/1998:

Art. 3º Ao Conselho Diretor fica atribuída a função de analisar, discutir e decidir, como instância administrativa superior, as matérias de competência da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará – ARCE, bem como:

[...]

III – fixar programa de atividades e plano de metas para cada exercício;

Em relação ao quarto e último nível de participação e de controle social (Parceria), a ARCE não atende aos requisitos desse nível, pois não cumpriu o nível 3 e também não possui previsão normativa sobre órgão institucionalizado que tenha, pelo menos, 50% de assentos destinados para a participação de cidadãos que sejam escolhidos por meio de fóruns específicos, garantindo a equidade de representação, devendo ainda esse órgão receber ajuda técnica e financeira da agência a que é vinculado.

A agência em análise possui a figura de um Conselho Consultivo, órgão superior de representação e participação da sociedade, o qual é integrado por seis conselheiros (art. 24 da Lei Estadual nº 12.786/1997, alterado pela Lei Estadual nº 12.820/1998).

Tais conselheiros são nomeados pelo governador e representantes das seguintes entidades:

Art. 26. ...

I - Assembléia Legislativa;

II - Promotoria de Defesa do Consumidor;

III - Ouvidoria Geral do Estado;

IV - Poder Executivo;

V - concessionária ou permissionária de serviço público delegado;

VI - entidade representativa dos usuários. (Lei Estadual nº 12.786/1997, alterado pela Lei Estadual nº 12.820/1998)

Tendo em vista que “os membros do Conselho Consultivo a que se referem os incisos IV, V e VI” acima “serão escolhidos pelo Governador do Estado” (art. 26, §2º da Lei Estadual nº 12.786/1997, alterado pela Lei Estadual nº 12.820/1998), e sendo devido assento a apenas um representante de usuários, em um universo de seis assentos, a ARCE não possui condições normativas para chegar ao nível quatro, conforme proposto neste estudo.

A segunda Agência Reguladora selecionada foi a Agência Reguladora de Águas, Energia e Saneamento Básico do Distrito Federal – ADASA, entidade criada por meio da Lei Distrital nº 3.365/2004, e integralmente reestruturada pela Lei Distrital nº 4.285/2008.

A ADASA se organiza por meio do seguinte organograma:

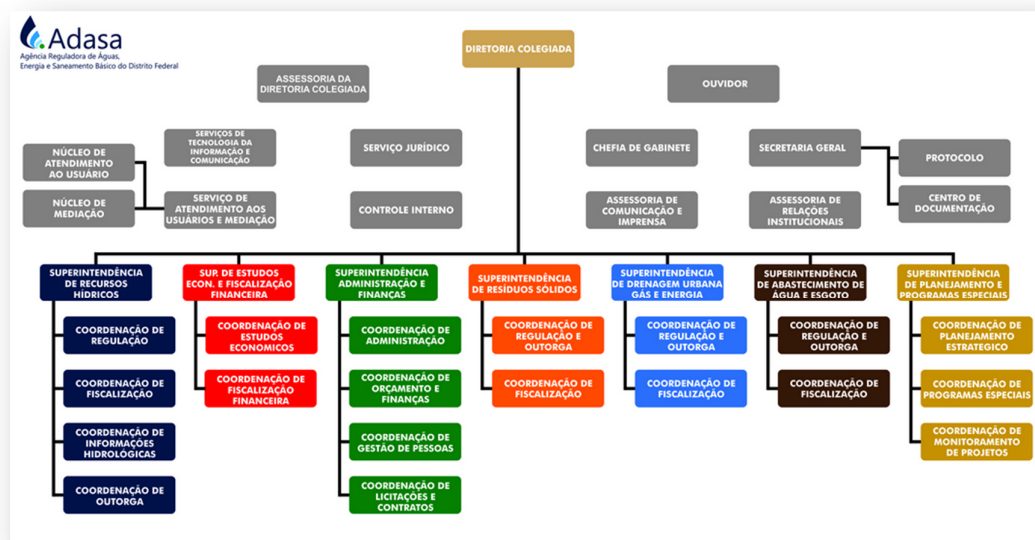


Figura 5. Organograma da ADASA.

Fonte: www.adasa.df.gov.br

Após a reestruturação, ocorrida por força da Lei Distrital nº 4.285/2008, a ADASA passou a ter competência para exercer as funções regulatória e fiscalizatória sobre todos os serviços componentes do saneamento básico, além do patrimônio público “água”, do serviço de gás canalizado e de serviços delegados.

Iniciando a análise, quanto ao primeiro nível (Informação) de participação e de controle social, a ADASA atende ao requisito desse nível, uma vez que há previsão legal sobre a necessidade de apresentação de relatório anual de atividades. São os dispositivos:

Art. 14. Incumbem à ADASA as seguintes competências administrativas gerais, entre outras:

[...]

II – elaborar sua proposta orçamentária, a do contrato de gestão do exercício e o relatório anual de prestação de contas de suas atividades; (Lei Distrital nº 4.285/2008)

No que concerne ao segundo nível (Consulta) de participação e de controle social, a ADASA atende ao requisito desse nível, uma vez que está atendido aquele do nível 1 e há previsão normativa de realização de audiência ou consulta pública dos atos normativos. São os dispositivos:

Art. 28. Para propiciar a devida transparência, as decisões da Diretoria Colegiada da ADASA deverão ser submetidas a acompanhamento permanente dos segmentos organizados da sociedade civil, por meio de realização prévia de audiências públicas, sempre que matérias relevantes de interesse público de sua competência estiverem por ser decididas, por iniciativa própria ou mediante requerimento de entidades interessadas e requerimento popular, sobretudo nos casos de:

I – necessidade de as audiências públicas serem utilizadas ainda como instrumento auxiliar de decisão quando houver imperativo de se recolherem subsídios e informações dos segmentos organizados interessados;

II – discussões prévias do contrato de gestão a ser firmado com o Poder Executivo, das propostas de reajustes e revisões tarifárias dos serviços regulados e de minutas de atos normativos relativos a assuntos de competência da ADASA.

Art. 29. Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão, as minutas e propostas de alterações de normas legais, de atos normativos e de decisões da Diretoria Colegiada cuja matéria seja de interesse geral dos agentes econômicos, dos usuários ou consumidores de serviços públicos e dos usuários de recursos hídricos. (Lei Distrital nº 4.285/2008)

Em relação ao terceiro nível (Envolvimento) de participação e de controle social, a ADASA atende ao requisito desse nível, uma vez que os requisitos dos níveis 1 e 2 são atendidos e há previsão normativa de realização de audiência pública para o estabelecimento de metas anuais da agência. São os dispositivos:

Art. 28. ...

[...]

II – discussões prévias do contrato de gestão a ser firmado com o Poder Executivo, das propostas de reajustes e revisões tarifárias dos serviços regulados e de minutas de atos normativos relativos a assuntos de competência da ADASA.

Art. 31. Até o final de dezembro de cada ano, a Diretoria Colegiada da ADASA, após audiência pública, celebrará contrato de gestão, assinado por todos os diretores, com o Poder Executivo do Distrito Federal.

[...]

§ 2º Constarão do contrato de gestão, entre outros aspectos:

I – as metas de desempenho administrativo e de fiscalização a serem atingidas, prazos de consecução e respectivos indicadores e os mecanismos de avaliação que permitam quantificar, de forma objetiva, o seu alcance; (Lei Distrital nº 4.285/2008)

Quanto ao quarto e último nível (Parceria) de participação e de controle social, após análise legal verifica-se que a ADASA não atende aos requisitos necessários desse nível, pois, apesar de cumprir com os do nível 3, não possui previsão normativa sobre órgão institucionalizado que tenha, pelo menos, 50% de assentos destinados à participação de cidadãos que sejam escolhidos por meio de fóruns específicos,

garantindo a equidade de representação, devendo ainda esse órgão receber ajuda técnica e financeira da agência a que é vinculado.

A terceira Agência Reguladora selecionada é a Agência Municipal de Regulação dos Serviços de Água e Esgotos de Joinville – AMAE-SC, criada pela Lei Municipal nº 4.341/2001, tendo sido alterada e consolidada pela Lei Municipal nº 4.924/2003.

A AMAE-SC possui competência regulatória apenas para os serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. A Agência está organizada conforme o organograma abaixo:

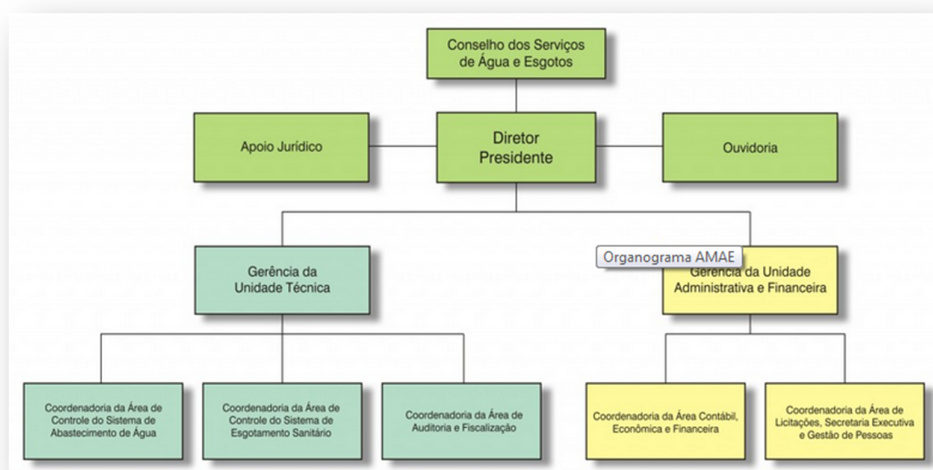


Figura 6. Organograma da AMAE
Fonte: www.amae.sc.gov.br

Analisando o primeiro nível (Informação) de participação e de controle social, a AMAE-SC atende ao requisito fundamental, uma vez que há previsão legal sobre a necessidade de apresentação de relatório anual de atividades. São os dispositivos da Lei Municipal nº 4.924/2003:

Art. 4º À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento da prestação dos serviços de abastecimento de água e coleta e tratamento de esgotos, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade, publicidade, cabendo-lhe especialmente:

[...]

