

GOVERNANÇA REGULATÓRIA: UMA PROPOSTA À LUZ DO SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO BRASILEIRO

REGULATORY GOVERNANCE: A PROPOSAL IN THE PERSPECTIVE OF THE BRAZILIAN WATER AND SANITATION SECTOR

Recebimento: 24 set. 2022

Aceitação: 28 mar. 2023

Natália Resende Andrade Ávila

Mestra e Doutoranda em Tecnologia Ambiental e Recursos Hídricos e Mestranda em Direito

Afiliação institucional: Universidade de Brasília – UnB – (Brasília, DF, Brasil)

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/9619139680168740>

Email: natalia.resende.pgf@gmail.com

Egon Bockmann Moreira

Doutor em Direito

Afiliação institucional: Universidade Federal do Paraná – UFPR – (Curitiba, PR, Brasil)

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/5859990024741610>

Email: egon@xvbm.com.br

Oscar de Moraes Cordeiro Netto

Doutor em Ciências e Técnicas Ambientais

Afiliação institucional: Universidade de Brasília – UnB – (Brasília, DF, Brasil)

Lattes iD: <http://lattes.cnpq.br/6062647392392102>

Email: oscar_netto@uol.com.br

Como citar este artigo / How to cite this article (informe a data atual de acesso / inform the current date of access):

ÁVILA, Natália Resende Andrade; MOREIRA, Egon Bockmann; CORDEIRO NETTO, Oscar de Moraes.

Governança regulatória: uma proposta à luz do setor de saneamento básico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 68, n. 2, p. 107-135, maio/ago. 2023. ISSN 2236-7284. Disponível em:

<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/87743>. Acesso em: 31 ago. 2023. DOI:

<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v68i2.87743>.

RESUMO

O presente artigo tem como escopo principal analisar o setor de saneamento básico sob uma ótica regulatória e de governança e propor uma concepção de governança regulatória, considerando os conceitos e entendimentos que a circundam. Pretende-se, assim, trazer contribuições a partir da revisão bibliográfica sobre o setor de saneamento básico, regulação, governança e governança regulatória, e, ainda, ao incitar reflexões para a melhoria das práticas de governança regulatória, haja vista a mencionada proposta. Nesse sentido, buscou-se, utilizando-se da metodologia descritiva, primeiramente, estudar o ambiente de regulação e governança do setor de saneamento básico, sob uma perspectiva internacional e também do cenário brasileiro. Após, exploraram-se os conceitos e entendimentos acerca da regulação e de governança, desde as definições tradicionais até as acepções mais modernas, propondo-se, ao fim, uma concepção de governança regulatória. Observa-se uma tendência e a necessidade de se investir esforços teórico-práticos para o aprimoramento da

governança regulatória, o que perpassa a compreensão do ambiente do setor, as definições de regulação, governança e a própria concepção do que seria governança regulatória.

PALAVRAS-CHAVE

Regulação. Governança. Governança regulatória. Setor de saneamento básico brasileiro. Novo marco do saneamento básico.

ABSTRACT

The main goal of this article is to analyze the water and sanitation sector from a regulatory and governance perspective and propose a conception of regulatory governance, considering the concepts and understandings that surround it. Thus, it is intended to bring contributions from the literature review on the water and sanitation sector, regulation, governance and regulatory governance, and also by inciting reflections for the improvement of regulatory governance practices. In this sense, we sought, using the descriptive methodology, to study the regulatory and governance environment of the sanitation sector, from an international perspective and also from the Brazilian scenario. After that, the concepts and understandings about regulation and governance were explored, from traditional definitions to the most modern meanings. Finally, a conception of regulatory governance was proposed. There is a tendency and the need to invest theoretical and practical efforts to improve regulatory governance, which means the understanding of the sector environment, the definitions of regulation, governance and the conception of what would be regulatory governance.

KEYWORDS

Regulation. Governance. Regulatory governance. Brazilian sanitation sector. New sanitation framework.

INTRODUÇÃO

Até o final do século XX, a academia jurídica e a econômica conviviam em razoável distância, com boas relações diplomáticas. Além disso, a experiência científica de ambos os vizinhos se pautava pelas gerações: de tempos em tempos, o conhecimento se renovava e se estabelecia nova fronteira (interna e externa). Essa situação foi velozmente alterada a partir da década de 1990, a exigir a compreensão dinâmica e integrada de ambas as matérias. É exatamente isso que se passa quanto à “governança regulatória”, que entrelaça questões de economia e de direito administrativo.

O tema possui algumas premissas que integram a economia e o direito (com pitadas de ciência política e administração).

Quem fala de governança está a tratar bem mais do que de competência e dos meios formais de execução de tarefas, uma vez que se pretende coibir ativamente os conflitos de interesses e valorizar a segregação de funções, reforçando a autonomia decisória (e correspondente responsabilização). Além disso, dá legibilidade aos sistemas de *accountability*, *compliance* e demais mecanismos de integridade.

Já a regulação pretende disciplinar certos aspectos da conduta de agentes públicos e privados, sobretudo em setores com maior relevância socioeconômica. Em seu conceito estrito, contempla a(s) autoridade(s) de que pode(m) emanar regras de comportamento econômico. Ocorre que, no setor de saneamento básico brasileiro, a regulação se desenvolve por meio da convivência entre múltiplas pessoas políticas, com respectivas entidades e órgãos administrativos, em todo o território nacional. Abrange contratos administrativos de longo prazo, com investimentos robustos de sociedades empresariais privadas (sob controle ou não dos poderes públicos), que prestarão serviços de interesse público. Além disso, o setor vem se submetendo a alterações estruturais (como se dá no caso do novo marco do saneamento básico brasileiro – a Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020). É imprescindível, portanto, haver regras claras de quem faz (e pode fazer) o quê, quando e sob quais condições, a fim de se conhecer e administrar metas e resultados (eficiência, eficácia e efetividade das entregas).

Este artigo pretende conferir alguma nitidez à integração de tais temas, e será dividido em quatro partes (para além desta introdução e das considerações finais). Em primeiro lugar, o leitor será situado de forma breve no estado da arte do debate acerca da regulação, governança e governança regulatória. Após, busca-se estudar o ambiente de regulação e governança do setor de saneamento básico, sob perspectiva internacional e também no cenário brasileiro. Explicitada a questão, o terceiro tópico trata da metodologia descritiva, na qual o desenvolvimento do artigo se baseia. Ao final, exploram-se os entendimentos acerca da regulação e da governança, desde as definições tradicionais até as mais modernas, propondo-se uma concepção de governança regulatória.

1 O DEBATE SOBRE REGULAÇÃO, GOVERNANÇA E GOVERNANÇA REGULATÓRIA

A regulação e a governança que lhe é (ou deve ser) necessária são objeto de intensas discussões atuais, apesar de as bases da atividade regulatória remontarem às décadas de 1960 e 1970, especialmente nos Estados Unidos da América e na Inglaterra (Baldwin; Cave; Lodge, 2013).

Nos Estados Unidos, como explanam Mattos *et al.* (2004), não só a desregulação e o entusiasmo com a revolução dos direitos (*rights revolution*) marcaram a década de 1970. Segundo os autores, por um lado, o Congresso tentou clarear regras e consolidar procedimentos a serem observados pelas novas agências, abandonando a convicção na autonomia administrativa apregoada pelo *New Deal*; por outro, as cortes norte-americanas, também como resultado dos ataques às agências na década de 1960, passaram a exigir controles mais rigorosos e amplos sobre os correlatos processos administrativos.

Na década de 1980, diversas críticas ainda eram dirigidas às agências, tanto no sentido de que não estavam promovendo eficiência e bem-estar aos cidadãos-consumidores quanto em relação ao custo da regulação, o qual estaria superando em muito os benefícios por ela gerados. A orientação da Suprema Corte norte-americana e do Congresso, entretanto, mudou nessa década, em comparação à passada: enquanto aquela decidiu limitar o âmbito do controle judicial sob as agências reguladoras, este, por sua vez, passou a restringir o escopo da autoridade das agências e a especificar detalhadamente suas competências (Mattos *et al.*, 2004).

Para Lodge e Wegrich (2009), uma das compreensões preferidas na década de 1980 era a da regulação como um substituto para o mercado. Depois de cumprir a tarefa de transformar os mercados monopolísticos em indústrias de serviços de interesse público (telecomunicações, eletricidade e água, por exemplo), a regulação e suas instituições diminuiriam gradualmente, dando lugar às forças de mercado tidas como eficientes. Entretanto, de acordo com tais autores, experiências das últimas décadas sugerem que a visão da regulação como um fenômeno provisório está equivocada. Ela passou a ser elemento inerente e constituinte do mercado, e, conseqüentemente, é importante considerar não a sua existência ou quantidade, mas, sobretudo, a qualidade da regulação.

Consoante Baldwin, Cave e Lodge (2013), mais plausível do que a maximização da riqueza é uma abordagem de avaliação regulatória que envolva olhar para argumentos que possuam valor monetário quando das discussões sobre arranjos regulatórios no domínio público. Certos aspectos se apresentam relevantes no debate de se esta ou aquela ação ou regime regulador é digno de apoio (é “legítimo”), envolvendo, segundo os autores supra, referência a uma ou a mais das seguintes cinco hipóteses principais: (i) a ação ou regime são apoiados por autoridade legislativa?; (ii) existe governança apropriada de prestação de contas?; (iii) os procedimentos são justos, acessíveis e abertos?; (iv) o regulador está agindo com perícia suficiente?; e (v) a ação ou o regime são eficientes?

