

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DO BRASIL - EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DO SANEAMENTO**

IGOR DE OLIVEIRA GALINDO

**REGULAÇÃO DO SANEAMENTO
ESTUDO DE CASO DO MUNICÍPIO DE PETROLINA – PE**

**GARANHUNS,
JANEIRO 2016**

IGOR DE OLIVEIRA GALINDO

REGULAÇÃO DO SANEAMENTO

ESTUDO DE CASO DO MUNICÍPIO DE PETROLINA – PE

Monografia apresentada ao Instituto
Brasiliense de Direito Público, como
requisito parcial para conclusão de Curso
Pós-Graduação em Direito do
Saneamento.

Orientadora: Prof.(a). Me. Dayana
Almeida Fraga Sampaio

**GARANHUNS,
JANEIRO 2015**

IGOR DE OLIVEIRA GALINDO

REGULAÇÃO DO SANEAMENTO

ESTUDO DE CASO DO MUNICÍPIO DE PETROLINA – PE

Monografia apresentada ao Instituto
Brasiliense de Direito Público, como
requisito parcial para conclusão de Curso
Pós-Graduação em Direito do
Saneamento.

Garanhuns, 7 de Janeiro de 2016

Prof.(a). Me. Dayana Almeida Fraga Sampaio
Orientadora

Prof. Me. Hector Luís Cordeiro Vieira
Membro da Banca Examinadora

Prof.(a)
Membro da Banca Examinadora

.....Ao Eterno pelo dom da vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao Eterno, nosso Deus, pela oportunidade de conquistar essa pós-graduação e por sua presença em minha vida.

A minha esposa, Myrelia Galindo, pela compreensão, que tolerou com paciência minha ausência, me dando o apoio necessário para concretizarmos dessa pós-graduação.

Ao diretor presidente da COMPESA, DR. Roberto Tavares pela oportunidade para cursar essa pós-graduação.

Aos colegas advogados da COMPESA pelo apoio nos momentos oportunos e decisivos.

À professora orientadora pelo apoio na condução desse trabalho.

*Que o conhecimento a mim concedido possa servir para
melhoria da humanidade.*

*Ouça bem com o coração porque o essencial é invisível aos
olhos (Pequeno Príncipe)*

RESUMO

Na cidade de Petrolina, estado de Pernambuco, a Companhia Pernambucana de Saneamento (Compesa) exerce o papel de operação do sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário. A cidade possui 320 mil habitantes, está inserida em uma Região Integrada de Desenvolvimento (RIDE) possuindo, portanto, uma atenção especial no país. Em 2003, o município criou uma agência reguladora para fiscalizar a atuação da Compesa no município. Durante esse período a agência vem desenvolvendo seu papel com algumas ações, a princípio, questionáveis à luz da legislação atual. O presente trabalho tem, portanto, como objetivo estudar até que ponto as atividades da Agência Reguladora Municipal de Petrolina (ARMP) atenderam à legislação atual sobre regulação não só nos aspectos de sua formatação, mas também, na sua atuação. Neste contexto verificou-se que a ARMP foi criada e idealizada respeitando os princípios da regulação e da legislação vigente, no entanto sua atuação ficou comprometida pela captura política e suas ações feriram alguns princípios da regulação.

Palavras-chave: Regulação, Serviço Público, Petrolina, Saneamento

ABSTRACT

In the city of Petrolina, state of Pernambuco , the Pernambuco Sanitation Company (Compesa) plays the role of operation of water supply and sewage system. The city has 320.000 population, is inserted in a Region Integrated Development (RIDE) having therefore a special attention in the country. In 2003, the municipality created a regulatory agency to oversee the operations of Compesa in the city. During this period the agency has developed its role with some action at first questionable in the light of current legislation. This work is therefore to study the extent to which the activities of the City of Petrolina Regulatory Agency (ARMP) provided the current legislation on regulation not only in the aspects of its formatting, but also in their work. In this context it was found that the ARMP was created and conceived with the principles of regulation and current legislation, however his performance was compromised by politics and capture their actions hurt some principles of regulation.

Key words: Regulation, Public Service, Petrolina, Sanitation

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 REGULAÇÃO	11
1.1 Conceituação geral	11
1.2 Regulação Econômica.....	12
1.3 Agências Reguladoras	14
1.4 Regulação do Saneamento	19
2 ESPECIFICIDADES DA REGULAÇÃO EM PETROLINA	25
2.1 A Cidade de Petrolina.....	25
2.2 A Compesa.....	26
2.3 A ARMP	27
2.4 O Serviço de Saneamento e Aspectos Formais da ARMP.....	28
2.5 A Atuação da ARMP	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS.....	50
ANEXOS.....	54

INTRODUÇÃO

A regulação surge como elemento próprio de um sistema com objetivo de manter um ordenamento para garantia da sua sobrevivência. Dessa forma as agências reguladoras surgiram no Brasil como instrumento do poder público para promover um ordenamento aos prestadores de serviços públicos buscando melhor efetividade dos serviços prestados. A regulação, pode ser geral, com normas mais abrangentes, que é, por exemplo, o caso das regras de consumo e meio ambiente, regional com regras para regiões como os regimes tributários de cada ente federativo ou ainda setorial que abarca um determinada setor da economia como energia, saneamento, água entre outros.