X - elaborar relatório anual das atividades da AMAE, destacando o cumprimento da política do setor de saneamento básico, incluindo demonstrações quanto à eficácia e efetividade de suas ações, seus custos e produtividade, enviando-o ao Executivo Municipal e à Câmara de Vereadores;

Em relação ao segundo nível (Consulta) de participação e de controle social, a AMAE-SC atende ao requisito, uma vez que está atendido o requisito do nível 1 e há previsão normativa de realização de audiência ou consulta pública dos atos normativos. São os dispositivos da Lei Municipal nº 4.924/2003:

Art. 9º As minutas dos atos normativos serão submetidas ao Conselho Municipal dos Serviços de Água e Esgoto.

Parágrafo único. A edição de atos normativos deverá ser precedida de consulta pública, formalizada através de edital publicado em jornal de grande circulação local, com antecedência mínima de 10 (dez) dias, devendo as críticas e sugestões ser encaminhadas ao Conselho Municipal dos Serviços de Água e Esgoto, permanecendo à disposição do Público na sede da AMAE.

A AMAE-SC não atende aos requisitos do terceiro nível (Envolvimento) de participação e de controle social, uma vez que, apesar de atender os dos níveis 1 e 2, não há previsão normativa de realização de audiência ou consulta pública para o estabelecimento de suas metas anuais.

Por fim, em relação ao quarto e último nível (Parceria) de participação e de controle social, a AMAE-SC não atende ao requisito desse nível, pois não cumpriu os requisitos do nível 3 e também não possui previsão normativa sobre órgão institucionalizado que tenha, pelo menos, 50% de assentos destinados para a participação de cidadãos que sejam escolhidos por meio de fóruns específicos, garantindo a equidade de representação, devendo ainda esse órgão receber ajuda técnica e financeira da Agência a que é vinculado.

Contudo, é previsto, na Lei Municipal nº 4.924/2003, órgão institucionalizado que tenha, pelo menos, 50% de assentos destinados para a participação e que receba ajuda técnica e financeira da Agência, denominado de Conselho Municipal dos Serviços de Água e Esgoto.

A quarta Agência Reguladora selecionada é a Agência Intermunicipal de Saneamento – ARIS-SC, criada em 2009 por meio de protocolo de intenção ratificado por municípios do estado de Santa Catarina⁵.

A ARIS-SC possui competência regulatória e de fiscalização para todos os serviços públicos componentes do saneamento básico. A Agência está organizada conforme o seguinte organograma:

⁵ O protocolo de intenções e os municípios consorciados estão disponíveis em www.aris.sc.gov.br.

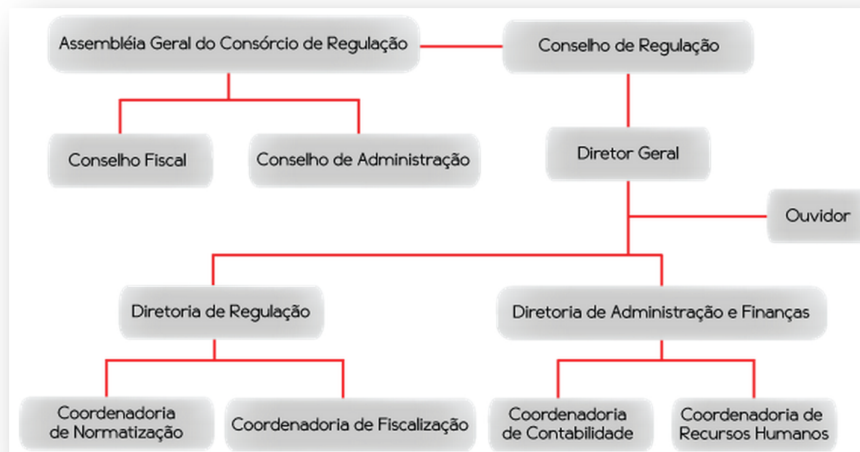


Figura 7. Organograma da AMAE
Fonte: www.aris.sc.gov.br

Iniciando a análise, quanto ao primeiro nível (Informação) de participação e de controle social, a ARIS-SC atende ao requisito correspondente, uma vez que há previsão legal sobre a necessidade de apresentação de relatório anual de atividades. São os dispositivos:

Art. 40. Compete à Direção Geral:

[...]

XVI - elaborar a Prestação de Contas e o Relatório de Atividades da ARIS;

A ARIS-SC atende aos requisitos do segundo nível (Consulta) de participação e de controle social, uma vez que está atendido o requisito do nível 1 e há previsão normativa de realização de audiência e consulta pública dos atos normativos. São os dispositivos do protocolo de intenção:

Art. 10. Os atos de normatização das atividades de regulação e fiscalização exarados pela ARIS deverão ser submetidos e aprovados pelo Conselho de Regulação, por maioria simples de seus membros.

[...]

§ 2º A edição de resoluções pelo Conselho de Regulação poderá ser precedida de consulta pública, formalizada através de edital publicado em órgão de publicidade oficial, com antecedência mínima de 10 (dez) dias, devendo as críticas e sugestões ser encaminhadas à ARIS.

Contudo, pela análise do terceiro nível (Envolvimento) de participação e de controle social, a ARIS-SC não atende ao requisito desse nível, uma vez que não há

previsão normativa de realização de audiência e consulta pública para o estabelecimento de metas anuais da agência.

Da mesma maneira que o Nível 3, a ARIS-SC não atende aos requisitos do quarto e último nível (Parceria) de participação e de controle social, pois não cumpre os requisitos previstos no nível 3 e também não é previsto órgão institucionalizado que tenha, pelo menos, 50% de assentos destinados para a participação, escolhidos por meio de fóruns de usuários, garantindo a equidade de representação, bem como receba ajuda técnica e financeira da agência a que é vinculado.

Apesar de não cumprir com os requisitos do nível 4, é previsto no protocolo de intenções da ARIS-SC o Conselho de Regulação, que é órgão de participação institucionalizada da sociedade no processo de regulação e fiscalização dos serviços de saneamento básico nos municípios consorciados (art. 27 do Protocolo de Intenções, primeiro documento do qual se originou a ARIS-SC).

No entanto, o mesmo artigo que previu o Conselho de Regulação dispôs em seu parágrafo único que ele é um órgão de natureza técnica e não um mecanismo no qual a participação social e o controle social tenham espaço, um local de natureza eminentemente política.

Pela análise das quatro agências reguladoras, ficou demonstrado que a variedade das soluções legislativas para que cada uma delas possa desempenhar seu papel é muito grande.

A União, da mesma maneira que estabeleceu as competências mínimas e os princípios que devem ser observados pelos titulares ao criarem uma entidade de regulação ou ao delegarem sua competência para uma já existente, poderia ter definido maior padronização dessas agências. Contudo, essa diversidade não inviabiliza a ação regulatória.

Em conclusão desta seção, a figura abaixo demonstra os níveis de participação e de controle social possíveis de serem atingidos por cada uma das Agências Reguladoras pesquisadas, com base no permissivo legal e normativo infralegal superior:

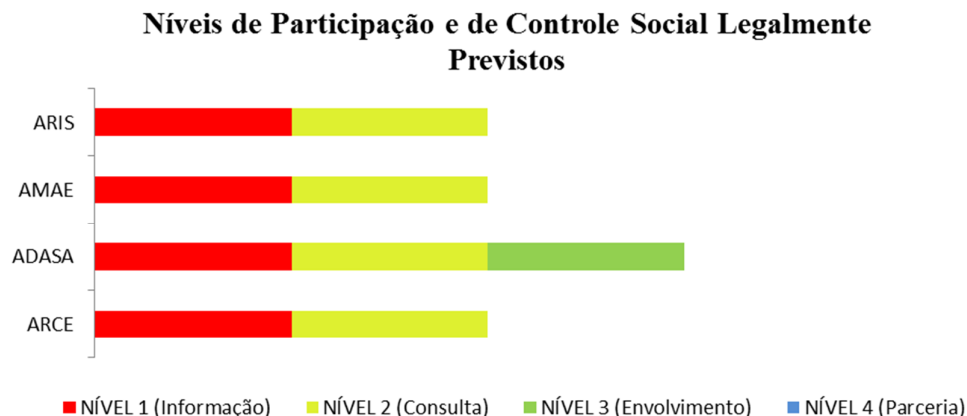


Figura 8. Níveis de Participação e de Controle Social Legalmente Previstos

Com base na figura acima conclui-se que nenhuma das Agências pesquisadas possui, na esfera das leis que as criaram, condições de atingir o nível máximo de participação e de controle social presentes na metodologia proposta e que a maioria delas atende, no máximo, o Nível de Consulta.

4.6. Análise da Participação e do Controle Social Factualmente Exercido nas Agências Reguladoras

Vencida a primeira etapa da pesquisa, e uma vez que foram estabelecidos os níveis possíveis para as agências reguladoras pesquisadas alcançarem, a segunda fase consistiu na verificação do cumprimento de atendimento desses níveis por elas.

Iniciando a análise do Nível 1 (Informação), foi verificado se ocorreu o atendimento ao nível, por meio de pesquisa realizada diretamente nos sites oficiais das respectivas Agências Reguladoras em busca de documentos intitulados: “relatório de prestação de contas”, “relatório de gestão” ou “relatório de atividades”.

Os referidos documentos deveriam dispor sobre os três últimos anos, quais sejam 2010, 2011 e 2012, como meio de guardar coerência com o prazo estabelecido para a seleção das agências reguladoras pesquisadas.

Em resumo, apresenta-se a figura a seguir:

Verificação de Cumprimento do Nível 1 entre os anos de 2010 a 2012

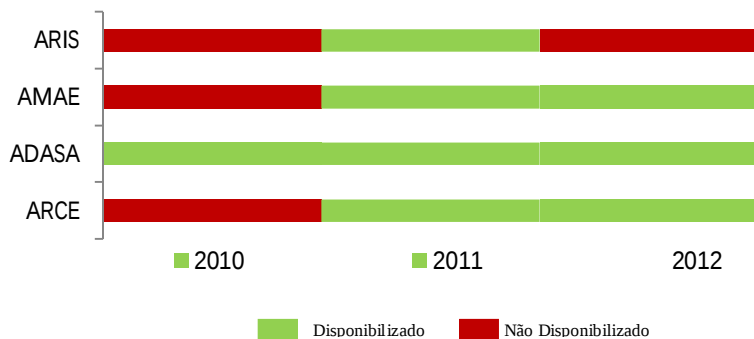


Figura 9. Verificação de Cumprimento do Nível 1 entre os anos de 2010 e 2012

Fontes: www.arce.ce.gov.br, www.adasa.df.gov.br, www.aris.sc.gov.br e www.amae.gov.br. (acessados em 20 setembro 2013).