No final da década de 1990, ainda segundo Baldwin, Cave e Lodge (2013), regulação e desregulação, na Inglaterra, elevaram-se como temas de discussão da agenda política, com a emergência de preocupações sobre eficiência e *accountability*, em especial quanto aos setores de infraestrutura. Nesse último enfoque, destaque é dado para o movimento de uma melhor regulação, baseada em riscos, responsiva, inteligente, e mesmo da metarregulação e do controle social. Constatação que, para Baldwin, Cave e Lodge (2013), foi acelerada pela crise financeira internacional (pós-2007), que aumentou os debates entre os simpatizantes à desregulação ou à regulação mais branda (*light touch regulation*), na busca pela minimização do fardo regulatório aplicado aos negócios e à sociedade, e os defensores da regulação, que a compreendiam como um instrumento tecnocrata relevante para o controle racional do mercado (conforme também explana Silva, 2014).

No caso da metarregulação, por exemplo, o regulador externo, em vez de criar as regras, passa a estimular que outro agente (como, por exemplo, a associação representativa do setor produtivo) exerça o papel de regulador, formulando o comando a ser aplicado às entidades-alvo da regulação. A opção pela metarregulação é apropriada, especialmente, quando o regulador não possui acesso facilitado à informação sobre os problemas regulatórios e suas soluções. Os negócios, por sua vez, passam a estar menos onerados, sem, no entanto, comprometer o alcance dos objetivos regulatórios (Coglianese; Mendelson, 2010).

Igualmente, em um contexto em que reguladores percebem ter mais questões a responder do que o tempo e recursos disponíveis permitem, para Black e Baldwin (2010), a regulação baseada em riscos vem com o enfoque necessário tanto para fornecer evidências quanto para priorizar atenção nas demandas de maior risco, de forma transparente, sistemática e convincente. Para esses autores, a qualidade surge, também, com a preocupação crescente em direção à melhor regulação, emergindo em importância na agenda de organismos internacionais, que, por sua vez, tem sinalizado para a adoção de boas práticas, a partir do planejamento da agenda regulatória, facilitação do acesso à regulamentação, consulta às partes, Análise de Impacto Regulatório (AIR), simplificação administrativa, redução e mensuração da carga sobre os impactados, existência de autoridade de fiscalização e avaliação *ex-post*.

Ainda, enquanto a melhor regulação coloca a AIR como elemento central para a análise do problema e discussão de alternativas, a regulação responsiva dá enfoque à sensibilidade necessária em compreender a estrutura da indústria e sua conduta e histórico para, então, pensar em soluções (Silva, 2014). A regulação inteligente, por sua vez, orienta-se, também, pelo problema central que originou a demanda pela regulação, defendendo a adoção de um conjunto de instrumentos – não somente regulatórios – para sua solução.

Logo, as atuais perguntas sobre a regulação não são mais apenas “por que”, “quanto”, “se” e “quem”, mas “como”, “quão intensa” e “com qual qualidade”. O que se reflete no caso brasileiro, que ao final da década de 1990 foi objeto de intensas discussões sobre a constitucionalidade (ou não) da competência regulatória das agências independentes (Aragão, 2002; Cuéllar, 2001; Justen Filho, 2002) e, hoje, antes se preocupa com a qualidade no exercício dessas competências (e respectivo controle). Já não se debate mais a capacidade administrativa de emanar normas regulatórias, mas o efetivo impacto delas (Oliveira, 2021).

No tocante aos setores de recursos hídricos e saneamento básico, em estudo denominado “Meeting the Water Reform Challenge”, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE; em inglês, OECD) identificou lacunas de governança de vários níveis em

políticas de recursos hídricos relacionadas à sua gestão e à prestação de serviços associados, sendo as principais: (i) lacuna política: sobreposição e alocação pouco clara de papéis e responsabilidades; (ii) lacuna administrativa: incompatibilidade entre fronteiras hidrológicas e administrativas, com implicações para a sustentabilidade a longo prazo das empresas de serviços públicos, caso sejam forçadas a recorrer a fontes de água de alto custo; (iii) lacuna de informação: assimetrias informacionais entre governos centrais e subnacionais e entre empresas e governos e consumidores; (iv) lacuna de capacidade: falta de capacidade técnica, de pessoal, de tempo, de conhecimento e de infraestrutura; (v) lacuna de financiamento: receitas instáveis ou insuficientes de governos nacionais, subnacionais e locais, para implementar políticas de serviços de água e investir e operar infraestrutura; (vi) lacuna de objetivos: concorrência e falta de coordenação entre os diferentes ministérios; e (vii) lacuna de *accountability*: falta de preocupação e conscientização dos cidadãos sobre políticas de serviços de água, além de baixo envolvimento de organizações de usuários, nas quais a ausência de dados e participação limita a capacidade, dos grupos afetados, de levantar preocupações em fóruns públicos (OECD, 2012).

No Brasil, a atividade regulatória no setor de saneamento básico é de complexidade ímpar, uma vez que é composta por diversos atores, de esferas e naturezas jurídicas distintas, sendo, ainda, regida por normas variadas, a depender do prestador, contrato, regulador e fiscalizador dos serviços. De acordo com Moreira, Caggiano e Gomes (2018, p. 112), “[e]xiste a convivência entre normas oriundas de pessoas com estaturas diversas (muito embora nem todas estruturadas hierarquicamente)”, sendo que, entre tais normas, observam-se “fontes normativas distintas (Constituição; leis federais, estaduais e municipais; convênios de cooperação; regulamentos administrativos; estatutos societários de estatais e, talvez a mais importante de todas em termos práticos, contratuais)”. Sobre ser dinâmica, no setor de saneamento básico a regulação é, portanto, multinível e multifontes.

Nesse contexto, mostra-se relevante analisar o setor de saneamento básico sob uma ótica regulatória e de governança e propor uma concepção de governança regulatória, considerando os conceitos e entendimentos que a circundam.

2 O SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS

O acesso à água potável e a coleta e disposição adequada de águas residuárias são elementos essenciais para a garantia da saúde, da subsistência e da qualidade de vida. Em 1977, durante a Conferência das Nações Unidas sobre a Água, a comunidade internacional declarou que a década de

1980 seria a “Década Internacional do Abastecimento de Água Potável e Saneamento”: até o final dela, todas as pessoas no mundo haveriam de ter acesso à água limpa e à coleta e disposição adequada dos esgotos sanitários. No entanto, conforme as Nações Unidas (United Nations, 2015), ainda em 2015 uma em cada três pessoas (2,4 bilhões) utilizava instalações de saneamento básico precárias e aproximadamente 663 milhões de pessoas usavam fontes de água não potável.

De acordo com Jha (2005), identificaram-se, em análise aos serviços de infraestrutura no Caribe, os seguintes problemas enfrentados pelas empresas estatais de água: (i) excesso de pessoal; (ii) níveis elevados de perda de água (ligações ilegais, medidores com defeito e subfaturamento), representando cerca de metade da água sem receita; (iii) receitas abaixo da recuperação de custos, que, em alguns casos, não cobrem nem os custos operacionais e de manutenção básica; (iv) falta de recursos para investimentos de capital a fim de expandir a rede e substituir tubos envelhecidos; e (v) interferência política na expansão da rede e decisões de recrutamento de pessoal.

Além disso, a falta de responsabilização e a ausência ou insuficiência de códigos de conduta resultam em estruturas institucionais não transparentes. A combinação desses problemas conduz os usuários a um círculo vicioso de destruição de valor: a incapacidade de investir na expansão da rede inibe o crescimento da receita; a falta de investimento na expansão ou reabilitação de estações de tratamento e redes leva a maiores perdas e mais interrupções no serviço; menor qualidade de serviço diminui a disposição dos consumidores em pagar e dificulta a coleta de receitas; e a menor arrecadação de receitas aliada a custos mais altos limitam ainda mais a capacidade de se realizar investimentos de capital (Jha, 2005).

Conforme ressalta Berg (2013), os problemas supracitados aparecem não apenas no Caribe, mas, também, em outros países em desenvolvimento, uma vez que os serviços de água e esgoto são politicamente sensíveis: mesmo para um monopólio natural bem gerido, o custo pode ser elevado em relação à capacidade de pagamento de alguns cidadãos. Tarifas baixas, expansão da rede e qualidade de serviço são objetivos perseguidos, mas podem ser mutuamente inconsistentes, a depender do valor do primeiro. Ademais, os cidadãos normalmente não estão bem informados sobre a sustentabilidade financeira dos preços cobrados (as evidências relativas às tendências de desempenho geralmente não estão disponíveis ou não são divulgadas).

Em tais situações, a governança externa e os incentivos internos são frequentemente baseados em pressões de curto prazo de atores políticos representando constituintes específicos, governos subnacionais ou agências financeiras multilaterais. Em adição, embora possa haver sensibilidade social no sentido de proteger grupos vulneráveis, as políticas, as regras e os resultados reais servem, frequentemente, aos interesses das partes interessadas dominantes (Berg, 2013).

Nesse quadrante, a OCDE ressaltou que o financiamento sustentável¹, a governança efetiva² e a coerência entre políticas nacionais, abastecimento de água e gestão de recursos hídricos³ são os alicerces para uma reforma bem-sucedida (OECD, 2012). Para Berg (2013), a governança das instituições e as decisões substantivas das autoridades são centrais para o bom desempenho do setor de saneamento básico: a falta de uma estrutura previsível e estável prejudica o sistema regulatório, já que nem os reguladores do setor, tampouco os gestores de serviços públicos, podem tomar decisões de longo prazo quando há alta rotatividade de tomadores de decisão e incerteza jurídica. As assimetrias de poder entre os grupos de interesse podem levar a um comportamento gerencial que espelhe as relações políticas, e não a competência profissional.