Em função do péssimo serviço prestado e as diversas epidemias a partir dos anos 40 houve uma grande intervenção do estado na economia fazendo surgir as autarquias e mecanismos de financiamento para o abastecimento de água.

Nesse cenário, em 1990 o Brasil viveu uma onda generalizada de capital privado em todos os setores, deixando o Estado de explorar diretamente os serviços, impulsionando assim o surgimento de órgãos reguladores.

No início de 1999 o governo federal, diante do cenário de ajuste econômico imposto pelo FMI, passa a ampliar o programa de privatizações que atinge significativamente o setor de saneamento. A concessão de serviços à iniciativa privada passa a se estender ao setor de saneamento especialmente as empresas públicas estaduais.

Nessa tendência, o município de Petrolina, no Estado de Pernambuco, criou sua própria agência municipal para atuar como agente regulador dos serviços de água e esgoto prestados em seu município. Criada dentro de um contexto em que havia uma agência reguladora estadual e uma tendência política para municipalização do sistema, a ARMP (Agência Reguladora Municipal de Petrolina) foi instituída para regular os serviços da Companhia Pernambucana de Saneamento (Compesa) uma empresa de economia mista cujo estado é seu maior acionista.

Para o saneamento básico no Brasil a Lei 11.445/2007, conhecida como Lei Nacional do Saneamento e o Decreto 7.217/2010, que regulamentou essa lei, tentou

uniformizar as exigências impostas aos reguladores e minimizar a proliferação de entendimentos sobre o processo de regulação.

O trabalho se desenvolve por descrever sucintamente alguns elementos básicos de regulação, passando pelo seu princípio conceitual, pela regulação econômica e regulação do saneamento. Em seguida analisa os aspectos formais de criação da ARMP e sua atuação no município de Petrolina.

O trabalho não tem a intenção de exaurir os aspectos sobre regulação municipal, nem tão pouco discutir os princípios legais da regulação. Busca apenas trazer como exemplo uma situação de regulação municipal analisando-a à luz da legislação da regulação de saneamento no Brasil.

Tem portanto, o objetivo de estudar em quais os aspectos a Agência Reguladora Municipal de Petrolina (ARMP) atendeu à legislação atual de regulação sobre a ótica de sua formatação e de sua atuação.

1 REGULAÇÃO

1.1 Conceituação geral

O termo “regulação”, vem de *regulare* que significa dirigir, dispor, ordenar. Designa, portanto, uma atuação com objetivo maior de ordenar algo. No entanto a ideia de regulação vem muito antes da economia ou do direito. A primeira acepção de regulação encontra base no pensamento teológico como uma maneira de reduzir o caos e de pensar um mundo ordenado. Na Biologia com a Teoria de Autopoiese, onde o termo autopoiese vem do grego *auto* “próprio”, e *poiesis* “criação”, um sistema vivo está constantemente se reproduzindo, autorregulando e mantendo interações com o meio em que está inserido, desencadeando mudanças em sua e pela sua própria estrutura e não por um agente externo com objetivo de se manter vivo. Nesse sentido a regulação surge como elemento próprio de um sistema com objetivo de manter um ordenamento para garantia da sua sobrevivência. Na sociologia em geral onde a regulação passa a ser entendido como um conjunto de ações voltadas para a manutenção do equilíbrio de um sistema social e ainda na Economia como sendo um conjunto de técnicas e instrumentos que permitem instaurar e manter um equilíbrio econômico ótimo que seria necessário a um mercado incapaz, por si mesmo, de gerar esse equilíbrio. Estes últimos dão ao conceito de regulação um sentido mais prático ao termo.

O poder regulamentar determina a edição de normas complementares à lei, para sua íntegra execução, esta confecção pertence ao Chefe do Poder executivo da União, dos estados e dos Municípios. Na doutrina admitem-se dois tipos de regulamentos, o regulamento executivo e o regulamento autônomo. No regulamento executivo não se pode editar normas opostas à lei, apenas complementa-las, deste modo à carta magna constitucional em seu artigo 84, inciso IV determina: “regulamentos para sua fiel execução”. Por outro lado, o regulamento autônomo edita normas sobre matérias não regulamentadas em lei. Neste sentido, reza Di Pietro (2014, p. 92):

Ele não pode inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme

artigo 5º, II, da Constituição; ele tem que se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração.

O regulamento autônomo ou independente inova na ordem jurídica, porque estabelece normas sobre matérias não disciplinadas em lei; ele não completa nem desenvolve nenhuma lei prévia.

No Brasil não se admite o regulamento autônomo, Di Pietro (2014, p. 92) esclarece brilhantemente:

No direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos, a não ser a partir da Emenda Constitucional nº 32/01. Na Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 1/ 1969, o artigo 81, V, outorgava competência ao Presidente da República para "dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal", única hipótese de decreto dessa natureza agasalhada expressamente na legislação; tratava-se de decreto autônomo sobre matéria de organização da Administração Pública. A atual Constituição, no artigo 84, VI, previa, na redação original, competência para "dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei".

Dessa forma, a legislação brasileira só admite o regulamento executivo, sendo condicionado a uma lei prévia, e de atribuição normativa do Chefe do Poder Executivo.