Desse modo, conclui-se que todas as Agências Reguladoras participantes desta pesquisa atenderam ao requisito do NÍVEL 1 no ano de 2011. Contudo, não estavam disponibilizados, nas respectivas páginas oficiais de três das quatro agências pesquisadas, os documentos referentes ao ano de 2010 e, em relação ao ano de 2012, apenas uma agência não disponibilizou o documento.

Em relação ao Nível 2 (Consulta), a pesquisa foi realizada por meio da análise de documentos constantes em processos administrativos que deram origem a duas normas de regulação, ou de documentos disponibilizados na página oficial das agências reguladoras.

Os processos e/ou documentos foram escolhidos aleatoriamente pela própria Agência Reguladora e enviados para a pesquisa. Naqueles em que não constam informações sobre a quantidade de contribuições colhidas nas audiências e nas consultas públicas, será considerado como se não houvesse ocorrido nenhuma contribuição.

Os resultados das análises variaram entre as agências reguladoras e as normas expedidas, às vezes demonstrando um nível melhor de acessibilidade do processo à participação e ao controle social, mas, na maioria dos casos, o processo é completamente inerte a esses instrumentos. O que pode ser verificado em alguns casos é a interlocução entre o regulador e o prestador de serviços.

Tabela 3. Análise de cumprimento do Nível 2

Agência Reguladora	Resolução n°/ano	Qtd Contribuições da Sociedade Civil	Qtd Contribuições do Prestador de Serviços	Qtd Contribuições de Órgãos Públicos	Qtd Contribuições integral ou parcialmente acatadas
ARCE	167/2013	0	4	0	4
ARCE	164/2013	0	1	0	0
ADASA	14/2011	141	148	11	148
ADASA	03/2012	55	50	0	53
AMAE	46/2013	0	0	0	0
AMAE	45/2013	0	0	0	0
ARIS	Não enviado	Não enviado	Não enviado	Não enviado	Não enviado
ARIS	Não enviado	Não enviado	Não enviado	Não enviado	Não enviado
TOTAL		196	203	11	205

Tabela 2. Análise de cumprimento do Nível 2 por parte das Agências Reguladoras pesquisadas.

É importante ressaltar que as informações compiladas na “Tabela 3” foram inicialmente pesquisadas nas páginas oficiais das Agências Reguladoras, mas estavam disponibilizadas eletronicamente apenas pela ADASA⁶. Portanto, no caso das demais Agências, foram obtidas a partir de documentos encaminhados por elas.

Em resumo, é apresentado o seguinte quadro em relação ao cumprimento relativo ao Nível 2:

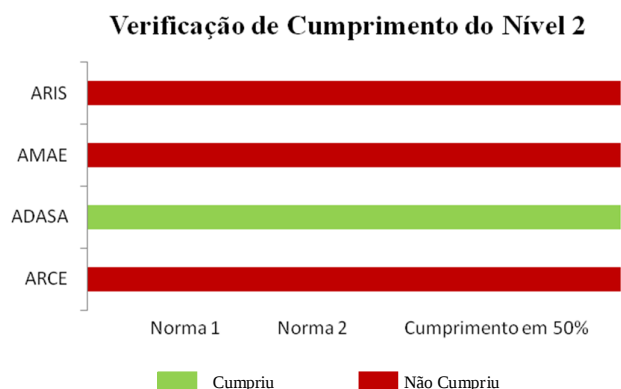


Figura 10. Verificação de Cumprimento do Nível 2

Por fim, analisando o último Nível de ser alcançado pelas agências reguladoras pesquisadas diante de suas legislações de criação, o Nível 3 (Envolvimento), conclui-se que a ADASA, a única agência com o referido potencial legal, não teve a oportunidade

⁶ Informação obtida na página http://www.adasa.df.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=index.php?option=com_content&view=article&id=171&Itemid=275. Acessado em 10 jul. 2013.

de implementar a consulta ou audiência pública para estabelecer as metas anuais às quais se submeteria no(s) exercício(s) seguinte(s).

A análise de verificação do cumprimento desse nível se deu no âmbito dos documentos referentes aos anos de 2010, 2011 e 2012 publicados no sítio oficial da ADASA na internet (www.adasa.df.gov.br).

A partir dos dados obtidos na pesquisa, foi verificado também que as agências reguladoras não alcançaram, em regra, os níveis de participação e de controle social que lhes são permitidos pela legislação que as criou ou pelos normativos externos que lhes regulamentam a atividade.

Todas as Agências pesquisadas cumpriram os requisitos estabelecidos no Nível 1 (Informação) em um determinado ano, não havendo, contudo, no portfólio da maioria delas, relatórios de atividades ou de gestão referentes ao ano de 2010.

Apesar de o Nível 2 (Consulta) ser em regra permitido legalmente, nas Agências em que não houve nenhuma contribuição dos cidadãos ou da sociedade civil também inexistiu, nos processos ou nos documentos analisados, qualquer prova de esforço institucional por parte delas para atrair a população a participar de processos de elaboração de normas que irão atingir seus direitos.

Na única Agência Reguladora pesquisada em que houve alguma contribuição por parte da população interessada, isso ocorreu em virtude de: 1) envio massivo de mala direta para participação em consultas e audiências públicas; 2) visitas aos órgãos de defesa do consumidor e aos representantes do poder legislativo; 3) formulação de cartilha explicativa; 4) realização de audiências públicas descentralizadas.

Em conclusão, nenhuma das agências reguladoras pesquisadas conseguiu atingir o Nível de participação e de controle social máximo, o Nível 4, sendo que todas, em algum momento, atingiram apenas o nível imediatamente inferior àquele que a lei lhes autoriza atingir.

CAPÍTULO V

PROPOSTA PARA MELHORIA DO CENÁRIO ATUAL

5.1. Melhoria em Nível 1

A partir da análise realizada na amostra das agências reguladoras desta pesquisa, é possível afirmar que existe ainda um longo caminho a percorrer para que a população possa ser integrada aos rumos da regulação do setor de saneamento básico.

As vantagens da participação e do controle social são inúmeras, sendo as principais delas a legitimação da conduta da entidade de regulação, que realmente deve trabalhar voltada para o atendimento do interesse público, e a manutenção da agência afastada da captura política dos prestadores de serviços de natureza pública e do próprio governo atuante.

Um dos mecanismos de legitimação da Administração pública que mais vem sendo institucionalizado em nosso direito positivo é o da participação dos titulares e defensores dos interesses individuais, coletivos e difusos no processo de tomada das decisões que lhes afetarão (ARAGÃO, 2006, p. 7).

Em projeto piloto desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC junto a algumas agências reguladoras federais, foram levantados os principais temas relacionados à participação do consumidor na regulação. O quadro a seguir os apresenta:

Principais temas relacionados à participação do consumidor na regulação abordados nos projetos pilotos realizados pelo IDEC

Agenda Regulatória
Instrumento que confere previsibilidade e favorece a participação social no processo regulatório
Necessidade de envolvimento do consumidor, nas suas diferentes dimensões, no processo de construção da agenda
Instâncias de Participação
Necessidade de aprimorar os espaços de participação, minimizando as barreiras que dificultam o envolvimento do consumidor no processo regulatório
Necessidade de aprimorar os procedimentos de consultas e audiências públicas, viabilizando a participação qualificada do consumidor
Comunicação entre a Agência e os Consumidores

Articulação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor
Aproximação com o cidadão, apresentando de forma clara as competências da agência e os canais de comunicação, disseminando direitos e informando, com linguagem acessível, as regras para a prestação dos serviços
Ampliação da transparência no processo decisório
Papel da Agência na Proteção do Consumidor
Entendimento sobre a necessidade de se colocar o consumidor numa posição de destaque na agenda e na missão da agência, considerando a sua condição de vulnerabilidade diante do setor regulado e minimizando o desequilíbrio nas relações de consumo
Fomento ao Trabalho das Organizações de Consumidor
Apoio técnico e financeiro ao trabalho das organizações de consumidores, a fim de promover a sua efetiva participação na regulação

Tabela 3. Principais temas relacionados à participação do consumidor na regulação abordados nos projetos pilotos realizados pelo IDEC

Fonte: LIPORACE (2011a) p. 171-172.

Verificou-se na pesquisa que o primeiro nível (informação) não foi atingido pela maioria das agências no decorrer do período analisado, pois os dados não estão disponibilizados nas páginas oficiais de todas elas.

O arquivo digital contendo a prestação de contas, o relatório de atividades ou o relatório de gestão não é tão grande a ponto de isso justificar a sua não disponibilização eletronicamente ao público em geral.

O Nível 1 (Informação) é importante porque, sem atingi-lo, é impossível haver qualquer participação ou controle social. No entanto, ele é apenas preliminar à real participação (ARNSTEINS, 1969).

Buscando o aprimoramento do relacionamento, por meio do uso intensivo da transparência na observância dos atos emitidos pelas agências reguladoras, essas devem cuidar para manter em suas páginas oficiais os documentos referentes aos anos em que foram elaborados.

Devem ainda priorizar o constante aperfeiçoamento da inteligibilidade e do conteúdo dos relatórios de gestão, da prestação de contas e de atividades para que possam demonstrar ano a ano o aprimoramento de suas atividades por meio da disponibilização de informações relevantes.

Devem ser estruturados sistemas que permitam aos diversos segmentos da sociedade acompanhar a regularidade da gestão e a satisfatoriedade da atuação das agências no cumprimento de seus fins (FILHO, 2002).

Com isso, os cidadãos poderão realizar o acompanhamento das atividades realizadas pelas agências reguladoras ao longo de sua existência, tendo informações que lhes possibilitem realizar exigências quando se verificar uma queda de nível das atividades sem a respectiva divulgação de uma explicação clara do que a causou.