Em contextos políticos, as decisões envolvendo a adoção de políticas públicas evoluem em resposta a pressões de e para instituições, que residem em três níveis: estruturas sociais amplas (refletindo normas e costumes), organizações formais (como agências reguladoras) e sistemas de apoio (como o próprio serviço público) (Berg, 2013). Adiante, no Quadro 1, são delineados os níveis supracitados, com foco no setor de saneamento básico:

-
- ¹ Segundo a OCDE, para aumentar o acesso a serviços de saneamento, é necessário identificar mecanismos e, ainda, sopesar seus pontos positivos e negativos, que possam financiar novos investimentos (por exemplo, aumento de tarifas, de alocações orçamentárias e emissão de títulos) (OECD, 2012).
 - ² Os incentivos são essenciais para a eficiência operacional, podendo se basear em estudos de *benchmarking* e alvos bem especificados para melhorias de desempenho. Além disso, como os gestores precisam, normalmente, fazer “mais com menos”, os recursos podem ser disponibilizados para promover a equidade (em termos de aumento de cobertura e acesso). O encontro da eficiência possibilita que os gestores considerem fluxos de caixa para atender a objetivos sociais que podem não ser financeiramente autossuficientes. Ainda, conselhos consultivos de clientes, *workshops* e outros mecanismos que promovam a participação dos cidadãos no processo regulatório dão incentivos para o envolvimento dos gestores (OECD, 2012).
 - ³ Sem coerência interna, as políticas tendem a se sombrear ou a não preencher as lacunas. A má gestão da água tem implicações para custos futuros (fontes de água contaminadas, bacias hidrográficas ou aquíferos destruídos). Os usos competitivos da água incluem *habitats* ecológicos, irrigação, indústria, produção de energia e prestação de serviços públicos. Nesse contexto, discussões interinstitucionais sobre os recursos hídricos e a prestação de serviços de saneamento, por exemplo, podem ajudar os formuladores de políticas a tomar melhores decisões, com objetivos estabelecidos e priorizados. Caso contrário, o desenvolvimento e os impactos favoráveis não serão alcançados (OECD, 2012).

Quadro 1 – Instituições que afetam os procedimentos de governança regulatória do saneamento básico

Estruturas sociais que podem afetar o desempenho do setor	Mecanismos que, em tese, facilitam a cooperação ou mitigam conflitos entre conjuntos de indivíduos. Como parte do contexto cultural de governança, também podem ser costumes ou padrões aceitos de comportamentos que incentivam ou desencorajam uma ampla gama de ações. No setor em tela, as expectativas dos cidadãos são difíceis de administrar, especialmente quando a parte política promete resultados que não podem ser entregues. No caso de alta necessidade de investimentos, os custos de expansão da rede e melhorias na qualidade do serviço podem não ser amplamente reconhecidos, sobretudo, no início. Isso, a depender do valor da tarifa, pode levar a pressões sociais e políticas nos prestadores de serviços, gerando um círculo vicioso que afeta o desempenho do setor.
Organizações formais no setor	As instituições podem ser organizações, como tribunais ou agências, estabelecidas para cumprir funções específicas: emergem de complexos conjuntos de circunstâncias para tratar questões importantes. Tanto os reguladores setoriais quanto as empresas estatais de água e esgoto, por exemplo, são organizações formais imersas em uma estrutura social. Ainda, várias organizações estão envolvidas no desenvolvimento e implementação de políticas no setor de saneamento básico. As funções de regulação incluem incentivos para um bom desempenho e a comunicação, a todas as partes interessadas, das medidas pretendidas.
Sistemas de suporte para melhorar o desempenho	As reformas no serviço público podem promover o profissionalismo, mas o recrutamento e a manutenção de uma equipe forte dependem, principalmente, dos planos salariais e das oportunidades de progresso. O conjunto de candidatos em potencial e os processos de nomeação de comissionários e outros tomadores de decisão importantes afetam a cultura da organização formal. As habilidades técnicas são necessárias, mas não suficientes, para que as agências sejam eficazes. A liderança, fator muitas vezes ignorado nos modelos econômicos, acaba sendo um determinante-chave do desempenho organizacional – para as agências e para as empresas de água e esgoto.

Fonte: autoria própria, a partir de Berg, 2013.

Isso significa, segundo Berg (2013), que qualquer reforma setorial abrangente precisa discutir a governança e os processos de seleção para os reguladores e principais gestores de serviços públicos. Ainda, o regulador tem de estar disposto a compartilhar ideias para reformas setoriais mais amplas com o ministério supervisor (embora esse último seja o responsável por estabelecer políticas públicas).

Em adição, com base em estudos de caso e análises empíricas no âmbito de pesquisas que se concentraram no desempenho das empresas estatais do setor de água e esgoto, observa-se o consenso de que, sem grandes mudanças no ambiente institucional, as ferramentas-padrão de regulação não serão eficazes para melhorar significativamente o correlato desempenho (Ehrhardt; Janson, 2010).

Eisendrath (2012) ressalta que investidores monitoram tanto as ações gerenciais quanto o clima regulatório, sendo o último avaliado em termos de consistência e previsibilidade. Aqueles provedores de capital consideram se os reguladores estão fornecendo à concessionária uma oportunidade (mas não uma garantia) para obter retorno razoável (ou justo) do investimento. Para alcançar esse retorno, os gestores são incentivados a observar custos, melhorias de qualidade e expansões de rede. Em princípio, a regulação tenta replicar o que aconteceria em um mercado

competitivo quando o sucesso gerencial é medido pelo desempenho financeiro. O referido autor também identifica a estrutura de governança das concessionárias privadas como elemento importante do sistema: em uma concessionária privada, o conselho, nomeado pelos acionistas, terá o poder de estabelecer bônus por gestão baseado em desempenho, níveis salariais, nomear e demitir a gerência. Muitas vezes, há benefícios substanciais para os acionistas e para a administração associados ao desempenho, e, da mesma forma, quando há um desempenho ruim, os conselhos e os gestores são frequentemente substituídos (conforme também explica Berg, 2013).

Nas empresas estatais, muitas vezes há pouca preocupação com retorno sobre o patrimônio, dividendos ou bônus para a administração – da mesma forma, um desempenho ruim não é penalizado, já que muitas vezes os diretores e conselheiros, bem como suas ações, decorrem de escolhas políticas (Eisendrath, 2012). De fato, as concessionárias estatais podem recompensar a administração com bônus e “bons” salários, e podem penalizar a má administração ao não dar bônus e substituir os administradores que não apresentam bom desempenho. Parte disso tem a ver com vincular incentivos e penalidades ao desempenho. Nesse sentido, Eisendrath (2012) ressalta o importante papel dos incentivos para a tomada de decisões gerenciais sólidas (em que as metas são baseadas em *benchmarking* de desempenho cuidadoso) – essa orientação exige profissionalismo dentro da empresa e algum isolamento da intervenção política, não significando que a estatal não tenha objetivos sociais (como garantir o acesso dos serviços a cidadãos de baixa renda), mas que a busca deles deve envolver planos de negócios realistas, transparentes e que abarquem contribuições da sociedade civil.

Como destaca Eisendrath (2012), nas concessionárias estatais, esses incentivos e penalidades associados à regulação geralmente não existem, ou aparecem apenas de forma fraca. Assim, atenção substancial deve ser dada aos mecanismos de governança corporativa e setorial que criem incentivos e penalidades. Primeiro, é viável estabelecer arranjos adequados de governança corporativa e setorial; segundo, pode-se utilizar mecanismos específicos para criar incentivos e penalidades necessários, a fim de tornar a regulação mais eficaz (alguns deles descritos em Eisendrath, 2013). Dessa forma, arranjos de governança e incentivos gerenciais associados são centrais para o bom desempenho dos serviços prestados⁴.

Outro ponto que ainda se coloca é a necessidade, o papel e a extensão de atribuições de uma instituição reguladora separada, quando a concessionária é de propriedade estadual ou municipal. Presumivelmente, a secretaria responsável (talvez em conjunto com a secretaria da fazenda/economia) já está supervisionando as operações de serviços de água e esgoto. Da mesma

⁴ Ver, nesse sentido, Berg (2013).

forma, aqueles que atuam no conselho ou comissão municipal devem estar monitorando e incentivando os gestores de serviços públicos a melhorar o desempenho na prestação. No entanto, para Berg (2013), quando as operações e a supervisão fazem parte da mesma organização, o incentivo para um desempenho forte é improvável, já que eventuais reformulações necessárias poderiam representar a admissão pública de que os procedimentos anteriores eram inadequados (na melhor das hipóteses) ou corruptos (na pior delas). Pode-se também observar inconsistências nas políticas, assimetrias de informação, politização das decisões operacionais e de investimento, prioridades pouco claras e falta de participação das partes interessadas.

O estabelecimento de agências reguladoras independentes foi projetado para reduzir o papel da política nas decisões operacionais e melhorar a governança externa (e interna) dos prestadores de serviços públicos. Com algum isolamento das pressões políticas do dia a dia, essas instituições receberam autoridade para supervisionar o setor, promover a transparência e estabelecer incentivos para melhorar o desempenho dos serviços. Idealmente, elas deveriam ter uma liderança forte (designada por meio de processo bem especificado), recrutar profissionais qualificados e evitar conflitos de interesse. Em princípio, os reguladores e a equipe de suporte técnico poderiam promover a sustentabilidade de longo prazo de importantes setores de infraestrutura (Berg, 2013).