1.2 - Regulação da Economia

O Estado surgiu desde tempos remotos com a finalidade de organização e controle da sociedade, cabendo ao Soberano garantir segurança e felicidade que não existiam nas condições na natureza.

Com o passar dos anos, as funções do Estado foram sendo aprimoradas, passando a garantir também o bem estar social, criando mecanismos de intervenção nas relações individuais e fazendo impor-se com seu poder coercitivo. Com a industrialização houve um acelerado processo de urbanização e novas regras estatais.

Com a derrubada do absolutismo da Revolução Francesa, em 1789, os ideais de liberdade tomaram força e se tornaram parte ao modelo de organização e função do Estado. O Estado Liberal se caracterizava pelo domínio da atividade econômica

pelo setor privado e o exercício das limitadas funções públicas do Estado. Nesse modelo eram garantidos aos indivíduos, entre outras, a livre iniciativa econômica, liberdade religiosa e de pensamentos, enquanto o Estado mal conseguia manter os serviços públicos para a população. Havia uma distorção, onde, de um lado, se desenvolveu a tecnologia com concentração de riquezas na mão de poucos e, do outro, uma classe operária cada vez mais explorada e sem as condições mínimas para garantir o bem estar social.

No Estado intervencionista, o Poder Público passa a dominar todas as propriedades privadas e passa a desempenhar diretamente os bens e serviços buscando distribuí-los de forma igualitária para a população. Um modelo que seria a solução para erradicação das misérias e desigualdades sociais encontrou forte resistência por parte da população pois as normas ditadas eram feitas pela classe de maior poder financeiro.

Os modelos, portanto, ora sem intervenção do Estado na economia e ora com intervenção excessiva, passam a ser entendidos como modelos a funcionais e surge um novo paradigma: o Estado Regulador. Este que Justen Filho (2002, p. 24) explica:

Todos os serviços públicos que puderem ser organizados segundo padrões de estrita racionalidade econômica deverão ser remetidos à iniciativa privada. Somente incumbem ao Estado desempenhar atividades diretas nos setores em que a organização econômica, modelada pelos parâmetros de acumulação privada de riqueza, colocar em risco valores coletivos ou for insuficiente para propiciar sua plena realização.

Nesse novo modelo, portanto, o Estado deve explorar somente as atividades essenciais deixando para o setor privado as demais atividades sob a regulação do Estado. A regulação passa a ser necessária para corrigir as falhas de mercado, onde as situações da livre concorrência não geram o melhor resultado para a sociedade, permanecendo o Estado com o domínio econômico, mas não de forma direta.

Nessa linha de pensamento o professor Canotilho (2002, p. 351 e 352) defende:

(...) O Estado não tem de construir e manter infraestruturas rodoviárias, de energia, de telecomunicações, de tratamento de resíduos, mas deve assumir a responsabilidade regulativa dos serviços públicos de interesse geral. Neste sentido se diz que o Estado Social assume hoje a forma moderna de Estado regulador de serviços públicos essenciais...

De certo modo, trata-se de uma questão estratégica no âmbito da nova economia, em função das mudanças nos sistemas de produção, nas relações do trabalho e na economia globalizada.

A regulação, portanto, pode ser geral, com normas mais abrangentes, que é, por exemplo, o caso das regras de consumo e meio ambiente, regional com regras para regiões como os regimes tributários de cada ente federativo ou ainda setorial que abarca um determinada setor da economia como energia, saneamento, água entre outros. Assim, a regulação pode ser feita por agência, por contratos, pelo próprio mercado, por estatização, auto regulação ou incentivos.

1.3 Agências Reguladoras

As agências reguladoras foram criadas no nosso país sob forma de autarquia, e, portanto, com personalidade jurídica de direito público.

Estão regidas pela nova redação dada ao inciso XIX do artigo 37 da CF 88, “pela EC 19/98, somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação”

As agências são autarquias de regime especial, conferindo-lhes características próprias de maior autonomia em relação ao poder público. Esse regime visa preservar as agências de ingerências indevidas por parte do Estado e seus agentes. Segundo Luis Roberto Barroso (2002, p. 285 - 311):

A instituição de um regime jurídico especial visa a preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, inclusive e sobretudo, como assinalado, por parte do Estado e de seus agentes. Procurou-se demarcar, por esta razão, um espaço de legítima discricionariedade, com predomínio de juízos técnicos sobre as valorações políticas. Constatada a necessidade de se resguardarem essas autarquias especiais de injunções externas inadequadas, foram-lhe outorgadas autonomia político-administrativa e autonomia econômico-financeira.

Referente à autonomia político-administrativa, a lei de criação da cada agência deve prever um conjunto de procedimentos. Luis Roberto Barroso (2002, p. 296 e 297) complementa:

No tocante à autonomia político-administrativa, a legislação instituidora de cada agência prevê um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas, dentre as quais normalmente se incluem: (i) nomeação dos diretores com lastro político (em âmbito federal 37 a nomeação é feita pelo Presidente da República, com aprovação do Senado): (ii) mandato fixo de três ou quatro anos: e (iii) impossibilidade de demissão dos diretores, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal.