No âmbito das agências reguladoras, a solução proposta tem sido basicamente a combinação da especialidade técnica com a processualização de suas decisões normativas. Os provimentos administrativos das autoridades independentes devem reger-se pela accountability: transparência, participação, informação, justificação e prestação de contas aos interessados... (MOREIRA, 2011)

5.2. Melhoria em Nível 2

Como pôde ser verificado, as entidades pesquisadas possuem capacidade legal para atingir no máximo o Nível 3 (Envolvimento), sendo a regra o Nível 2 (Consulta). Desse modo, as fases de audiências ou de consultas públicas são os principais instrumentos previstos nas leis de criação das agências reguladoras para que o público possa interagir com as decisões tomadas no âmbito regulatório.

O Nível 2, que consiste na consulta à população para que participe da elaboração e controle do conjunto de decisões emanadas das agências, conduz ao conteúdo normativo proposto que pode ser um importante instrumento para que ela tome conhecimento e assim possa se integrar às atividades desenvolvidas pelo regulador.

As consultas e audiências públicas são importantes espaços de participação social na atividade regulatória. Os bons resultados, no entanto, dependem da forma como são conduzidas pelas agências e dos recursos disponíveis nas organizações de consumidores para acompanhar o processo. (LIPORACE, 2011a)

Contudo, não é suficiente a simples observância do processo com a publicação nos Diários Oficiais e em jornais de grande circulação. Não basta apenas uma publicidade passiva, pela qual o regulador, detentor da capacidade técnica, deixa transparecer sua crença de que a população não possui condições de realizar contribuições que o levem a modificar as decisões anteriormente tomadas e justificadas.

As características relativas às normas dos setores regulados (regulação pública, unilateral, assimétrica, intrusiva e agressiva) exigem que os processos produtores de normas sejam revestidos de uma “transparência ativa”. Não basta uma publicidade passiva, mediante divulgação genérica no Diário Oficial. (MOREIRA, 2011)

A institucionalização do processo decisório previsto na LDNSB é mais uma forma para levar à população a compreensão sobre “o que, quando e como” ocorre determinada etapa do processo, não podendo ser visto apenas como cumprimento frio e metodológico de procedimentos burocráticos. Nesse sentido FILHO (2002) preconiza:

É fundamental evitar que a processualização seja meramente aparente. Isso se passa quando o Estado formula, de antemão, uma certa decisão e produz um simulacro de processos para justificá-la.

Conforme verificado nesta dissertação e apresentado no Capítulo 4, a maior quantidade de contribuições recebidas nas audiências e consultas públicas é originada dos prestadores de serviços, cujo interesse principal é que o processo seja direcionado para seu aproveitamento próprio, relegando o interesse público primário a uma importância menor.

Pela análise da Tabela 5, constata-se que o prestador de serviços forneceu mais do que o dobro de contribuições do que a população e entidades de defesa do consumidor.

Qtd Contribuições da Sociedade Civil*	Qtd Contribuições do Prestador de Serviços	Qtd Contribuições de Órgãos Públicos
94	203	11

Tabela 4. Tabela de Contribuições dos Processos de Formação de atos Normativos das Agências Pesquisadas

* Exceto sindicato de empregados do prestador de serviços

Fonte: Processos e documentos enviados pelas agências reguladoras pesquisadas

Em algumas normas expedidas pelas agências pesquisadas não ocorreu nenhuma contribuição por parte da sociedade civil, o que é algo a ser corrigido nos processos posteriores, já que a participação deve ser um objetivo desejado pelo regulador, e não apenas um requisito procedimental a ser cumprido.

[...], e o que é mais grave, a ausência de colaboradores não frustra a edição da norma: não é considerado um requisito de validade a concreta participação de interessados no procedimento. A efetiva

entrega de contribuições no processo de produção de normas das agências é circunstancial, não essencial (MOREIRA, 2011).

Verificou-se com a pesquisa que a participação no processo de formação normativa é restrita, atingindo um número mais expressivo de pessoas detentoras de interesse econômico do que de usuários propriamente ditos. “Trata-se de uma participação excludente, uma legitimação democrática dos interesses de privilegiados.” (MOREIRA, 2011).

No mesmo sentido FILHO (2011) complementa:

Daí se segue a obrigatória consagração de concepções “ativas” a propósito da publicidade e da convocação da participação da sociedade. Isso significa o dever de a agência independente ir em busca da manifestação da sociedade, adotando atitude de provocação, além de convocar os setores especializados não governamentais, os órgãos de defesa dos consumidores e outras organizações do chamado terceiro setor.

Contudo, conforme ensina FILHO (2011), as agências reguladoras, na qualidade de órgão de Estado, possuem capacidade para transformar a realidade atual, já que grande parte da população ainda está afastada dos processos normativos das diversas agências.

A grande massa da população não dispõe de suficiente conhecimento para adotar condutas adequadas e satisfatórias para a defesa de seus próprios interesses [...]. A instituição da agência independente destina-se a combater essa circunstância. Não teria sentido que o processo decisório das agências internalizasse essa mesma característica, tornando-o permeável apenas à participação dos segmentos especializados, os quais são integrados, na grande maioria, pelas indústrias reguladas. (FILHO, 2011)

A Agência Reguladora tem o dever de corrigir a defasagem da participação dos usuários no ambiente das consultas e audiências públicas, a principal forma de participação e de controle social.

Para reverter o atual quadro é necessário que haja, no âmbito interno das agências reguladoras, um procedimento para a expedição de atos normativos que

conceda aos diversos setores da sociedade civil consciência do rito e, a partir da análise de cada matéria, possibilidade de intervenção nas diversas fases de formação da proposta do ato normativo.

FILHO (2002) apresenta em sua obra uma sugestão sobre as etapas que deveriam ser vencidas para um bom procedimento de formação de normas, que resumidamente podem ser identificadas como as seguintes:

- I) Atuação extraprocessual prévia – ações extraprocessuais, informais, com o condão de elaborar um diagnóstico geral da situação, identificação das principais alternativas disponíveis com ampla consulta às lideranças. Isso gera: (a) uma percepção dos problemas mais agudos a serem enfrentados e (b) acerto de um consenso prévio sobre determinadas questões evitando o desgaste de discussão ao longo do processo;
- II) Coleta de informações e esboço de soluções – sistematização de todos os elementos de fato e de direito pertinentes à produção de determinada proposta normativa. Ao final dessa etapa deverá ser elaborado um documento de discussão contendo os dados e as informações reunidas a partir das atividades realizadas e as conclusões atingidas;
- III) Etapa externa de consulta ao público – para informar o público sobre a instauração do processo, com prazo para haver manifestações sobre assuntos que deveriam ser abordados, bem como sobre a pertinência de se regular determinado tema;
- IV) Síntese das conclusões e proposta de regulamentação – conclusão da etapa anterior com a formulação de um texto básico de projeto de regulação;
- V) Consulta ao público sobre o projeto – apresentação do projeto ao público para coleta de maiores contribuições para aperfeiçoamento da proposta de norma;
- VI) Etapa decisória – Produção do documento final contendo as normas abstratas, fundamentando as proposições acolhidas ou rejeições de propostas recebidas durante o período de consulta;
- VII) Publicação do ato;
- VIII) Pedido de reconsideração ou impugnação – como não existe recurso do ato normativo regulatório, competência exclusiva da Agência Reguladora, nada

impede que os interessados venham a se manifestar sobre defeitos ou invalidades em relação à regulação adotada antes de buscarem as vias judiciais.

Nos Estados Unidos as agências reguladoras, com um longo período de existência, já possuem um rito muito bem definido para a expedição de seus atos normativos. FERREIRA (2003, p. 598) *apud* RUBIRA (1991) resumiu o procedimento utilizado pelas agências americanas nas seguintes etapas:

- a) *exigência de consulta a um comitê consultivo com caráter prévio à publicação inicial [...];*
- b) *imposição, antes da publicação inicial, de publicação de anúncios chamando pessoas interessadas externas à agência [...];*
- c) *imposição, antes da publicação inicial, de notícia prévia sobre a possibilidade de a agência vir a regular tal matéria, pedindo opiniões, inclusive sobre a pertinência da própria regulação [...];*
- d) *exigência de a publicação inicial conter inteiro teor do projeto de norma;*
- e) *exigência de, além das publicações, a agência notificar as entidades locais suscetíveis de serem afetadas pelo conteúdo da norma;*
- f) *realização de audiência pública;*
- g) *imposição à agência do dever de permitir aos interessados a proposição de meios de prova e contra-prova, testemunhos e perícias;*
- h) *celebração de assembleia pública na área territorial atingida ou afetada pela norma;*
- i) *obrigação de documentar por escrito todos os atos e provas e tornar acessível para qualquer interessado;*
- j) *exigência de que o preâmbulo que precede a norma responda aos mais importantes comentários e críticas recebidos.*

5.2.1. Da sistematização para o exercício da função normativa

Com base na doutrina aqui apresentada, é necessário pontuar que, para que haja consulta e audiência pública aptas a produzir resultados positivos, no aspecto da participação e do controle social, faz-se necessário que cada Agência Reguladora crie seus próprios ritos procedimentais para a edição de normas de regulação.

No presente trabalho propõe-se que cada uma das Agências desenvolva um normativo que deve ter obrigatoriamente 3 fases:



Figura 11. Fases do Processo de Formação de Normas.

Fonte: Proposta elaborada pelo autor

Nesta dissertação, propõe-se que a Agência observe, necessariamente, ao menos quinze etapas divididas em três fases bem definidas:

FASE PRELIMINAR:

- I) Análise prévia do problema;
- II) Chamamento público para que a população e demais interessados sejam cientificados de que a Agência Reguladora irá expedir uma norma sobre um dado assunto, incluindo os motivos fáticos e jurídicos para isso;

- III) Notificação formal para os órgãos de defesa do consumidor (promotoria do consumidor, PROCON, defensoria pública), para as associações de bairros e associações de usuários e para os representantes do poder legislativo local;
- IV) Consulta pública preliminar contendo as diretrizes que se propõe inicialmente para a futura norma com vistas à identificação das soluções, das lideranças;
- V) Audiência pública para debates (quando a proposição da norma gerar impacto considerável à sistemática utilizada pelos usuários e prestadores de serviços);
- VI) Consolidação das contribuições obtidas nas fases anteriores em um único documento para que seja utilizado como um orientador da atuação do regulador.