Na realidade, as estruturas formais não são tão robustas quanto muitos esperavam, já que as lacunas de governança identificadas pela OCDE caracterizam situações que ocorrem em muitas nações (OECD, 2012). Para Vagliasindi (2008), a privatização das estatais poderia melhorar a lacuna entre promessa e desempenho de reguladores, muitas vezes criados com essa expectativa de desestatização. Marques Neto (2009, p. 30), por seu turno, destaca que o que se mostra relevante para o advento da atividade regulatória estatal não seria simplesmente a supressão da intervenção estatal direta na ordem econômica, mas sim: “i) a separação entre o operador estatal e o ente encarregado da regulação do respectivo setor” e “ii) a admissão do setor regulado da existência de operadores privados competindo com o operador público (introdução do conceito de competição em setores sujeitos à intervenção estatal direta)”.

No Brasil, consoante dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) (Brasil, 2021)⁵, dos prestadores de serviço de abastecimento de água abrangidos pela coleta do SNIS-AE 2020, 28 encontram-se a nível regional, oito a nível microrregional e 1.318 a nível local, sendo a

⁵ No Brasil, a produção de conhecimento estratégico para a formulação de políticas públicas e a estruturação de planos de saneamento básico é consubstanciada no Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). Criado em 1996, como parte do Programa de Modernização do Setor Saneamento (PMSS), o SNIS consolida informações institucionais, administrativas, operacionais, gerenciais, econômico-financeiras, contábeis e da qualidade da prestação de serviços de saneamento básico (Brasil, 2021).

maior parte da administração pública direta (54%) ou indireta (37%), entre autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, e a porcentagem restante essencialmente composta por empresas privadas.

Nesse contexto, dois temas influenciam sobremaneira a governança do setor no Brasil, quais sejam: (i) a titularidade dos serviços e (ii) os arranjos a serem observados em razão do novo marco legal de saneamento básico.

Inicialmente, cabe mencionar algumas competências plasmadas sobre o tema na atual Constituição. De acordo com o art. 21, incisos XIX e XX, compete à União instituir o sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso, bem como estabelecer diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos. Os estados, por sua vez, 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 (art. 25, § 3º). Ademais, consoante o art. 30, inciso V, compete aos municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, como, intuitivamente, pode ser o saneamento básico. Isso sem se falar nos consórcios e convênios públicos para a prestação dos serviços (art. 241).

Como se constata, e ao contrário de outros setores que possuem nitidez quanto à titularidade, exercício e regulação (energia elétrica é um bom exemplo, eis que de competência primária da União em todos – ou quase todos – os momentos de sua realização), o setor de saneamento básico é constitucionalmente impreciso. Mescla “diretrizes federais/nacionais” (como no setor de educação) com “competência comum” (como no setor de saúde) e serviços de interesse local (como o transporte coletivo urbano, este sim só local). Isso sem se falar nas regiões metropolitanas e nos convênios e consórcios.

Somando-se a isso, a Lei nº 11.445, de cinco de janeiro de 2007, que estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a Política Federal de Saneamento Básico, é explícita ao excluir os recursos hídricos do rol de serviços públicos de saneamento básico (art. 4º). Nada obstante, a “articulação” é elemento essencial na referida lei e também na Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), instituída pela Lei nº 9.433, de oito de janeiro de 1997. Para essa, é uma diretriz a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional, assim como, no âmbito da Lei nº 11.445, de 2007, é princípio fundamental a articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos

hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante (art. 3º da Lei nº 9.433, de 1997, e art. 2º da Lei nº 11.445, de 2007).

No entanto, na prática, observa-se significativa lacuna de entendimentos quando se trata da integração dos setores de água, no tocante, sobretudo, à ausência do desenvolvimento de uma governança regulatória que proporcione articulação entre os componentes “recursos hídricos” e “saneamento”. Isso certamente perpassa os debates sobre a questão da titularidade dos serviços.

Conforme explanam Resende, Cohen e Marcato (2020), a discussão sobre a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico instiga intensos debates há anos e já foi objeto, inclusive, de análise pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que se posicionou de forma definitiva em 2013, após 15 anos de discussão, acerca da disputa envolvendo regiões metropolitanas.

Consoante salienta Marcato (2013), destacam-se quatro pontos principais da decisão do STF, a saber: (i) nem todos os serviços de saneamento básico em regiões metropolitanas são de interesse comum; (ii) convênios entre estado e município são legais em regiões metropolitanas (gestão associada); (iii) a governança do órgão metropolitano não é a única solução e não pode excluir um dos entes participantes; e (iv) a definição do modelo institucional deve ser feita caso a caso. Todavia, de acordo com Resende, Cohen e Marcato (2020), a Corte Suprema não enfrentou alguns problemas, tais como a dificuldade para definir regras de governança, o monopólio dos estados nas decisões, e o risco de mudança estrutural (exclusão das estaduais da operação)⁶.

A Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020 (novo marco legal do saneamento básico), tentou colmatar algumas das lacunas existentes quanto à titularidade dos serviços. Ainda, tratou dos arranjos institucionais, vedando a celebração de novos contratos de programa e dando novos contornos, por exemplo, à prestação regionalizada dos serviços (*cf.* Resende; Cohen; Marcato, 2020).

Nesse sentido, consoante o art. 8º da Lei nº 11.445, de 2007 (com a redação dada pela Lei nº 14.026, de 2020), exercem a titularidade dos serviços públicos de saneamento básico os municípios e o Distrito Federal, no caso de interesse local, e o estado, em conjunto com os municípios que compartilham efetivamente instalações operacionais integrantes de regiões metropolitanas,

⁶ Para Gallacci (2015), no âmbito da ADIn 1.842/RJ, dos votos dos ministros podem-se inferir cinco posicionamentos: (i) o estado presta sozinho os serviços de interesse comum – ministro Maurício Correia; (ii) gestão compartilhada entre estado e municípios – ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Marco Aurélio; (iii) participação social na gestão – ministros Ricardo Lewandowski e Rosa Weber; (iv) desnecessidade de participação paritária – ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Marco Aurélio; e (v) gestão compartilhada entre municípios – ministro Nelson Jobim.

aglomerações urbanas e microrregiões, instituídas por lei complementar estadual, quando se tratar de interesse comum.

Resende, Cohen e Marcato (2020) ressaltam que a grande incógnita do novo marco e, por conseguinte, o correlato desafio, é se o modelo de regionalização proposto vai atingir um sistema de governança cooperativo, a partir da criação de incentivos para tal. De acordo com os autores, no *trade off* entre a perenização da política de manutenção dos contratos de programa, que se concretizam sem licitação, e a política de estímulo à concorrência como forma de tornar os serviços de saneamento básico mais eficazes e efetivos, a aposta do novo marco legal de saneamento básico foi pelo segundo caminho. Inauguram-se, assim, alguns incentivos para induzir uma governança que permita estruturar a prestação de serviços em rede, por meio da prestação direta dos serviços por delegação a particulares; contudo, a coordenação, a integração e a regionalização ainda são desafios importantes do ponto de vista da gestão. As novas regras, consoante tais autores, reveem o conceito de gestão associada e retiram o protagonismo das estatais, cujo papel, no âmbito dos contratos de programa, era de conferir um subsídio cruzado, equilibrando a política tarifária a partir da prestação de serviços para municípios superavitários e outros deficitários.

Conforme destacam Resende, Cohen e Marcato (2020), vários avanços foram observados, seja no clareamento de alguns conceitos, seja na inovação em outros, e muitos outros ainda se esperam, no âmbito de posteriores regulamentações infralegais e também no tocante aos temas que perpassam a governança regulatória e a gestão associada da prestação dos serviços.