Ainda com referência à autonomia político-administrativa a lei de criação das agências também prevê que os dirigentes estariam impedidos de prestar qualquer tipo de serviço às empresas reguladas, coligadas ou subsidiárias ao longo de determinado período.

Além disso vale salientar o que preconiza o inciso XVI e XVII da Emenda Constitucional (EC) 19/98:

Art. 37 EC 19/98 - XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro, técnico ou científico;

c) a de dois cargos privativos de médico;

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

Dessa forma, procurou-se criar um arcabouço jurídico para salvaguardar os dirigentes das autarquias especiais dos diversos males dos agentes administrativos públicos.

No tocante à autonomia financeira, procurou-se conferir às agências não só a dotação orçamentária geral mas receitas provenientes de taxas de fiscalização, ou ainda participação sobre o faturamento dos agentes regulados.

Embora muito associada com competência normativa, a função reguladora é mais abrangente e variada. Ainda que se aproxime da ideia de poder de polícia administrativa, apresenta o poder de direcionar a atividade privada ou de caráter privado, de acordo com os interesses público legalmente definido. A regulação contempla uma gama de atribuições relacionada ao desempenho de atividades econômicas dos serviços públicos prestados, incluindo fiscalização, resolução de conflitos, disciplina da atividade e eventual sanção. (CONSTANTINO, 2015).

Nesse aspecto Luis Roberto Barroso (2002, p. 300 e 301) discorre:

Às agências reguladoras, no Brasil, tem sido cometido um conjunto diversificado de tarefas, dentre as quais se incluem, a despeito das peculiaridades de cada uma delas, em função da diversidade de textos legais, as seguintes: a) controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; b) universalização do serviço, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos; c) fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural; d) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão; e) arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais etc.

Na tentativa de sistematizar os poderes das agências reguladoras, com base na função clássica do Estado, é possível classificar as atividades das agências reguladoras em normativas, executivas, judicante e sancionador.

A respeito do poder normativo pode-se citar:

O poder normativo de uma agência reguladora advém de sua competência para edição de atos normativos seja pela definição de padrões de conduta dos agentes regulados, seja pela definição ou pormenorização de parâmetros técnicos concretos, ou pela definição de procedimentos e processos administrativos. Tal poder retira seu fundamento de validade de expressa disposição da própria lei de regência da agência (JANTALIA, 2014)

Esse poder normativo das agências reguladoras contempla a atribuição de atos normativos em geral, que podem servir de instrumento de regulação (ato normativo primário) ou regulamentação (ato normativo secundário, normas de alcance específico).

Esse caráter normativo é base para os demais poderes de uma agência reguladora, mas não se confunde com estes e pode servir de instrumento de regulação econômica ou social. O ato normativo é um veículo para aplicação da norma que estabelece um comando de conduta para o regulado.

O Poder Executivo ou fiscalizatório parte da própria administração da agência, envolvendo implementação das políticas públicas e fiscalização sobre cumprimento das normas e parâmetros estabelecidos. É nesse espaço que podem deflagrar a

ações de natureza sancionadora em caso de descumprimento das regras aplicáveis.

O Poder Executivo ou fiscalizatório de uma agência reguladora se refere à competência de agir com objetivo de garantir cumprimento das normas. Para tanto supervisiona a conduta dos agentes regulados com aferição de conformidades sobre padrões estabelecidos. Neste sentido, o poder fiscalizatório exige uma pré-definição dos padrões sem os quais não poderiam fiscalizar.

No tocante ao poder executivo das agências destaca-se que o controle de tal poder deve-se limitar à escolha de seus dirigentes, sob pena de eliminar ou prejudicar a autonomia que lhes é assegurada pelas leis instituidoras.

O poder executivo é instrumentalizado mediante procedimentos administrativos de monitoramento e fiscalização dos regulados e processos administrativos para apurar a ocorrência de irregularidades.

O desempenho da atividade executiva das agências envolve, muitas vezes, complexidades jurídicas entre os diversos agentes reguladores de um setor, os agentes e o poder público e entre as agências os entes federados. A respeito desse assunto informa o professor Barroso (2002, p. 301):

A Lei nº 9.472/97, art. 19, XIX, e.g., conferiu à ANATEL competência para exercer o controle a prevenção e a repressão de infrações à ordem econômica, nada obstante as atribuições da Secretaria de Defesa Econômica do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional de Defesa Econômica - CADE. Por sua vez, a Lei nº 9.961/01, art. 4º, XXII, outorgou à ANS competência para autorizar modificações na estrutura societária das empresas do setor (v.g., art. 4º, XXII, da Lei da devedora fixar tais diretrizes; a Lei da ANEEL (Lei nº 9.427/97) atribui ao próprio Ministério das Minas e Energia essa competência (art. 2º); a Lei da ANATEL (Lei nº 9.472/97) determina que a agência envie ao Ministério das Telecomunicações relatórios periódicos, além de submetê-la a auditorias operacionais levadas a cabo pelo Ministério referido (art. 19, incisos XXIX, XXX). Por outro lado, as mesmas leis registram que as agências não mantêm vínculo hierárquico ou decisório com a Administração direta ou com qualquer órgão governamental (art. 8º, § 2º da Lei da ANATEL, art. 1º, parágrafo único, da Lei da ANS), sequer havendo previsão de recurso hierárquico impróprio, contra suas decisões, dirigido à Administração direta.