FASE DE ELABORAÇÃO:

- VII) Formulação da proposta de norma, bem como da nota técnica que contenha as motivações das decisões técnicas tomadas;
- VIII) Consulta pública, com abertura de prazo razoável para o recebimento de contribuições escritas;
- IX) Audiências públicas descentralizadas nas regiões atingidas pela norma, com a finalidade de apresentar a proposição e convidando à apresentação de contribuições para melhoria do texto da proposição normativa.
- X) Consolidação das contribuições ofertadas nas consultas e nas audiências públicas, com sua publicação, de forma inteligível, assim como da motivação para acatamento ou rejeição de cada uma delas;
- XI) Consolidação do texto da proposição de norma.

FASE DE DIVULGAÇÃO:

- XII) Publicação do ato, nos meios oficiais;
- XIII) Oferta de prazo para impugnação do ato por vícios materiais ou de legalidade;
- XIV) Divulgação das respostas das impugnações;
- XV) Divulgação dos principais pontos da norma, de forma clara e concisa, em especial no que diz respeito aos direitos e deveres dos cidadãos e do prestador de serviços.

É importante frisar que tal proposição não transfere a outrem as atribuições, ou compromete, de nenhuma maneira, a capacidade técnica da Agência Reguladora, cuja competência é absoluta em aceitar ou rejeitar as proposições realizadas por quaisquer interessados, desde que motive seus atos.

A proposição apresentada, de melhoria do cenário atual, está focada em dar conhecimento prévio a todos sobre as etapas que devem ser vencidas para a elaboração de qualquer texto normativo, garantindo tanto a segurança jurídica do procedimento de forma substancial e material, quanto a motivação de todos os atos e decisões no âmbito normativo-regulatório.

O processo de formação de normativa pode ser avaliado sob três aspectos básicos: (i) regularidade formal (prazos, publicações, intimações etc.); (ii) regularidade substancial (conteúdo dos atos do procedimento, especialmente a norma promulgada); (iii) teoria dos motivos determinantes (vinculação aos motivos expostos pela agência quando do acolhimento ou rejeição às colaborações) (MOREIRA, 2011)

5.3. Melhoria em Nível 3

No Nível 3 (Envolvimento), a Agência Reguladora convida a população interessada para desenhar conjuntamente com ela própria os objetivos e metas que deverá alcançar no(s) exercício(s) seguinte(s).

Assim, a agência envolve o cidadão no âmbito decisório interno, passando a se comprometer com o atendimento das metas negociadas, o que garante maior fiscalização da população sobre a eficácia e efetividade da ação regulatória.

Ainda que a participação e o controle social na proposição de negociação das metas periódicas não tenham o condão de recompensa para o cumprimento delas e de punição para o seu não cumprimento, naquelas agências em que tal requisito esteja estabelecido em lei, o cidadão saberá o que esperar no período seguinte e também se tornará capaz de preparar-se para oferecer melhores contribuições quando houver discussão de proposições normativas.

Pela simples análise legislativa, não se evidenciam óbices para que cada uma das agências reguladoras pesquisadas possa, por meio de normativa própria, ampliar o alcance da participação e do controle social de seu exercício.

Todas as agências reguladoras pesquisadas podem (ou deveriam) realizar audiências ou consultas públicas prévias para o estabelecimento de novas metas dirigidas para o exercício seguinte ou os vindouros.

Existem diversos mecanismos para que isso possa ocorrer sem o comprometimento das competências da entidade de regulação. As audiências e consultas públicas para tal finalidade poderiam ser desenvolvidas seguindo alguns critérios de razoabilidade para a participação.

Inicialmente, a agência se proporia a analisar livremente as sugestões de objetivos e metas apresentadas por cidadãos e por entidades de defesa dos direitos do consumidor relativas ao estabelecimento da necessidade de regulação para um dado assunto para o setor, ou mesmo para iniciar a análise de recursos necessários para a execução das rotinas de fiscalização.

Alternativamente, a agência pode apresentar um cardápio de opções possíveis de serem executadas com base na sua análise de demanda de ações e sua disponibilidade de capital e de pessoal.

De qualquer modo, o quadro decisório da Agência deve se acautelar de que os recursos disponíveis num dado exercício não devem ser integralmente direcionados pelas demandas da população, sob pena de esvaziamento do princípio da autonomia da entidade de regulação.

5.4. Melhoria em Nível 4

Para o Nível 4 (Parceria) propõe-se uma divisão de responsabilidades entre a população e a própria entidade de regulação em um movimento de parceria para a melhoria das atividades desenvolvidas no âmbito da agência, de forma que o usuário, organizado em um grupo institucionalizado, aja diretamente junto ao regulador.

Dentre as hipóteses analisadas neste trabalho, foi verificado que a melhor maneira para aumentar a qualidade da participação e do controle social no âmbito da Agência Reguladora é a institucionalização da participação social.

Tanto mais satisfatório será o resultado da atuação das agências quanto maior for a institucionalização da participação dos representantes da sociedade civil. [...] Isso significa a necessidade de conselhos de usuários, compostos por representantes indicados por associações civis e organizações de classe. Esses órgãos devem propiciar o permanente e continuado acesso dos usuários de serviços em relação à atividade regulatória desempenhada pela agência.
FILHO (2002)

Propõe-se para esse nível, ainda, que seja instituído um órgão que possua assentos dos usuários dos serviços públicos de saneamento básico em quantidade igual ou maior que aquela destinada aos representantes do Poder Público, e que os representantes da sociedade sejam escolhidos por meio de fóruns específicos que garantam a equidade entre as diversas classes de usuários.

Nenhuma das Agências pesquisadas possui, em suas leis de criação, previsão de tal órgão, contudo nada impede que a própria entidade de regulação possa estabelecer em normativo interno a instituição desse “conselho de usuários” para funcionamento junto de sua estrutura administrativa.

É importante ressaltar que o órgão de participação e de controle social que se propõe para que as Agências Reguladoras consigam cumprir com os requisitos consignados no Nível 4 (Parceria), apresentados no capítulo anterior, não se confunde com aquele de controle social previsto no art. 47 da LDNSB, que é criado por lei do titular dos serviços para realizar o controle da implementação das políticas públicas de saneamento.

O proposto nesta dissertação é que a entidade reguladora crie um espaço institucionalizado para a participação cidadã em suas atividades, bem como preste contas a esse colegiado de usuários, cuja principal missão será a disseminação das ações do regulador junto à comunidade que representa e o incentivo à participação social e ao controle social sobre as ações de regulação e de fiscalização.

Um dos mecanismos de legitimação da Administração Pública que mais vem sendo institucionalizado em nosso direito positivo é o da participação dos titulares e defensores dos interesses individuais, coletivos e difusos no processo de tomada das decisões que os afetarão. ARAGÃO (2006, p. 7)

Da mesma maneira que a Agência Reguladora deve criar regras que estabeleçam um rito para a formação de atos normativos, ela também pode estabelecer que, no intervalo entre essas etapas esteja compreendida a submissão do ato a um grupo de cidadãos especialmente escolhidos para interagir com o regulador.

A instituição, pelo regulador, de um órgão híbrido (AVRITZER *et al.*, 2005) que garanta a representação, no mínimo, paritária entre a população e os representantes do governo traz a vantagem de que os representantes sociais não serão votos vencidos sempre que o interesse do governo (e não o interesse público) for posto em análise.

É importante que nesse espaço institucionalizado de participação e de controle social haja “consenso negociado” para que as decisões sejam tomadas (ARNSTEIN, 1969). Nesse ponto faz-se necessário ponderar que o “consenso negociado” não deve ser considerado como entendimento unânime para a tomada de decisão, mas, sim, corresponder ao resultado de um debate a partir de quórum qualificado de modo que expresse o entendimento da maioria das categorias ali representadas.

A participação dos usuários e do poder público no grupo de discussões deve ser incentivada, sem, contudo, ser obrigatória. Assim, tanto os participantes populares quanto os governamentais devem se apoiar na importância da atuação do grupo para que continuem incentivados a perpetuar o canal de discussões (AVRITZER *et al.*, 2005).

As eleições dos representantes da população devem garantir a equidade entre as diversas classes de usuários, bem como a prestação de contas desses representantes àqueles que os elegeram (AVRITZER *et al.*, 2005; ARNSTEIN, 1969).

Para a composição do órgão proposto, a Agência Reguladora se atentará para o seguinte:

- I) Deverão ser abrangidos tanto os usuários efetivos, quanto aqueles cidadãos que ainda não são usuários em virtude da não universalização dos serviços;

- II) A composição deve ser paritária entre: usuários-consumidores (residenciais, comerciais, industriais, representantes do setor rural, poder público – na qualidade de usuário), associações e órgãos de defesa do consumidor (IDEC, Defensoria Pública e PROCON, p. ex.) e Agência Reguladora;
- III) Os representantes devem ser escolhidos por meio de fóruns especiais de cada categoria promovidos pelo regulador;
- IV) Mandato máximo de 2 anos permitida uma única recondução;
- V) Preferencialmente que os mandatos dos membros não sejam coincidentes, chamando-se eleições para renovação de 2/3 e 1/3 dos membros;
- VI) A presidência das sessões e as demais atribuições do conselho, exceto a de secretário executivo e de seu adjunto, serão escolhidas pelos próprios membros.

Para auxiliar as atividades do conselho, em especial nas questões administrativas e burocráticas, a Agência deverá designar dois servidores de seu quadro próprio de pessoal para o exercício das funções de secretário executivo e de adjunto para um período de dois anos, permitida uma recondução.

Para a atuação livre e consciente do órgão é necessário que o regulador, tal como ocorre no Direito Britânico, seja o responsável pelo custeio das atividades do colegiado, arcando, inclusive, com os custos relativos à contratação de técnicos externos ao quadro da agência, quando o colegiado entender ser necessário, para instrução da assembléia sobre um assunto que entendam ser mais delicado.