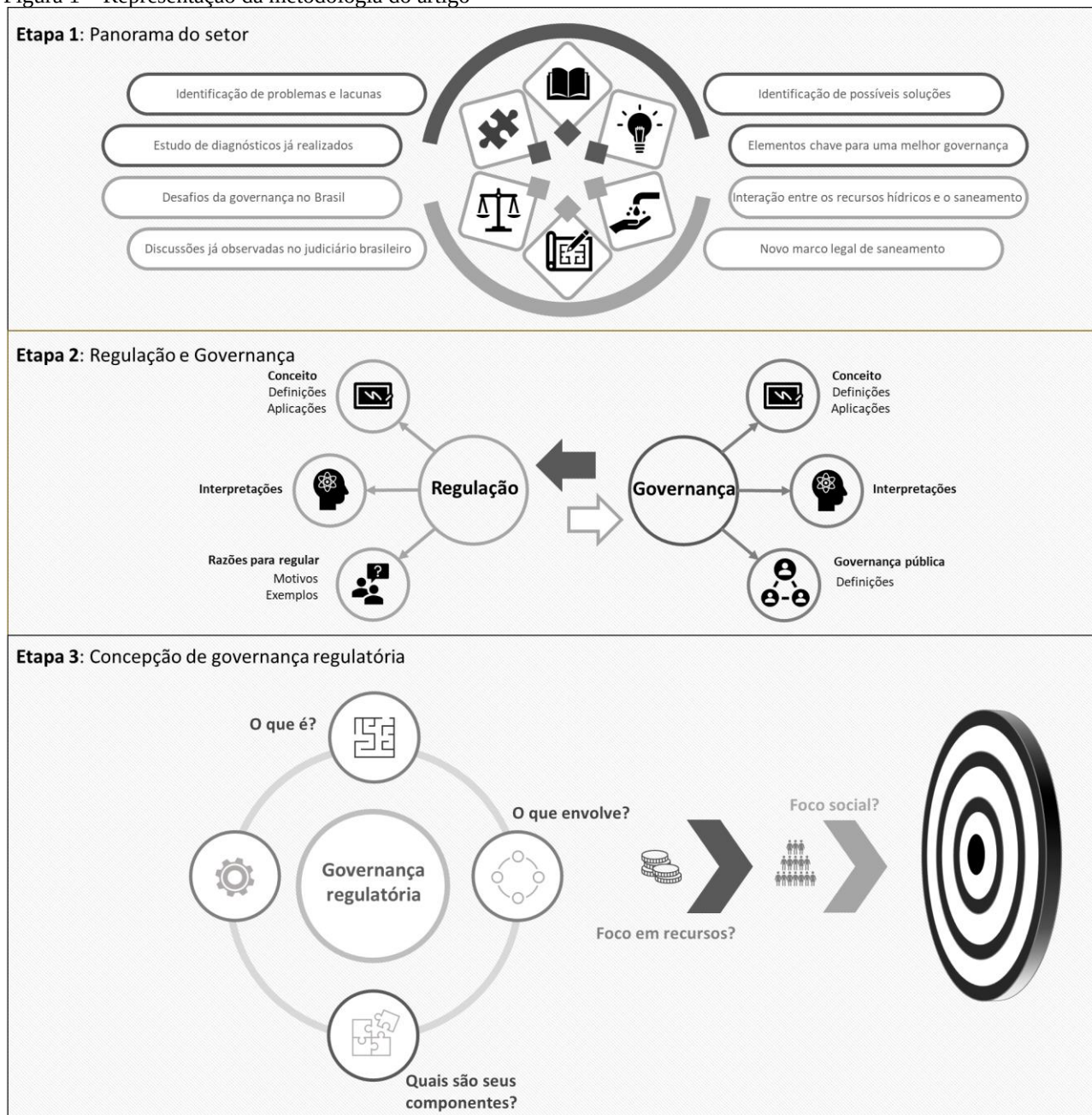
Por conseguinte, descrito o setor e suas peculiaridades, pode-se avançar no exame da questão de fundo.

3 METODOLOGIA

O presente artigo se desenvolveu de forma descritiva, baseando-se em pesquisa bibliográfica, sobretudo, no tocante ao tema dos ambientes regulatório e de governança do setor de saneamento básico – e em relação aos conceitos de regulação, governança e governança regulatória. A partir das pesquisas, elaborou-se uma proposta de concepção da governança regulatória, sob a ótica dos conceitos e entendimentos estudados, bem como considerando a análise do panorama do setor de saneamento básico.

A Figura 1 representa a metodologia deste artigo:

Figura 1 – Representação da metodologia do artigo



Fonte: autoria própria.

A Etapa 1, dessa forma, trata do panorama do setor, a partir de seus problemas e lacunas, dos diagnósticos já realizados, dos desafios da governança no Brasil, com as discussões já observadas no Judiciário brasileiro, analisando, ainda, possíveis soluções, elementos-chave para uma melhor governança, a interação entres os elementos dos setores de água (recursos hídricos e saneamento básico), e o novo marco legal de saneamento básico. Pretende-se a revisão bibliográfica, necessária para o desenvolvimento das etapas seguintes.

A Etapa 2 visa a explorar a “regulação” e a “governança”, a fim de subsidiar a proposta de concepção de “governança regulatória”. Buscam-se os conceitos, definições e aplicações, interpretações, bem como as razões que circundam a regulação (motivos e exemplos), e, no tocante à governança, definições que se referem à governança pública.

A Etapa 3, por fim, alia os resultados obtidos nas etapas anteriores e intenta alcançar uma concepção para governança regulatória, a partir das seguintes reflexões: (i) — O que é governança regulatória?; (ii) — O que ela envolve?; (iii) — Quais atividades são consideradas?; (iv) — Quais são seus componentes?; (v) — O foco está em recursos e/ou em aspectos sociais?

4 PROPOSTA PARA O CONCEITO DE GOVERNANÇA REGULATÓRIA SOB A ÓTICA DO SANEAMENTO BÁSICO BRASILEIRO

Nas subdivisões desta seção serão explorados os conceitos de regulação e de governança, de modo a proporcionar uma perspectiva de governança regulatória.

4.1 DA REGULAÇÃO

A regulação é frequentemente tratada como se fosse um modo identificável e discreto de atividade governamental, ainda que o termo “regulação” tenha sido definido de várias maneiras (Baldwin; Cave; Lodge, 2013). Apesar de não ser um termo preciso, regular, para Crew e Parker (2006), significa exercer influência em uma atividade, o que é diferente de controle total. Segundo Lodge, Wegrich e McElroy (2008), a regulação engloba vários conceitos e interpretações, sendo objeto de controvérsias e tema para um trabalho de fôlego.

De acordo com Selznick (1985), regulação é o controle sustentado e focado, exercido por uma autoridade pública sobre atividades valorizadas pela comunidade. A OCDE considera que regulação diz respeito aos diferentes instrumentos utilizados pelo Estado para estabelecer exigências às empresas e cidadãos, incluindo normas de todas as esferas de governo, além daquelas emitidas por organismos não governamentais ou autorreguladores que possuem poderes delegados (OECD, 1997).

Nas palavras de Fiani (1998, p. 1), a regulação econômica é “a ação do Estado que tem por finalidade a limitação dos graus de liberdade que os agentes econômicos possuem no seu processo de tomada de decisões”, sendo um dos principais pontos da agenda de diversos países desde os anos de 1980, ainda que, tanto em um momento quanto em outro, tenha sido discutida pela sua antítese, isto é, como desregulamentação ou ‘desregulação’.

Na definição de Black (2002), a regulação é a tentativa contínua e direcionada que procura modificar comportamentos, de acordo com padrões ou propósitos pré-estabelecidos, para gerar resultados amplamente identificados, os quais podem envolver mecanismos de estabelecimento de padrões, coleta de informações e mudanças de comportamento.

Black e Baldwin (2010) sugerem três esferas para a definição de regulação: (i) no sentido restrito, é o conjunto de instrumentos normativos, tais como leis e decretos aplicados por determinado órgão público constituído para esse fim; (ii) de forma mais ampla, é o conjunto de ações conduzido pelo Estado, de forma deliberada, para influenciar o comportamento social ou econômico; e (iii) em abrangência ainda maior, a regulação é toda forma de controle ou influência social ou econômica, incluindo determinações deliberadas ou não (conforme também explanam Silva; Fonseca, 2015).

Sob a ótica jurídico-tradicional, poder-se-ia pensar em um estatuto promulgado por uma legislatura soberana como a forma paradigmática de regulação. A “cultura” regulatória desafia três hipóteses inerentes a essa perspectiva, a saber: (i) o Estado como principal *locus* para articular objetivos coletivos de uma comunidade; (ii) a natureza hierárquica do papel do Estado; (iii) a centralidade das tradicionais regras “comando” como o principal modo de modelar o comportamento (Morgan; Karen, 2007).

Muitas vezes, a regulação é considerada uma atividade que restringe o comportamento e impede certas atividades indesejáveis (um conceito de “luz vermelha”). Pode-se, de outro modo, compreender a regulação em visão mais ampla, qual seja, de que sua influência também pode ser habilitadora ou facilitadora (“luz verde”), como, por exemplo, no caso das ondas de rádio, que são reguladas de modo a permitir que as operações de radiodifusão sejam conduzidas de maneira ordenada, em vez de serem deixadas ao caos potencial de um mercado descontrolado (Baldwin; Cave; Lodge, 2013). Igualmente, a regulação pode estabelecer incentivos para que os agentes privados adotem determinada conduta, empurrando-os suavemente para objetivos de interesse coletivo (Tahler; Sunstein, 2019).

Para além dessa discussão, no âmbito internacional, o conceito de regulação implica a configuração do modelo regulatório. Lodge e Wegrich (2009) sugerem que o conceito de regulação esteja vinculado à interação e interdependência de três componentes: (i) estabelecimento de padrão; (ii) coleta de informações; e (iii) modificação de comportamento.

Ademais, em uma proposta mais moderna de se explorar o tema da regulação, busca-se, segundo Silva (2012, p. 16), “como desdobramento de uma agenda de reforma do sistema regulatório uma melhor regulação, ‘*better regulation*’, voltada para resultados, com ênfase no cidadão” e, ainda, “baseada no aperfeiçoamento de práticas regulatórias e em mecanismos mais efetivos de

transparência e participação democrática em uma visão sistêmica de atuação do governo como um todo”.

É importante, outrossim, para a devida compreensão da regulação, entender algumas razões que explicam e circundam sua existência.

Muitas das justificativas podem ser elencadas em razão das denominadas “falhas de mercado”, como se observa nos monopólios naturais e nas assimetrias de informação. O monopólio descreve uma situação na qual um vendedor produz para toda a indústria ou mercado, ocorrendo, normalmente, quando três fatores são obtidos: (i) um único vendedor está presente no mercado; (ii) o produto vendido é único (não há substituto suficientemente próximo para os consumidores); e (iii) barreiras substanciais restringem a entrada de outras empresas na indústria, e a saída é difícil⁷ (Baldwin; Cave; Lodge, 2013).

Pode-se resumir, como efeitos do monopólio, em comparação ao modelo de concorrência perfeita, a produção reduzida, os preços mais altos e a transferência de renda dos consumidores para os produtores (isso sem se falar na assimetria de informações, uma vez que o mercado não as produz e o regulador tampouco). Uma resposta aos potenciais monopólios é utilizar leis de concorrência (ou antitruste) para emular ambiente de negócios em tese propício à competição.