Poder judicante ou decisório se remete à competência para solução de conflitos entre os reguladores e os regulados ou entre regulados e usuários.

Nessa função judicante o agente regulador inicia-se por uma fase de conciliação onde o agente regulador deve ser um mero parceiro das partes buscando mostrar as vantagens em solucionar o conflito. Passada a fase de conciliação passa-se à etapa de mediação, quando o regulador passa a ter uma função mais ativa propondo uma solução que se não aceita caberá à agência arbitrar a decisão tendo aí um cunho obrigatório.

A respeito do poder judicante, escreve o professor Marcelo Souto (2002, p. 6)

A submissão de pleito à regulação judicante exige que os atos decisórios sejam motivados, demonstrando-se a adequação da realidade dos fatos à norma aplicada (princípio da segurança jurídica). A motivação da decisão está sujeita ao princípio da verdade real, cabendo à autoridade que decide buscar por vários meios as informações indispensáveis. Não havendo parâmetros suficientes se autoriza a ponderação, com o sacrifício de um direito em benefício de outro mais importante no caso concreto; em outras palavras, a ponderação, enquanto resultado, deve atentar para o dever de eficiência da regulação, atendendo os princípios da “livre concorrência” e da “função social da propriedade”.

Na decisão, pondera-se, à luz do princípio da proporcionalidade, se à limitação de um direito corresponde à justa valorização de outro interesse em conflito; em outras palavras, cabe ponderar a necessidade de acesso ao “mercado” com a criação de dificuldades para acesso ao mercado, cabendo ao regulador a competência da Agência para compor e decidir os conflitos, com direito a recurso. A ponderação deve oferecer ao agente envolvido a opção de avaliar o custo/benefício em cada uma das alternativas, optando-se pela menos onerosa, dando, assim, atendimento ao princípio da proporcionalidade, com vistas a impedir ou minimizar as barreiras para ingresso no mercado ou os danos ambientais ou ao consumidor, por exemplo.

O poder sancionador das agências se fundamenta no desdobramento da função normativa, onde a sanção só ocorre pela não observância às normas estabelecidas.

Dentre as atribuições, compete aplicar as penalidades previstas nos respectivos instrumentos de constituição da agência e nos contratos de concessão.

Além do princípio da legalidade, as sanções administrativas devem ser atender o princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade é indicada como elemento essencial das sanções administrativas por vários autores, como por exemplo, por Marcelo Abelha Rodrigues (2002, p. 191), já mencionado, que ensina:

Tendo em vista o fato de que as sanções administrativas são atos da Administração Pública e, portanto devem estar pautados na lei, é certo que a sanção imposta deve encontrar correspondência com a infração cometida, e, daí fala-se em ilegalidade da sanção desproporcional. Muitos dispositivos que regulam a aplicação do poder de polícia não fixam os terrenos mínimos e máximo de valoração das multas, que constitui uma das sanções mais aplicadas. Não é possível ao administrador aplicar uma multa, máxima ou mínima, sem especificar claramente quais os critérios que se utilizou para se chegar a determinado valor. Não só as multas, mas toda e qualquer sanção administrativa deve pautar-se no princípio da proporcionalidade, que nada mais é do que um corolário do princípio da razoabilidade e finalidade que devem pautar os atos da administração.

Assim, vale destacar que o poder regulador é limitado ao que está previsto no contrato e/ou nos documentos constituintes das agências reguladoras. A sanção não pode ser arbitrada, não pode ser aplicada, se não prevista em lei, mesmo que seja uma previsão genérica.

1.4 - Regulação do Saneamento

A regulação do saneamento perpassa pelo processo originário da prestação de serviços de saneamento no Brasil. A história do país remonta ao povo indígena que reservava sua água em potes de barro. Em seguida com a colonização, inicia o surgimento das vilas, que evoluíram para centros urbanos e daí o surgimento das cidades onde passou-se a ter uma preocupação com o saneamento para controle das epidemias. Com essa necessidade, empresas estrangeiras passaram a operar os sistemas no Brasil dando início às primeiras concessões do setor. Em função do péssimo serviço prestado e as diversas epidemias a partir dos anos 40 houve uma grande intervenção do estado na economia fazendo surgir as autarquias e mecanismos de financiamento para o abastecimento de água (MARINHO, 2006).

Em 1934 foi criado o código das águas que estabeleceu os princípios de um sistema híbrido que associava regime de concessão ao de regulação econômica pela taxa de retorno cujo princípio vigorou até os anos 90 (MARINHO, 2006).

Entre os anos 50 e 60 foram criadas as primeiras empresas de economia mista, com empréstimos do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), com previsão de reembolso por meio de tarifa demandaram maior autonomia das companhias. No final da década de 1960, os serviços de água e esgoto foram

constituídos a partir de um modelo estatal, que buscou atender a uma lógica baseada na economia de escala e no subsídio cruzado (MARINHO, 2006).

Com o fim do golpe militar de 1964, foi criado o Banco Nacional de Habitação (BNH); em 1966 ocorre a reforma tributária, e, partir daí, surge uma nova estrutura de gestão pública no campo do saneamento. Em 1967 o Poder Executivo passa a ter autonomia através do Decreto-Lei 200, dando origem a uma reforma do Estado, tendo entre os efeitos a criação de empresas estatais e mistas.