Na Inglaterra os consumidores dos serviços de abastecimento de água se reúnem em grupos fundados e mantidos pelos reguladores do setor, tendo por missão a realização de duas atividades: a primeira é informar os cidadãos e influenciar as políticas públicas do setor; a segunda é tomar para si as reclamações dos usuários frente ao prestador de serviços na busca de um acordo justo (HALL, 2011).

Most statutory consumer watchdogs are funded by the respective sector regulator, who in turns recoups its overall costs from the companies it regulates through compulsory licence fees (HALL, 2011).

A maioria das instituições de proteção dos consumidores é custeada pelos respectivos reguladores do setor, que recuperam esses custos

globais através da cobrança de taxas compulsórias das companhias reguladas.

As atribuições do órgão colegiado de usuários não podem ser confundidas com as atribuições da própria Agência Reguladora, sob pena de delegação ilegal realizada para pessoas externas à estrutura orgânica da administração pública.

Deve ser característica desse conselho consistir em um órgão de consulta obrigatória do regulador, devendo esse afastar fundamentadamente a manifestação daquele apenas quando for social, econômica, legal ou ambientalmente inviável.

A função do colegiado é estabelecer um canal permanentemente aberto entre a entidade de regulação, a sociedade e o prestador de serviços de modo a garantir a contínua melhoria da qualidade regulatória e dos serviços prestados, permitindo a transparência e o controle das atividades desenvolvidas pela Agência.

Assim, se propõe que as principais atribuições desse conselho sejam:

- I) Manifestar-se formalmente a respeito de matéria de interesse dos usuários/consumidores dos serviços públicos de saneamento básico;
- II) Requerer quaisquer informações da Agência Reguladora e dos prestadores de serviços, desde que não estejam classificadas como sigilosas nos termos da lei;
- III) Receber da Agência Reguladora informações e relatórios sobre a atuação dela, podendo impugnar o relatório anual de prestação de contas, gestão ou de atividades, devendo sua impugnação ser publicamente divulgada e considerada;
- IV) Participar do estabelecimento das metas anuais da Agência Reguladora;
- V) Orientar e esclarecer os consumidores sobre seus direitos e deveres, sem prejuízo das obrigações dos prestadores de serviço nesse sentido;
- VI) Manter a Agência Reguladora e os prestadores de serviços informados sobre as principais demandas dos usuários/consumidores, visando à melhoria da regulação e à prestação adequada do serviço;
- VII) Acompanhar a solução de conflitos instaurados entre consumidores e as prestadoras de serviços, requerendo a atuação imediata da Agência nos casos de multiplicação de reclamação de mesma natureza;

VIII) Interagir com os consumidores e com as entidades representativas, visando à indicação de representantes quando da renovação de seus membros;

IX) Oficiar ao Ministério Público, à Defensoria Pública e ao PROCON quando verificar a omissão da Agência Reguladora em relação ao exercício de suas atribuições;

X) Requerer ao Chefe do Poder Executivo ou do Legislativo a instauração de processo para apuração de responsabilidade do quadro diretor da Agência Reguladora quando descumprir os preceitos das legislações vigentes ou nos casos de omissões ilegais.

Apesar de o conselho de usuários ser de natureza consultiva, a Agência Reguladora poderá dar-lhe atribuições para que haja um efetivo desenvolvimento da atividade regulatória e fiscalizatória, de modo a gerar um significativo incremento da participação e do controle social junto a essa entidade.

Preenchendo os requisitos do Nível 4 (Parceria), haverá no ambiente regulatório enorme potencial para um satisfatório fórum de participação e de controle social que tenderá a ir se aprimorando com o amadurecimento da sociedade e com o incentivo constante da entidade de regulação.

Verificou-se neste capítulo que o ambiente regulatório poderá se tornar permeável à participação e ao controle social com a atuação proativa da Agência Reguladora em alguns pontos:

I) A atuação do regulador deverá se dar de forma transparente com a disponibilização em sua página oficial na internet de todos os relatórios de atividades, gestão ou de prestação de contas que tenha elaborado;

II) A utilização das consultas e as audiências públicas, instrumentos comuns a todas as agências pesquisadas, de forma inclusiva;

III) A adoção formal de um rito no qual fique explícito as etapas a que todos os atos normativos expedidos pela agência se submetem para sua formação;

IV) O envolvimento da sociedade no planejamento das ações da entidade de regulação, por meio da formação de uma agenda regulatória;

V) A realização das atividades regulatórias em parceria com o órgão de participação e controle social institucionalizado pelo regulador;

Tal permeabilidade importa na entidade de regulação exercer essa prerrogativa com a máxima transparência e buscando sempre a melhoria dos serviços que presta à sociedade, sem, contudo se desvencilhar de sua independência decisória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As expressões – participação e controle social – não constituem abordagens conceituais utilizadas pela doutrina nacional e internacional de forma uníssona. Após pesquisa bibliográfica concluiu-se que ambas as expressões correspondem a elementos não excludentes do exercício da cidadania.

No Capítulo 1, foram discutidos diferentes significados a elas atribuídos.

Optou-se nesta dissertação por utilizar a expressão participação social como um elemento do exercício de cidadania a partir do qual o cidadão, individual ou associativamente, partilha o poder durante o processo decisório estatal, contribuindo para os rumos da decisão administrativa e dos objetivos estratégicos de determinado órgão ou entidade componente da administração pública.

Por sua vez, o controle social é entendido neste trabalho como fato social que ocorre posteriormente à tomada de decisão por parte de qualquer ente relacionado à administração pública.

Destarte, foi proposto na pesquisa que o controle social seja tomado por um elemento a mais do exercício da cidadania pelo qual o cidadão, individual ou associativamente, interage com o Estado objetivando avaliar a atuação da administração pública, em especial quanto à legitimidade de seus atos e ao cumprimento das metas das ações propostas pela própria administração pública ou por quaisquer mecanismos de participação social.

O novo marco regulatório do setor de saneamento básico, aprovado em 2007 e configurado na Lei 11.445, trouxe em seu bojo, como um de seus princípios, o controle social, que tem seu conceito tratado de forma conjunta com o da participação social, conforme se depreende a partir da interpretação sistemática dessa nova legislação.

Contudo, para se compreender o modelo atual, os novos instrumentos apresentados e a justificativa para o lapso de tempo que foi necessário até ser confeccionado um “acordo possível” em direção ao novo marco regulatório, foi realizada uma breve digressão histórica, que está contida no Capítulo 2.

As Agências Reguladoras, independentemente do modelo adotado pelo titular dos serviços públicos, têm a prerrogativa de manter seu insulamento institucional, buscando a equidistância entre os diversos interessados (prestador de serviços, usuários e governo).

O sucesso de um modelo de agências depende da consagração de processos administrativos que permitam o desempenho imparcial das competências a elas atribuídas. (FILHO, 2002)

Tal equidistância é relativa, visto que os diversos interessados não possuem a mesma capacidade de articulação e de defesa de seus interesses. Para a garantia da imparcialidade do regulador em relação às demandas dos usuários dos serviços públicos de saneamento básico, é necessário que aquele aprimore os mecanismos de proteção aos usuários, bem como os instrumentos de participação e de controle social.

O controle social é, então, princípio da LDNSB, no entanto a amplitude do seu conceito, conforme apresentado no Capítulo 1, abarca também o da participação social, motivo pelo qual ambos foram trabalhados conjuntamente.

Eis o mister do controle social, nas relações administrativas: sugerir propostas, impedir abusos e omissões, bem como questionar diretamente, desde o nascedouro, as escolhas e as opções do administrador público. (FREITAS, 2009, p. 402)

A consagração de tal princípio na Lei parte do fato de que o interesse público pode, e deve, ser defendido por toda a sociedade, competindo ao Estado o estímulo e os mecanismos para que a participação e o controle social possam ser exercidos de maneira efetiva pelos cidadãos (DI PIETRO, 2005).

A entidade de regulação, na qualidade de instrumento do Estado que visa à melhoria do serviço público, deve criar mecanismos para que os cidadãos possam exercer suas prerrogativas em relação às atividades regulatórias.

No capítulo 4, o presente estudo buscou verificar quais eram as reais condições em que as agências regulatórias de saneamento básico pesquisadas permitiam que a participação e o controle social atuassem junto às suas estruturas de acordo com a legislação de criação e de regulamentação de cada uma delas.

A proposição de classificação em nível de participação e de controle social foi inspirada primordialmente por AIRNSTEIN (1969). As adaptações foram realizadas de modo a compatibilizar participação e controle social com o nível mínimo de informação, obrigatório em todas as Leis das agências pesquisadas, e com o nível máximo, de modo que o regulador não transferisse o poder técnico decisório. Tal transferência, de uma instituição criada sob a égide do princípio da tecnicidade, para uma instância política, significaria um retrocesso da sistemática atualmente utilizada.

Na pesquisa foi verificado que existe um lapso entre o Nível de participação e de controle social que é permitido pela legislação e o que efetivamente vem sendo realizado por cada entidade.

Em nenhuma das agências reguladoras pesquisadas foi verificado o atingimento do nível máximo permitido na legislação que as criou, bem como não foi verificado o cumprimento dos requisitos do Nível 4 em nenhuma dessas leis. Contudo, a falta de previsão legal não impede que a entidade de regulação estabeleça, em seu interior, um marco normativo para a institucionalização da participação e do controle social.

Devem ser interpretadas restritivamente quaisquer limitações ao princípio da participação (FREITAS, 2009, p. 410).

A proposição para melhoria do cenário atual sugerida no Capítulo 5 foi estruturada a partir da análise das competências das entidades de regulação previstas na LDNSB, para aliar a função exercida por essas entidades à ponderação dos diversos interesses envolvidos no setor regulado.

Se o exercício da discricionariedade se dá através da ponderação entre os diversos e genéricos interesses em questão, nada mais justo e necessário que seus titulares possam manifestar as suas posições perante a administração, com o que estarão inclusive contribuindo para o controle da legalidade e da efetividade dos seus atos, uma vez que os participantes no processo administrativo carrrear-lhe-ão elementos e opiniões para que possa tomar decisões mais equânimes e eficientes. (ARAGÃO, 2006, p. 11)

Quanto maior a penetração dos anseios sociais e seu controle sobre a atuação normativa e fiscalizatória das agências, maior será a possibilidade de melhoria dessas

áreas e do próprio serviço público regulado, pois dessa forma o conhecimento técnico se alia com as ponderações dos diversos interessados.