Entretanto, no caso de “monopólio natural”, a lei de concorrência pode não funcionar como desejável. Ele ocorre quando as economias de escala disponíveis no processo de produção são tão grandes que o mercado relevante pode ser servido, ao menor custo, por uma única firma. É, portanto, menos dispendioso para toda a sociedade ter a produção realizada por uma só empresa do que por várias (se houver duas, ambas perderão). Assim, em vez de três empresas de saneamento básico estabelecerem redes separadas de abastecimento (o que chega a ser fisicamente impossível), pode ser mais eficiente conferir a uma empresa um monopólio sujeito à regulação de questões como preços e acesso à rede (Baldwin; Cave; Lodge, 2013)⁸. Mesmo porque o setor de água e saneamento básico é um dos poucos em que se aproxima do impossível o compartilhamento de infraestrutura (doutrina das

⁷ Conforme Baldwin, Cave e Lodge (2013), onde o monopólio ocorre, o mercado “falha”, pois a competição é deficiente. Sob a ótica do interesse público, o problema com uma empresa que ocupa posição monopolista é que, ao maximizar os lucros, restringirá sua produção e fixará o preço acima do custo marginal, haja vista que, se cobrar um único preço por seu produto, as vendas adicionais só serão obtidas com a redução do preço de toda a produção. O monopolista, nesse sentido, renunciará às vendas à medida que a receita perdida com menos vendas será compensada por uma receita maior derivada do aumento do preço das unidades ainda vendidas.

⁸ Determinar se existe um monopólio natural requer comparação da demanda do produto com a extensão das economias de escala disponíveis na produção. Se uma empresa está em posição de monopólio natural, então, como qualquer monopólio, ela apresentará problemas de saída, preços mais altos e transferências de riqueza dos consumidores para a empresa. A restauração da concorrência pelo uso da lei não é, no entanto, resposta apropriada, uma vez que a competição pode ser socialmente onerosa (Baldwin; Cave; Lodge, 2013).

essential facilities, a determinar que os concorrentes possam operar nas redes dos operadores históricos).

Nesse contexto, é interessante resgatar também o conceito e condições do denominado “*market power*” (Gómez-Ibáñez, 2003), ilustrado na Figura 2:

Figura 2 – Monopólio natural e o “*market power*”



Fonte: autoria própria, a partir de Gómez-Ibáñez, 2003.

Para Gómez-Ibáñez (2003), considerando a lógica acima ilustrada do poder de mercado, as barreiras seriam consubstanciadas pela economia de escala e pelos bens imobilizados e duráveis, os quais, em conjunto, representariam o monopólio natural. Nesse sentido, quando se trata de monopólios naturais, a regulação dos preços, da qualidade, da produção e do acesso pode ser preferível. O regulador, assim, tentará estabelecer um preço próximo do custo incremental (aquele de produzir uma unidade adicional) a fim de encorajar o monopolista natural a expandir sua produção ao nível que as condições competitivas teriam induzido.

É importante ressaltar que o fenômeno das economias de escala pode afetar apenas uma parte de um dado processo, como, por exemplo, a transmissão de eletricidade, atingindo, com menor intensidade, sua geração. O desafio de muitos governos e reguladores é identificar as partes de um processo que são naturalmente monopolistas, para que estas possam ser reguladas, enquanto outros aspectos são deixados à influência das forças competitivas (Baldwin; Cave; Lodge, 2013). De forma geral, como explanam Lodge e Wegrich (2009), o porquê regular envolve a busca pelo equilíbrio da assimetria de informação, crescimento econômico desejado e proteção de padrões sociais, com foco, além do motivo em si, na qualidade da regulação.

4.2 DA GOVERNANÇA

Para Ostrom (2011), governança diz respeito à auto-organização de comunidades, a qual, até certa medida, dispensa, mas não exclui, as intervenções dos atores de mercado e do Estado. Ela é entendida como a capacidade que certas comunidades têm de se organizar, em diferentes locais e momentos, com o objetivo de gerir um bem comum por meio de condições que o tornem mais efetivo, eficiente e estável – evitando, assim, a escassez desse bem e assegurando sua sustentabilidade (cf. Capelari; Calmon; Araújo, 2017; McGinnis; Ostrom, 2011).

O Banco Mundial (World Bank, 2017), por sua vez, descreve a governança como um processo no qual atores públicos e privados interagem para planejar e implementar políticas a partir de normas formais e informais que emanam e são moduladas pelo poder.

De acordo com o Tribunal de Contas da União (TCU) (Brasil, 2014, p. 11-12), em breve histórico sobre o tema:

Embora o termo governança date de idades remotas, o conceito e a importância que atualmente lhe são atribuídos foram construídos nas últimas três décadas, inicialmente nas organizações privadas. De acordo com Berle e Means (1932), que desenvolveram um dos primeiros estudos acadêmicos tratando de assuntos correlatos à governança, é papel do Estado regular as organizações privadas. Nessa mesma linha, em 1934 foi criada, nos Estados Unidos, a *US Securities and Exchange Commission*, organização que, ainda hoje, no contexto americano, é responsável por proteger investidores; garantir a justiça, a ordem e a eficiência dos mercados e facilitar a formação de capital.

Anos depois, no começo da década de 90, momento histórico marcado por crises financeiras, o Banco da Inglaterra criou uma comissão para elaborar o Código das Melhores Práticas de Governança corporativa, trabalho que resultou no *Cadbury Report*. Em 1992, o *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission* – COSO publicou o *Internal control – integrated framework*. Anos mais tarde, em 2002, depois de escândalos envolvendo demonstrações contábeis fraudulentas ratificadas por empresas de auditorias, publicou-se, nos Estados Unidos, a Lei *Sarbanes-Oxley*, cujo objetivo era melhorar os controles para garantir a fidedignidade das informações constantes dos relatórios financeiros. No mesmo ano, com vistas a apoiar a investigação independente e induzir à melhoria da governança, fundou-se o *European Corporate Governance Institute* – ECGI. Em 2004, o COSO publicou o *Enterprise risk management - integrated framework*, documento que ainda hoje é tido como referência [sic] no tema gestão de riscos.

Nos anos que se seguiram, dezenas de países passaram a se preocupar com aspectos relacionados à governança e diversos outros códigos foram publicados. Atualmente, o G8 (reunião dos oito países mais desenvolvidos) e organizações como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional – FMI e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE dedicam-se a promover a governança (ECGI, 2013).

No tocante à governança pública brasileira, o Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal, a define como o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade. Segundo o referido normativo, são princípios da governança pública (art. 3º): (i)

capacidade de resposta; (ii) integridade; (iii) confiabilidade; (iv) melhoria regulatória; (v) prestação de contas e responsabilidade; e (vi) transparência.

Consoante o Guia da Política de Governança Pública, considera-se que ela compreende tudo o que uma instituição pública faz para assegurar que sua ação esteja direcionada para objetivos alinhados aos interesses da sociedade (Brasil, 2018). Nas palavras de Graham, Amos e Plumptre (2003), governança no setor público cuida dos mecanismos de avaliação, direção e monitoramento, bem como das interações entre estruturas, processos e tradições, as quais determinam como cidadãos e outras partes interessadas são considerados, as decisões tomadas e o poder e as responsabilidades exercidos.

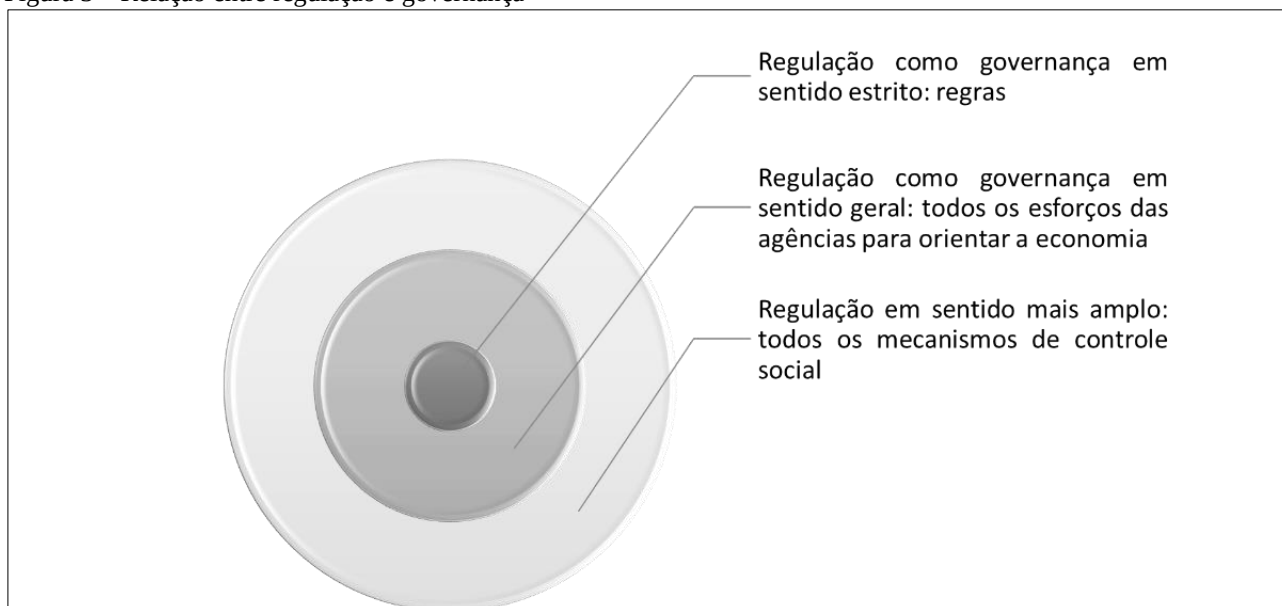
Para o TCU (Brasil, 2014), a governança no setor público compreende essencialmente os mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.