As atividades dos serviços públicos não possuíam uma regulação específica e portanto, seguia-se apenas alguns parâmetros de regulação do BNH. A respeito desse aspecto discorre Maria Marinho (2006, p. 15):

O Banco Nacional de Habitação (BNH), criado em 1964, abrigou o Sistema Financeiro de Saneamento e foi, até meados dos anos 1980, o órgão responsável pela concessão dos financiamentos de saneamento às Companhias Estaduais e pela regulação das ações dessas companhias, a qual se dava através da Carteira de Operações e Saneamento mediante o estabelecimento de padrões de prestação de serviços e de taxas de retorno apropriadas para os investimentos, e também mediante o acompanhamento sistemático do desempenho dessas companhias por meio de indicadores padronizados.

Um outro elemento que limitava, norteava as atividades econômicas estava previsto no artigo 160 da Constituição Federal (CF) de 69.

Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.¹⁵

Havia ainda na CF 69 a ideia de regulamentação das concessões para serviços públicos, bem como ideia de fiscalização e parâmetros para prestação de serviços, como pode ser observado no artigo 167.

Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:
I - obrigação de manter serviço adequado;
II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e

III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.¹⁶

Cabe lembrar que nessa época o Decreto-Lei 949 de 1969, autorizou o BNH (Banco Nacional de Habitação) a aplicar recursos nas operações de financiamento para o saneamento, além de seus próprios recursos, os do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Em 1971, foi instituído o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA), formalmente implementado em 1971, onde foram consolidados os valores que surgiram nos anos de 1950, autonomia e auto sustentação, por meio das tarifas e financiamentos baseados em recursos retornáveis. As decisões passaram a ser concentradas, com imposições das companhias estaduais sobre os serviços municipais, e uma separação das instituições que cuidavam da saúde e as que planejavam saneamento.

A CF 88 conferiu aos municípios a dotação de autonomia política, administrativa e financeira passando a poder eleger seu próprio poder executivo e legislativo além de definir leis próprias para tratar de assuntos locais.

Em 1990, foi criado o Ministério do Bem Estar Social, dentro do qual foi criada a Secretaria Nacional de Saneamento. Esta secretaria foi uma tentativa frustrada de reorganizar um modelo de regulação nacional para o setor. Inexistia na época um plano nacional para o setor que fixasse prioridades e orientasse a alocação de recursos. Para solucionar o problema foi implementado em 1994 o Programa Nacional de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS), tendo como uma questão central a separação entre regulação e prestação dos serviços. A regulação seria um instrumento de garantir o interesse público cobrindo desde regulação no aspecto técnicos de cobertura, qualidade, aspectos econômicos e investimentos para o atendimento às necessidades dos usuários, e aspectos relativos ao meio ambiente, saúde pública, defesa do consumidor e concessões. Nessa ideia a regulação deveria ser exercida tanto pela União, estados e municípios, cada um com seus diferentes tipos de atuação. O PMSS já previa a participação popular na regulação.

Nesse cenário em 1990 o Brasil viveu uma onda generalizada de capital privado em todos os setores, deixando o Estado de explorar diretamente os serviços, impulsionando assim o surgimento de órgãos reguladores. As primeiras agências reguladoras criadas foram: Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel)

em 1996; Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) em 1997 e Agência Nacional do Petróleo (ANP) em 1997.

No início de 1999 o governo federal, diante do cenário de ajuste econômico imposto pelo FMI, passa a ampliar o programa de privatizações que atinge significativamente o setor de saneamento. A concessão de serviços à iniciativa privada passa a se estender ao setor de saneamento especialmente as empresas públicas estaduais.

Em 1998 foi divulgada a resolução 2521 do Conselho Monetário Nacional que vedou aos órgãos públicos novos financiamentos em saneamento alegando que as empresas públicas, as prefeituras e os estados não tinham capacidade de pagamento.

Abre-se assim um novo cenário para ação do capital privado e inicia-se uma discussão sobre a regulação dos serviços, com a perspectiva da institucionalização de entes reguladores e marcos regulatórios do saneamento.

Com objetivo de garantir que as atividades realizadas por particulares fossem prestadas à sociedade de forma a promover o bem estar social, sem que o Estado, capacitasse a administração direta de estruturas específicas, passou a delegar tais serviços e criar reguladores para edição de normas de controle e comandos com aspectos técnicos, executivos e decisórios.

Embora não haja uma forma única as agências reguladoras foram comumente criadas como autarquias e mais tarde como autarquias de regime especial, dotando-as de maior autonomia administrativa, financeira e poder de decisão e estabilidade de seus dirigentes.

A respeito desse assunto a professora Elizabeth Góes (2014, p.29) alude:

Essa mudança comportamental impôs a necessidade de implementar a regulação, com valores sociais como proteção do consumidor, a defesa do meio ambiente e a prestação dos serviços de água e esgoto, em que há monopólio natural decorrente da necessidade de elevados investimentos iniciais e a construção de redes de infraestrutura de custos irrecuperáveis.