Presume-se que a matéria objeto de disciplina abstrata pela agência reflete conhecimento técnico-científico especializado. Portanto, o procedimento normativo tem de propiciar a identificação de todos os problemas técnicos e das soluções adequadas e compatíveis. (FILHO, 2002)

Compete ao regulador estabelecer regras claras e previsíveis para a participação e para o controle social, tal como lhe compete também criar estruturas e instâncias para o aperfeiçoamento da recepção das contribuições populares de modo a criar sinergia entre a tecnicidade da agência e a conveniência dos cidadãos.

Atualmente, nas Agências Reguladoras de Saneamento Básico, o âmbito de participação de controle social está restrito à disponibilização de relatórios de atividades ou gestão e às consultas e audiências públicas.

Em um primeiro momento, a melhoria contínua dos relatórios e a utilização sistemática das audiências e das consultas públicas para a formação de uma agenda regulatória participativa geram previsibilidade das ações da Agência. Aliando-se isso a criação de procedimentos para a formação de atos normativos, cria-se o caminho mais rápido e menos custoso para um incremento considerável da participação e do controle social no âmbito regulatório.

Contudo, isso somente se consolidará com transparência do regulador e com massiva publicidade das ações de integração, o que necessita de uma conduta eminentemente proativa dele, que deve buscar incessantemente a criação e manutenção das vias de diálogo com os cidadãos.

Em um segundo momento, para consolidar os ganhos obtidos com a integração da sociedade na fase anterior, a Agência de Regulação deve institucionalizar a participação e o controle social por meio da criação de uma estrutura de consulta permanente que possua capacidade de aprimoramento constante.

Contudo, a modelagem adotada pelo regulador deve tomar o devido cuidado para que a institucionalização da participação e do controle social não se torne um fator

de descrédito e que gere a perda da vitalidade desses instrumentos de inserção da sociedade no ambiente regulatório.

A dissertação se limitou a verificar a situação do ambiente regulatório do setor de saneamento básico no contexto de quatro Agências Reguladoras em um universo de quase 50.

Seria interessante que, em um futuro trabalho, todas as demais agências sejam analisadas para verificar o Nível possível (de acordo com a legislação em vigor) e o Nível efetivo (atuação do regulador) de participação e de controle social.

Cumulando-se com a proposta anterior, seria de grande utilidade para o setor a realização de um projeto piloto de acompanhamento da atuação de, ao menos, duas das Agências pesquisadas para verificar a evolução da postura ativa do regulador em relação à participação e ao controle social.

Idealiza-se que o projeto piloto possa ocorrer no âmbito da Associação Brasileira de Agências Reguladoras – ABAR, ambiente associativo com viés de desenvolvimento técnico da Regulação, que possui em sua estrutura câmaras técnicas com enfoque na área de saneamento básico.

No âmbito dessa proposta, as Agências que a ele aderissem teriam seus processos monitorados e aperfeiçoados conforme proposição apresentada no Capítulo 5 desta dissertação durante o período de dois anos, após o qual será possível estabelecer as causas de sucesso e, se for o caso, de fracasso da ampliação da participação e do controle social no âmbito delas.

A participação e o controle social não são e, portanto, não podem ser compreendidos pela entidade de regulação como um princípio estanque, uma etapa procedimental a ser vencida e que gere apenas demora inútil no processo normativo.

A identificação do regulador, pela sociedade e por ele próprio, como um “prestador de serviços públicos” terá o condão de esclarecer que, entre suas responsabilidades, está a transparência de suas ações.

Não será fácil vencer a inércia verificada no setor após anos de estagnação, durante os quais grandes empresas estaduais foram majoritariamente responsáveis pelo

seu desenvolvimento sem nenhuma fiscalização eficiente, sendo hoje detentoras de enorme poder político.

A missão do regulador, em última instância, é aliar a necessidade e o interesse público no apoio à criação e à viabilização da execução das políticas públicas de saneamento básico com vias a superar o déficit de universalização e de qualidade, ainda de grandes proporções no País.

Assim sendo, o Regulador executará sua missão por meio da aprovação de atos normativos e de ações de fiscalização, e somente terá sucesso quando atingir o fator de legitimação máximo, consubstanciado na participação social e no controle das ações regulatórias e de fiscalização realizados pela sociedade civil, organizada ou não.

BIBLIOGRAFIA

ABAR, Associação Brasileira de Agências Reguladoras. **Saneamento Básico: Regulação 2013**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2013.

ABREU, Lucijane Monteiro de; FILHO, Francisco Mendes de Alencar. **Metodologia alternativa para avaliação de desempenho de companhias de saneamento básico: aplicação da análise fatorial**. Disponível em: <http://downloads.caixa.gov.br/_arquivos/desenvolvimento_urbano/saneamento/Artigosaneamento.pdf>. Acessado em: 20 agosto 2013.

AMARAL, Silas Rodrigues do. **Teoria de delimitação da função normativa das agências reguladoras**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, p. 207-232, jan./mar. 2012.

ANDRADE. Letícia Queiroz de. **Poder normativo das agências reguladoras (legitimação, extensão e controle)**. Revista Brasileira de Direito Público RBDP. Belo Horizonte, n. 15, ano 4, Outubro/Dezembro 2006 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=38651>>. Acessado em: 3 setembro 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A legitimação Democrática das Agências Reguladoras**. In BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras e Democracia. Rio de Janeiro-RJ: Lumen Juris, 2006. p. 1-20

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado Democrático de Direito**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 148, a. 37, outubro / Dezembro 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/646>>. Acessado em: 27 julho 2012.

ARAÚJO, Marcos Paulo Marques. **Adoção da gestão associada para a prestação da disposição final de resíduos sólidos urbanos à luz da Lei nº 11.445/07, Lei de Saneamento Básico (LSB)**. Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDU, Belo Horizonte, ano 6, n. 35, set./out. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=47937>>. Acessado em: 3 setembro 2013.

ARNSTEIN, Serry R. **A Ladder of Citizen Participation (1969)**. Disponível em: <http://www.historyofsocialwork.org/1969_ENG_Ladderofparticipation/1969,%20Arns%20tein,%20ladder%20of%20participation,%20original%20text%20OCR%20C.pdf>.

Acessado em: 9 maio 2013.

ASSIS, João B. L; LIMA, U. M. **Regulação, fiscalização e sustentabilidade sob a ótica dos direitos dos usuários dos serviços de Saneamento Básico** In MINISTÉRIO DAS CIDADES. SECRETARIA NACIONAL DE SANEAMENTO AMBIENTAL. **Lei Nacional de Saneamento Básico: Perspectivas para as Políticas e Gestão dos Serviços Públicos**. Brasília, 2011, Livro I, p. 196-205.

AVRITZER, Leonardo; PEREIRA Maria de Lourdes Dolabela. **Democracia, participação e instituições híbridas** In TEORIA E SOCIEDADE (Revista dos Departamentos de Ciência Política e de Sociologia e Antropologia – UFMG) – Belo Horizonte, número especial, maio de 2005. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/57941437/Avritzer-leonardo-Pereira-Maria-de-Louder-Democracia-participacao-e-instituicoes-hibridas>> Acessado em: 20 março 2013.

AVRITZER, Leonardo; PEREIRA, Maria de Lourdes Dolabela. (2005), **Democracia, Participação e Instituições Híbridas**. Teoria & Sociedade, número especial, Belo Horizonte, UFMG, pp. 16-41.

BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras. Constituição, transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro-RJ: Lumen Juris, 2006. p. 59-88.

BERNARDES, Ricardo Silveira, SCÁRDUA Martha Paiva e CAMPANA, Néstor Aldo. **Guia para a Elaboração de Planos Municipais de Saneamento**, 2006. Disponível em http://www.mprs.mp.br/areas/ressanear/arquivos/guia_elaboracao_de_planos_de_sanamento_min_das_cidades.pdf. Acessado em: 10 outubro 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil**. In BINENBOJM, Gustavo. **Agências Reguladoras e Democracia**. Rio de Janeiro – RJ: Lumen Juris, 2006. p. 89-110.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010. Regulamenta a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 2010.

_____. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 jan. 2007.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 fev. 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.842 Rio de Janeiro**. Partido Democrático Trabalhista e Estado do Rio de Janeiro. Voto-Vista do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI1842GM.pdf>>. Acessado em: 25 julho 2013.

BREDER, Jane Carvalho. **Controle Social – um modelo em construção: contribuições do Tribunal de Contas da União**, 2008. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054156.PDF>. Acessado em: 04 março 2013.

CARCUTE, Mônica França de Sousa; NETO, Francisco Taveira. **Princípio da Publicidade e Controle Social**. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP Belo Horizonte, nº. 31, ano 3 Julho 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=9107>>. Acessado em: 18 junho 2013.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **Saneamento básico no Brasil: desenho institucional e desafios federativos**. Brasília: Ipea, 2002 (Texto para Discussão, n. 1565). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6896>. Acessado em: 23 julho 2013.

CUNILL GRAU, N. **“Responsabilización por el Control Social”**. In: La responsabilización en la nueva gestión pública latinoamericana. Consejo Científico del CLAD. Buenos Aires: CLAD; BID; EUDEBA, 2000. pp. 269-327.

DE NEGRI, B., THOMAS, E., ILINIGUMUGABO, A., MUVANDI, I. e LEWIS, G. **Empowering Communities: Participatory Techniques for Community - Based Programme Development**. Volume 1: Trainer’s Manual. Nairobi. The Centre for African Family Studies (CAFS), in collaboration with the Johns Hopkins University Centre for Communication Programs and the Academy for Educational Development. 1998. Disponível em: <http://www.globalhealthcommunication.org/tool_docs/volume_1_full_text.pdf>. Acessado em: 10 setembro 2013.