Como procedimento de governança, a Análise de Impacto Regulatório (AIR) é geralmente considerada um meio de melhorar a qualidade regulatória (Carvalho; Marques; Cordeiro Netto, 2017). A AIR contribui para os processos de decisão, tornando-os mais racionais, integrados, robustos e transparentes. Seu uso, portanto, pode melhorar a capacidade gerencial e reguladora dos recursos humanos do regulador, bem como a base do conhecimento, particularmente durante períodos de recessão econômica e crise.

4.3 DA GOVERNANÇA REGULATÓRIA

Inicialmente, cabe tecer algumas considerações sobre a interação entre os dois elementos até agora estudados. Jordana e Levi-Faur (2004) relacionam a regulação e a governança da seguinte forma (Figura 3):

Figura 3 – Relação entre regulação e governança



Fonte: autoria própria, a partir de Jordana e Levi-Faur, 2004, p. 3.

A distinção entre regulação como planejamento desejado de determinada coletividade e regulação como a “governança” de um processo contínuo de mercado descentralizado é importante.

Para Berg (2013), enquanto a substância regulatória (mecanismos e regras disponíveis aos reguladores) representam o “o que”, a governança regulatória (leis e processos seguidos pelas agências) correspondem ao “como” da regulação.

Ainda, para o objetivo almejado no presente artigo, importa entender o conceito de *frameworks*: a linguagem específica do domínio ou “linguagem pequena”, adaptada para um domínio de conhecimento específico (Abelson; Sussman, 1987; Bentley, 1986; Hudak, 1998). Os elementos de um *framework* são conceitos (isto é, termos associados a um significado) e relações entre eles (Hinkel; Bots; Schlüter, 2014).

Para Ostrom (2011), os *frameworks* identificam os elementos, e as relações gerais entre eles, que precisam ser considerados para uma análise institucional, bem como organizam avaliações diagnósticas e prescritivas, fornecendo conjunto amplo de variáveis no âmbito de exames de arranjos institucionais. Segundo a aludida autora, *frameworks* fornecem linguagem teórica que pode ser usada para comparar teorias, fazendo com que os elementos referentes a uma estrutura ajudem a gerar questões que necessitam ser discutidas.

O desenvolvimento de *frameworks* é atividade central no estudo, por exemplo, de sistemas socioecológicos (SEs, na sigla em inglês), pois fornecem aos estudiosos de diferentes origens linguagens comuns para comparar e construir a teoria entre os casos (Ostrom, 2011). Geralmente, o propósito de desenvolver um *framework* é facilitar a troca de argumentos sobre o domínio do

conhecimento, por meio de uma descrição clara e inequívoca dos conceitos em questão e de seus relacionamentos. No domínio dos SESs, por exemplo, isso significa que um *framework* deve apoiar a formulação e comparação de hipóteses, modelos e teorias. Um *framework* SESs visa, assim, a fornecer o conjunto mais geral de conceitos que se supõe serem aplicáveis a todo o domínio dos SESs (Ostrom, 2005). Embora isso não signifique que um *framework* seja livre de teoria, o objetivo de seu desenvolvimento é permanecer o mais neutro possível, para permitir a representação de diferentes teorias dentro da estrutura (Hinkel; Bots; Schlüter, 2014).

Nesse contexto, haja vista o exposto anteriormente, sobretudo os conceitos estudados e a análise do ambiente do setor de saneamento básico, para o presente artigo adotar-se-á como *governança regulatória a forma (framework) de regular determinada atividade relevante à sociedade, a partir da composição de normas, atores, condições biofísicas e cultura da comunidade, a fim de se alcançar a eficiente alocação de recursos (financeiros e humanos) e padrões sociais adequados*. Ilustrativamente, e com base na metodologia citada anteriormente, apresenta-se a Figura 4:

Figura 4 – Proposta de concepção de governança regulatória



Fonte: autoria própria.

A governança regulatória diz respeito à "forma", ao "como" regular, envolvendo, nessa parte, a predefinição pública de processos, procedimentos, enfim, o *framework* de mecanismos necessários ao atingimento do que se persegue.

Como acima pontuado, não é qualquer atividade que se observa (ou que deve se observar) no âmbito regulatório e, portanto, na governança regulatória. Apenas atividades ditas “relevantes” e, mais ainda, “relevantes à sociedade”, devem constar na esfera da governança regulatória e, nessa esteira, do conceito proposto. Trata-se de questão subjetiva que variará a depender da sociedade e de seu desenvolvimento social e econômico. Pode-se, de qualquer forma, afirmar que determinadas atividades têm traços de relevância em praticamente todas as sociedades, como são os serviços de água e esgoto, considerando a importância, inclusive, para a sua própria subsistência.

Observa-se que a concepção ora adotada ultrapassa a regulação e/ou governança meramente estatal, uma vez que se entende que atores estatais e não estatais regulam (cada qual em sua esfera de atuação). De toda sorte, as regulações públicas e privadas devem se entrelaçar e buscar alocação eficiente de recursos financeiros e humanos, bem como padrões sociais adequados, haja vista a relevância da atividade específica; no caso, de saneamento básico.

Ainda, no referido *framework*, verificam-se, enquanto componentes, normas, atores, condições biofísicas e a cultura da comunidade, que interagem entre si, em maior ou menor medida, a depender de cada caso, impactando de forma positiva ou negativa nos resultados almejados. Cuida-se, aqui, dos elementos, endógenos e exógenos, que influenciam a atividade regulatória. Por óbvio, em cada setor e, ainda, a depender dos casos concretos, esses componentes sofrerão alterações; contudo, eles orbitarão o processo de governança regulatória.

A título de exemplo, na prestação de serviços de água e esgoto diretamente por determinado município, podem-se observar: (i) enquanto atores (elemento endógeno): o município, por meio de sua secretaria ou de alguma autarquia, o usuário receptor dos serviços, agências reguladoras, que podem ser, a depender do arranjo, municipais, estaduais e também a Agência Nacional de Águas (ANA), como supervisora federal, e órgãos de controle externo, como os tribunais de contas e o ministério público; (ii) no âmbito das condições físicas, biológicas e atributos da comunidade (elementos exógenos): a necessidade de previsões de investimento em expansão da infraestrutura e a forma de tratamento da água bruta, a depender das condições físicas e biológicas, respectivamente, e medidas de *accountability* devidas para aprimorar as relações entre os atores e as estruturas de governança (atributos da comunidade); (iii) em relação às regras (também elemento exógeno), normas municipais e estaduais que se aplicarão a depender do arranjo, além das cláusulas contratuais, Constituição Federal, Lei federal nº 11.445, de 2007, Lei federal nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015, Lei federal nº 13.460, de 26 de junho de 2017, Decreto federal nº 7.217, de 21 de junho de 2010, entre várias outras.

Caso se considere a prestação de serviços de água e esgoto a partir de uma concessão, outros atores (concessionária, por exemplo) e normas (Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, Lei federal nº 9.074, de 7 de julho de 1995, e Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, por exemplo) serão observados.

Por fim, a governança regulatória possui como foco o alcance de uma eficiente alocação de recursos (financeiros e humanos), bem como padrões sociais adequados, considerando os objetivos específicos da atividade regulatória em questão. No âmbito do setor de saneamento básico brasileiro, nos termos dos arts. 2º, inciso I, e 23, da Lei nº 11.445, de 2007, pode-se dizer que o que se persegue é a universalização do acesso aliada à efetiva prestação do serviço, considerando-se critérios como: (i) padrões e indicadores de qualidade da prestação dos serviços; (ii) requisitos operacionais e de manutenção dos sistemas; (iii) as metas progressivas de expansão e de qualidade dos serviços e os respectivos prazos; (iv) regime, estrutura e níveis tarifários, bem como os procedimentos e prazos de sua fixação, reajuste e revisão; (v) medição, faturamento e cobrança de serviços; (vi) monitoramento dos custos; (vii) avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados; (viii) plano de contas e mecanismos de informação, auditoria e certificação; (ix) subsídios tarifários e não tarifários; (x) padrões de atendimento ao público e mecanismos de participação e informação; (xi) medidas de segurança, de contingência e de emergência, inclusive quanto a racionamento; (xii) procedimentos de fiscalização e de aplicação de sanções previstas nos instrumentos contratuais e na legislação do titular; e (xiii) diretrizes para a redução progressiva e controle das perdas de água.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema “governança regulatória” hoje é parte das atividades de Estado e também objeto com crescente proeminência nas agendas acadêmicas. As discussões que circundam a regulação, governança e governança regulatória atingiram notório grau de maturidade, tanto intelectual, com a formação de corpos acadêmicos de estudo, quanto prático, a partir de comunidades nacionais e internacionais que trocam linguagens, conceitos e inquietações.

As questões regulatórias, suas definições e contornos, são, portanto, foco de grande preocupação para os formuladores de políticas públicas, reguladores, prestadores de serviços, academia, usuários e a sociedade na sua forma mais ampla, sobretudo, quanto à sua estrutura regulatória (governança e seus efeitos) e estratégias.

Quatro pontos, nesse sentido, são importantes de observação: (i) a atividade regulatória provou ser essencial para o funcionamento dos mercados; (ii) a regulação é importante para o

crescimento econômico, em geral, e para o desenvolvimento, em particular; (iii) a regulação também é importante porque, mal empregada, pode criar incentivos perversos; e, por fim, (iv) a regulação impõe custos consideráveis (Lodge; Wegrich, 2009).