Surgiram diversas agências reguladoras estaduais, como no caso de Pernambuco criada em 2000, Paraíba criada em 2001, Amazonas em 1999, Acre em 2003 e muitas outras municipais como o caso de Petrolina-PE criada em 2003, Fortaleza - CE em 2009, e AGEREG em 2000.

No acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1842 – RJ de 1998, por partidos políticos, publicado em 16 de setembro de 2013, o Supremo Tribunal Federal definiu que a competência para o saneamento básico nas regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas deve ser atribuída a um colegiado formado pelo estado e pelos municípios que as compõem e por exclusão, atribui a competência municipal nas demais situações. Ou seja, o município passa a ser claramente o titular para tratar de assuntos locais a respeito de saneamento básico.

Embora dotado de autonomia para assuntos de saneamento deve haver cooperação com os demais ente envolvidos objetivando o interesse da população visto que os serviços de saneamento normalmente ultrapassam os limites municipais.

A regulação do setor de saneamento no Brasil, no entanto, tem sido um desafio. As dificuldades vão desde o desconhecimento do seja regulação do saneamento, passando pela falta de diretrizes concretas até a inexistência de pessoas qualificadas à implementação do processo de regulação.

As dificuldades se ampliam quando se analisa o complexo sistema de saneamento no nosso país, primeiro porque os aspectos técnicos dos processos de tratamento de água e coleta de esgoto, segundo pela complexidade dos sistema de captação e distribuição que hora envolve vários municípios, caso dos sistema integrado, hora estados, terceiro pela existência de empresas de economia mista ou estatais que atuam nos municípios e quarto quando municípios e estado possuem agências reguladoras que atuam no mesmo espaço com normas diferentes.

A Lei 11.445/2007, conhecida como Lei Nacional do Saneamento e o Decreto 7.217/2010, que regulamentou essa lei, tentou uniformizar as exigências impostas aos reguladores e minimizar a proliferação de entendimentos sobre o processo de regulação, mas também destinou um capítulo somente para regulação e ainda definiu como um dos seus objetivos:

Lei 11.445/07, 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;

O Brasil possuía em 2014 mais de 50 agências reguladoras dos serviços de saneamento segundo dados da Associação Brasileira de Agências de Saneamento (ABAR). O mapa das Agências Reguladoras do Saneamento da ABAR de 2013

mostra que 54% dos reguladores tem abrangência estadual e 40% municipais. Pela configuração do setor essas agências continuaram a ser criadas.

Existe discricionariedade no estabelecimento das normas impostas pelas agências, decorrente da ausência de normas que parametrizem o comportamento das agências reguladoras e diga-se de passagem, que essa uniformização com nossas peculiaridades regionais e operacionais do setor passa a ser um outro grande desafio.

A regulação do saneamento não se restringe apenas a aferição da qualidade dos serviços prestados mas vai além. A regulação disciplina aspectos técnicos, financeiros e sociais, que busca conferir estabilidade e garantia da eficiência dos serviços prestados com vistas a garantir os princípios do saneamento previsto na Lei 11.445/07 artigo 2º.

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos 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;

III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente;

IV - disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado;

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

VI - 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 e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante;

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;

XII - integração das infra estruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos.

Por fim a regulação do saneamento vem avançando ao longo dos anos mas terá grandes desafios para garantir o controle, a estabilidade e eficiência do setor.

2 ESPECIFICIDADES DA REGULÇÃO EM PETROLINA

2.1 A cidade de Petrolina.

Petrolina é um município brasileiro do interior do estado de Pernambuco, Região Nordeste do país. Situa-se na Microrregião de Petrolina e na Mesorregião do São Francisco Pernambucano, distante 712 km a oeste de Recife, capital do estado. Possui uma extensão territorial de 4.561.872 km². Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o IBGE, em 2014 sua população foi estimada em 326. 017 habitantes, sendo o quinto maior município de Pernambuco e o segundo do interior pernambucano. O município é integrante da Região Administrativa Integrada de Desenvolvimento do Polo Petrolina e Juazeiro.

O município tem uma temperatura média anual de 26,4 °C, tendo a caatinga como sua vegetação nativa e predominante. Com uma taxa de urbanização de 64,44%, no ano de 2009 o município possuía 140 estabelecimentos de saúde. Em 2010, sua Índice de Desenvolvimento Humano (IDH-M) era de 0,697, considerado médio e acima da média pernambucana, ocupando o sexto lugar no ranking estadual. Sua RIDE é formada por oito municípios, que totalizam uma população de cerca de 700 mil habitantes.

Recentemente, Petrolina foi destaque nacional na geração de empregos em matéria na Revista Veja, publicada na edição de 1 de setembro de 2010, trazendo um título auspicioso: O milagre do São Francisco. Petrolina destaca-se como núcleo de mudança em Pernambuco: “Em sua órbita, hoje cultiva-se 1 milhão de toneladas de frutas com safras avaliadas em U\$ 1,3 bilhão de dólares. A fruticultura transformou não só a paisagem, mas a vida de 800.000 pessoas que trabalham no setor.” (Fonte: Veja, edição 2180, 1 de setembro de 2010).