DI PIETRO, Maria S. Z. **Regulação, Poder Estatal e Controle Social**. Revista de Direito Público da Economia RDPE. Belo Horizonte, n. 11, ano 3 Julho/Setembro 2005 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31157>>. Acessado em: 21 agosto 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites da Função Reguladora das Agências Diante do Princípio da Legalidade**. In DI PIETRO, Maria Sylva Zanella (org.). Direito Regulatório: Temas Polêmicos. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003. p. 27-60

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 2004

FALCONI, Vicente. **TQC: Controle da Qualidade total (no estilo japonês)**. Belo Horizonte, MG. Fundação Christiano Ottoni, Escola de Engenharia da UFMG, Rio de Janeiro. Ed. Bloch, 1996. Disponível em <http://www.aneel.gov.br/biblioteca/trabalhos/trabalhos/Monografia_Pos_Graduacao_Geovane_Marcio.pdf>. Acessado em: 27 agosto 2013.

FARIAS, Rosa Sulaine Silva. **Perspectivas e Limites da Lei de Diretrizes Nacionais de Saneamento Básico: um estudo sobre a aplicação dos principais instrumentos e determinações da Lei nº. 11.445/07, nos municípios da Região Metropolitana de Belém-Pa.** São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/16/16139/tde-28072011-105618/pt-br.php>>. Acessado em: 10 agosto 2013.

FERREIRA, Cristiane Catarina de Oliveira. **Participação Social na Elaboração de normas das agências reguladoras no Brasil e nos Estados Unidos da América do Norte.** In DI PIETRO, Maria Sylva Zanella (org.). *Direito Regulatório: Temas Polêmicos.* Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003. p. 585-606

FIGUEIREDO, Marcelo. **Agências Reguladoras.** São Paulo – SP: Malheiros Editores: 2005.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Direito e Regulação no Brasil e nos EUA.** São Paulo – SP: Malheiros Editores: 2004

FILHO, Marçal Justen. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

FILHO, Marçal Justen. **Agências Reguladoras e Democracia: Existe um déficit democrático na “regulação independente”?** In ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *O poder normativo das agências reguladoras.* 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 227-250.

FRANÇA, Phillip Gil. **O Controle da Administração Pública. Tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais.** 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GALVAO JUNIOR, Alceu de Castro; TUROLLA, Frederico Araújo and PAGANINI, Wanderley da Silva. **Viabilidade da regulação subnacional dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário sob a Lei 11.445/2007.** Eng. Sanit. Ambient. [online]. 2008, vol.13, n.2, pp. 134-143.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências Reguladoras: A “Metarmofose” do Estado e da Democracia (uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado).** In BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras e Democracia.* Rio de Janeiro – RJ: Lumen Juris, 2006. p. 21-58

GRAU, Eros Roberto. **O discurso Neoliberal e a Teoria da Regulação.** In CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (org.). Desenvolvimento econômico e intervenção do estado na ordem constitucional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 59-76

GRINBERG, Rosana. **A visão de uma organização de consumidores.** In Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social / organizadores Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado. – Brasília: Presidência da República, 2011. p. 129-140

HALL, Richard. **Consumer groups and regulator – experiences from UK.** In Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social / organizadores Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado. – Brasília: Presidência da República, 2011. p. 111-126

HELLER, Leo. **Saneamento para todos com equidade: desafios contemporâneos para o Brasil.** 2012. Disponível em: <<http://www.assemae.org.br/arquivoArtigos/saneamentoparatodos.pdf>>. Acessado em: 31 maio 2013.

HELLER, Léo; REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Pedro G. B. **Participação e controle social em saneamento básico: aspectos teórico-conceituais.** In: JÚNIOR, Alceu C.G.; XIMENES, Marfisa M.F. **Regulação: controle social na prestação de serviços de água e esgoto.** Fortaleza: Pouchain Remos, 2007. p. 37-68.

HOHMANN, Ana Carolina C. **Regulação e Saneamento na Lei Federal nº 11.445/07,** 2012. Disponível em <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2012/Artigo_8_Regulacao_e_saneamento.pdf>. Acessado em: 05 julho 2013.

JOURAVLEV, Andrei. Participação dos reguladores no Processo regulatório. In: JÚNIOR, Alceu C.G.; XIMENES, Marfisa M.F. **Regulação: controle social na prestação de serviços de água e esgoto.** Fortaleza: Pouchain Remos, 2007. p. 16-36.

JÚNIOR Alceu C.G. e XIMENES, Marfisa M.F. Desafios para os conselhos de saneamento básico. In JÚNIOR, Alceu C.G.; XIMENES, Marfisa M.F. **Regulação: controle social na prestação de serviços de água e esgoto.** Fortaleza: Pouchain Remos, 2007. p. 66-93.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das Agências Reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2008.

LIPORACE, Teresa. **O Programa de Fortalecimento da Capacidade Técnica da Participação Social**. In Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social / organizadores Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado. – Brasília: Presidência da República, 2011. p. 161-186.

LIPORACE, Teresa. **Perspectiva e desafios à participação social na regulação**. In Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social / organizadores Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado. – Brasília: Presidência da República, 2011. p. 193-212.

LOBO, Alfredo. **Experiências e desafios para a participação das organizações de consumidores na regulação**. In Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social / organizadores Jadir Dias Proença e Carlos Eduardo Resende Prado. – Brasília: Presidência da República, 2011. p. 141-158.

MARINHO, Maria do Socorro Japiassú. **Regulação dos serviços de saneamento no Brasil**. Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.ppge.ufrgs.br/redesenv/teses/2006/doutorado/68.pdf>. Acessado em: 27 agosto 2013.

MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos; PEREIRA, José Matias. **Controle Social no Brasil: confrontando a teoria, o discurso oficial e a legislação coma prática**. In Revista do TCU, Ano 34, Número 98, Outubro/Dezembro 2003. Disponível em: portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054650.PDF. Acessado em: 05 março 2013.

MINISTÉRIO DAS CIDADES (CIDADES). **Guia para a elaboração de Planos Municipais de Saneamento Básico**. Brasília: Ministério das Cidades, 2011. 2ª edição.

MINISTÉRIO DAS CIDADES, Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental (MC/SNSA). **Panorama do saneamento básico no Brasil, Elementos conceituais para o saneamento básico**. Volume nº 1. Ministério das Cidades: 2011. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/index.php/plano-nacional-de-saneamento-basico-plansab>. Acessado em: 10 agosto 2013.

_____, Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental (MC/SNSA). **Panorama do saneamento básico no Brasil, Elementos conceituais para o saneamento básico.** Volume nº 4. Ministério das Cidades: 2011. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/index.php/plano-nacional-de-saneamento-basico-plansab>>. Acessado em: 10 agosto 2013.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO/SEPURB (MPO/SEPURB). **Diagnóstico do setor de saneamento: estudo econômico e financeiro.** Série Modernização do setor saneamento/PMSS, 1995. Disponível em <<http://www.pmss.gov.br/PaginaCarrega.php?EWRErterterTERTer=47>>. Acessado em: 20 agosto 2013.

MOREIRA, Egon Bockman. **Os limites à Competência Normativa das Agências Reguladoras.** In ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O poder normativo das agências reguladoras. 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 131-166

NAHUM, Glenda Barbosa de Melo e Tânia. **Estudo sobre regulação de serviços públicos municipais de saneamento básico.** Disponível em: <<http://www.assemae.org.br/arquivoArtigos/estudoRegulacao.pdf>>. Acessado em: 25 julho 2013.

NETO, Floriano A. M. **A regulação no setor de saneamento.** In MINISTÉRIO DAS CIDADES. SECRETARIA NACIONAL DE SANEAMENTO AMBIENTAL. **Lei Nacional de Saneamento Básico: Perspectivas para as Políticas e Gestão dos Serviços Públicos.** Brasília, 2011, Livro I, p. 167-195.

OLIVEIRA, João Paulo Cândido dos Santos. **O Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 516, 5 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/6000>>. Acessado em: 28 ago. 2013.

PEDRO FARIAS, **Desempenho, transparência e regulação: o mito das incompatibilidades congênitas.** 2004, disponível em <https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/3379/1/desempenho_transparencia_e_regulacao.pdf>. Acessado em: 25 agosto 2013.

SALLES, Maria José. **Política Nacional de Saneamento: percorrendo caminhos em busca da universalização**. Fiocruz, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://arca.icict.fiocruz.br/handle/icict/2605>>. Acessado em: 15 agosto 2013.

SERAFIM, Lizandra. **Controle Social nas Agências Reguladoras Brasileiras: entre projetos políticos e modelo institucional. A ANEEL nos governos FHC e Lula (1995 - 2005)**. Unicamp, Campinas, 2007.

SILVA, Frederico Barbosa da; JACCOUD, Luciana; BEGHIN, Nathalie. **Políticas Sociais no Brasil: Participação Social, Conselhos e Parcerias, 2009**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Cap_8-10.pdf>. Acessado em 04 março 2013.

SOARES, Samira I.O. **Mediação de conflitos ambientais: Um novo caminho para a Governança da Água no Brasil**. Curitiba: Juará Editora, 2010.

SOUSA, Ana Cristina Augusto de. **Política de Saneamento no Brasil: atores, instituições e interesses**. Rio de Janeiro : s.n., 2011. Disponível em: <<http://pesquisa.bvs.br/brasil/resource/pt/lil-591574>>. Acessado em: 10 agosto de 2013.

SOUTO, Marcos Jurueña Villela. **Agências Reguladoras**, in Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, vol.216-abril-junho, 1999, p. 130 (citado em http://www.sinal.org.br/artigo192/legislacao_agencias/Artigo%20professor%20Amorim%20ag%20reguladoras.pdf)

STOTZ, Eduardo Navarro. **Dicionário da Educação Profissional em Saúde**. Disponível em: < <http://www.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/parsoc.html>>. Acessado em: 04 março 2013

TOLEDO SILVA, Ricardo. **Público e privado na oferta de infra-estrutura urbana no Brasil**. In: Dossiê: serviços urbanos, cidade e cidadania, 2003. Disponível em: <http://www.usp.br/fau/docentes/deptecnologia/r_toledo/3textos/index.html>. Acessado em: 21/08/2013.

VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. **Voz, Alívio e Oportunidade ou a Política Social de Arquimedes no Brasil, 2009**. REVISTA Em Pauta. Rio de Janeiro, Volume 6 - Número 23 - Julho de 2009. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/view/499>>. Acessado em: 05 maio 2013.