Dessa forma, entender as normas, os atores, as condições físicas, biofísicas e aspectos culturais da comunidade, ou seja, compreender o “como”, a forma de regular, é essencial para que a regulação de uma atividade aloque eficientemente seus recursos e propicie padrões sociais adequados. As principais discussões, sobretudo no tocante às infraestruturas de rede, nas quais se encontra o setor de saneamento básico, indicam a necessidade de se investir esforços teórico-práticos para o aprimoramento da governança regulatória de forma geral, ampliando, por exemplo, os métodos da regulação para além do tradicional comando e controle. Isso perpassa a compreensão do ambiente do setor, as definições de regulação, governança e a própria concepção do que seria governança regulatória, contribuição que este artigo pretendeu trazer para reflexões e também estudos posteriores.

REFERÊNCIAS

- ABELSON, H.; SUSSMAN, G. J. Lisp: a language for stratified design. **Massachusetts Institute of Technology Artificial Intelligence Laboratory**, [s. l.], p. 207-218, ago. 1987. Disponível em: <https://tinyurl.com/3ek3m5se>. Acesso em: 1 out. 2022.
- ARAGÃO, A. S. de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. **Understanding regulation: theory, strategy and practice**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2013.
- BENTLEY, J. Programming pearls: little languages. **Communications of the ACM**, [s. l.], v. 29, n. 8, ago. 1986. Disponível em: <https://tinyurl.com/bdur33zf>. Acesso em: 1 out. 2022.
- BERG, S. V. **Best practices in regulating State-owned and municipal water utilities**. ECLAC – Project Documents Collection. Santiago: United Nations, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/4xjm794p>. Acesso em: 7 ago. 2022.
- BLACK, J. Critical reflection on regulation. **Australian Journal of Legal Philosophy**, Camberra, v. 27, p. 1-36, 2002.
- BLACK, J.; BALDWIN, R. Really responsive risk-based regulation. **Law & Policy**, [s. l.], v. 32, n. 2, p. 181-213, abr. 2010.
- BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. **Guia da política de governança pública**. Brasília: Casa Civil da Presidência da República, 2018.

BRASIL. SNIS. **Diagnóstico Temático**. Serviços de Água e Esgoto. Visão Geral: ano de referência 2020. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Regional, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/4fpre2bz>. Acesso em: 11 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública**. Versão 2. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.

CAPELARI, M. G. M.; CALMON, P. C. D. P.; ARAÚJO, S. M. V. G. de. Vincent e Elinor Ostrom: duas confluências trajetórias para a governança de recursos de propriedade comum. **Ambiente & Sociedade**, São Paulo, v. XX, n. 1, p. 207-226, jan./mar. 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/42dbuytf>. Acesso em: 1 out. 2022.

CARVALHO, B. E. de; MARQUES, R. C.; CORDEIRO NETTO, O. de M. Regulatory Impact Assessment (RIA): from the State of Art until Conceptual and Framework Proposal Model. **Journal of Contemporary Management**, [s. l.], v. 6, n. 1, p. 111-126, 2017.

COGLIANESE, C.; MENDELSON, E. **Meta-Regulation and Self-Regulation**. Pennsylvania: Institute for Law & Economics, Penn Law School Public Law and Legal Theory, 2010.

CREW, M. A.; PARKER, D. **International Handbook on Economic Regulation**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006.

CUÉLLAR, L. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

EHRHARDT, D.; JANSON, N. Can regulation improve the performance of government-controlled water utilities? **Water Policy**, [s. l.], v. 12, p. 23-40, 2010.

EISENDRATH, A. **Private communication**. United States Agency for International Development (USAID), 2012.

EISENDRATH, A. **Water Utility Corporatization**. United States Agency for International Development (USAID), 2013.

FIANI, R. **Teoria da regulação econômica: estado atual e perspectivas futuras**. Rio de Janeiro: UFRJ-IE, 1998.

GALLACCI, F. B. Reflexão acerca das disputas jurídicas envolvendo o setor de saneamento brasileiro. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – REDAC**, São Paulo, v. 3, n. 21, p. 95-118, nov./dez. 2015.

GÓMEZ-IBÁÑEZ, J. **Regulating Infrastructure**. Monopoly, Contracts, and Discretion. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

GRAHAM, J.; AMOS, B.; PLUMPTRE, T. **Governance principles for protected areas in the 21st century**. Prepared for The Fifth World Parks Congress Durban, South Africa. Ottawa: Institute on Governance (IOG), 2003. Disponível em: <https://tinyurl.com/mvjhcktz>. Acesso em: 1 out. 2022.

- HINKEL, J.; BOTS, P. W. G.; SCHLÜTER, Maja. Enhancing the Ostrom social-ecological system framework through formalization. **Ecology and Society**: a journal of integrative science for resilience and sustainability, [s. l.], v. 19, n. 3, 2014.
- HUDAK, P. Modular domain specific languages and tools. **Proceedings of the Fifth International Conference on Software Reuse**, IEEE, Bangalore, India, p. 134-142, 1998.
- JHA, A. K. **Institutions, Performance, and the Financing of Infrastructure Services in the Caribbean**. Washington, D.C: World Bank, 2005.
- JORDANA, J.; Levi-Faur, D. (ed.). **The politics of regulation**: institutions and regulatory reforms for the age of governance. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2004.
- JUSTEN FILHO, M. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- LODGE, M.; WEGRICH, K. High Quality Regulation: its popularity, its tools and its future. **Public Money & Management**, [s. l.], v. 29, n. 3, p. 145-152, 2009.
- LODGE, M.; WEGRICH, K.; MCELROY, G. Gammelfleisch Everywhere? Public Debate, Variety of Worldviews and Regulatory Change. **CARR Discussion Paper NO: 49**, Centre for analysis of risk and regulation, London School of Economics and Political Science, 2008.
- MARCATO, F. S. Uma nova ordem para o saneamento em regiões metropolitanas. *In: 3º Encontro de Saneamento Básico*, FIESP, 2013. Disponível em: <https://tinyurl.com/4yvp7xva>. Acesso em: 19 ago. 2020.
- MARQUES NETO, F. P. de A. **Agências reguladoras independentes**: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- MATTOS, P. *et al.* **Regulação Econômica e Democracia**. O Debate Norte-Americano. Núcleo Direito e Democracia/CEBRAP. São Paulo: Editora 34, 2004.
- MCGINNIS, M. D.; OSTROM, E. Reflections on Vincent Ostrom, Public Administration, and Polycentricity. **Public Administration Review**, [s. l.], v. 72, n. 1, p. 15-25, 2011.
- MOREIRA, E. B.; CAGGIANO, H. C.; GOMES, G. J. O novo marco legal do saneamento básico (Os pontos mais importantes da Medida Provisória nº 844/2018). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, n. 63, p. 89-116, jul./set. 2018.
- MORGAN, B.; KAREN, Y. **An Introduction to Law and Regulation**. New York: Cambridge University Press, 2007.
- OLIVEIRA, R. C. R. Análise de impacto regulatório e pragmatismo jurídico: levando as consequências regulatórias a sério. **Revista Digital de Direito Administrativo**, [s. l.], v. 8, n. 2, p. 136-152, 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/28khzsvb>. Acesso em: 1 out. 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Evaluating laws and regulations: the case of the Chilean chamber of deputies.** Paris: OECD Publishing, 2012.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Organization For Economic Co-operation and Development. **Regulatory Impact Assessment: best practices in OECD countries.** Paris: OECD Publishing, 1997.

OSTROM, E. Background on the Institutional Analysis and Development Framework. **Policy Studies Journal**, Oxford, v. 39, n. 1, p. 7-27, 2011.

OSTROM, E. **Understanding Institutional Diversity.** Princeton: Princeton University Press, 2005.

RESENDE, N.; COHEN, I.; MARCATO, F. Gestão Associada da Prestação dos Serviços – o que muda com o Novo Marco Legal do Saneamento? *In*: DAL POZZO, Augusto N. (coord.). **O Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 187-200.

SELZNICK, P. Focusing Organizational Research on Regulation. *In*: NOLL, R. (ed.). **Regulatory Policy and the Social Sciences.** Berkeley: University of California Press, 1985. p. 363-364.

SILVA, D. A. V. S. **Monitoramento para avaliação das políticas regulatórias do Inmetro:** proposição de uma sistemática em direção à implantação assistida orientada por resultados. 2014. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

SILVA, D. A. V. S.; FONSECA, M. V. de A. Monitoramento para avaliação do desempenho regulatório do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia. **Revista Adm. Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, p. 447-472, mar./abr. 2015.

SILVA, G. H. T. da. A Análise de Impacto Regulatório na Anvisa: Uma Estratégia de Governança e Melhoria da Qualidade Regulatória. *In*: PROENÇA, J. D.; PAULO, C. B. de. **Experiências Exitosas em Regulação na América Latina e Caribe.** Brasília: Presidência da República, 2012. p. 15-51.

TAHLER, R. H; SUNSTEIN, R. C. **Nudge.** Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Trad. A. Lessa. São Paulo: Objetiva, 2019.

UNITED NATIONS. **The Millennium Development Goals Report.** New York: United Nations, 2015.

VAGLIASINDI, M. Governance Arrangements for State Owned Enterprises. **Policy Research Working Paper 4542**, The World Bank Sustainable Development Network, 2008.

WORLD BANK. **World Development Report 2017: governance and the law.** Washington: The World Bank, 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/w9cyhexa>. Acesso em: 7 ago. 2022.