Petrolina é reconhecida nacionalmente como a segunda maior produtora de uvas do país. A fruticultura encontrou solo fértil para o desenvolvimento, exportando frutas tropicais para o mundo inteiro, principalmente para o mercado europeu.

Hoje, a cidade de Petrolina é reconhecida no estado de Pernambuco como:

O maior produtor de manga;

O maior produtor de uva;

O maior produtor de goiaba;

O maior produtor de banana e 7 maior produtor de coco.

Petrolina é o segundo portão de entrada por via aérea do Estado de Pernambuco. O Aeroporto possui a segunda maior pista de pouso e decolagem do Nordeste com 3.250 metros de extensão, apta a receber grandes aviões cargueiros e de passageiros com capacidade de até 110 toneladas e pátio de aeronaves com cinco posições de estacionamento.

Petrolina reúne, à beira do rio, paisagens naturais e cenários marcantes. O Rio São Francisco é considerado um dos maiores atrativos do município.

2.2 A Compesa.

A Companhia Pernambucana de Saneamento (Compesa), configura uma sociedade anônima de economia mista, com fins de utilidade pública, que está atualmente vinculada ao Governo do Estado de Pernambuco por meio da Secretaria de Desenvolvimento Econômico. É uma organização dotada de personalidade jurídica de direito privado, tendo o Estado como seu maior acionista.

A Compesa foi fundada em 1971, pela Lei nº 6.307, com a missão de levar água e esgotamento sanitário aos pernambucanos. Desde então, uma intensa expansão foi planejada todos os anos e, hoje, a companhia opera em 173 dos 185 municípios do Estado de Pernambuco, incluindo o arquipélago de Fernando de Noronha.

A ideia de sua criação era gerir, em uma única autarquia, os projetos que atenderiam ao Plano Nacional de Saneamento (Planasa), garantindo a viabilidade econômico-financeira da relação entre Estado e União, seguindo os moldes do Banco Nacional de Habitação (BNH). Para isso, a Saneamento do Recife (Saner) e a Saneamento do Interior de Pernambuco (Sanepe) tornaram-se as subsidiárias da nova empresa, que substituiria o Fundo de Saneamento de Pernambuco (Fundespe). Três anos mais tarde, as organizações foram extintas e a unificação dos serviços foi concluída em 1974.

Sua origem remonta à necessidade da administração estadual assumir o serviço de abastecimento de água e saneamento como uma questão pública, um direito da população, que crescia com as cidades.

Entre os anos de 2007 e 2014 a Companhia realizou o maior volume de investimentos de sua história, que atingiu um total de R\$ 4,2 bilhões aplicados nos sistemas de água e esgotamento sanitário do Estado de Pernambuco. Além dos recursos aportados pelos Governos do Estado e Federal, a Compesa participou de forma efetiva desse esforço de investimento contribuindo com um total de R\$ 778 milhões de recursos próprios. Estes investimentos, dentre outros benefícios, permitiram a retirada de 3,4 milhões de pessoas em todo o Estado de sistemas de rodízio no abastecimento de água e a ampliação dos serviços para cerca de 1,5 milhão de habitantes. Atualmente é uma empresa de faturamento acima de R\$ 1 bilhão anual.

Além disso, sua administração tem realizado uma grande transformação na própria gestão, com foco na melhoria dos resultados empresariais e na qualidade do serviço prestado aos pernambucanos.

A Companhia tem como meta principal tornar concreta a diretriz governamental para o setor: a universalização do acesso a água e ao saneamento em todos os municípios, de maneira sustentável e cidadã.

O município de Petrolina representa o sexto maior faturamento a Companhia faturando mais R\$ 6 (seis) milhões reais mensais, sendo um sistema superavitário e estratégico para companhia no estado e principalmente no interior do estado.

2.3 A ARMP

A Agência de Regulação do Município de Petrolina (ARMP), foi criada pela Lei Complementar 1.241/2003, de 16/05/2003 pelo poder Executivo do Município de Petrolina estado de Pernambuco. Popularmente ficou conhecida com ARMUP pela facilidade de pronuncia.

Foi criada como uma autarquia sob regime especial vinculada ao poder executivo municipal, dotada de autonomia administrativa, orçamentária financeira e funcional.

Tem como principal objetivo a regulação dos serviços públicos municipais outorgados, exercendo o poder de direção, regulação e fiscalização, apresentando como finalidade última a defesa dos interesses públicos.

Para exercer seu papel de regulação, direção e fiscalização instituiu na sua lei de criação os elementos de normatização, fiscalização, estruturação, sanções e punições no caso de infrações às normas estabelecidas.

Criada em um contexto de tentativa de municipalização do sistema de saneamento foi um veículo para atuação incisiva de regulação no município de Petrolina sobre a Companhia Pernambucana de Saneamento (Compesa).

Embora pautada nos princípios de justiça, responsabilidade, honestidade, equidade, imparcialidade, independência política, exerceu suas atividades até o ano de 2013, quando uma decisão judicial suspendeu sua atuação.

2.4 – Os Serviços de Saneamento e Aspectos Formais da ARMP

A atuação da Compesa (Companhia Pernambucana de Saneamento) no município de Petrolina, no estado de Pernambuco, ocorreu inicialmente através da Lei 09, de 20 de abril de 1972.

Nesse tratado a Compesa poderia implantar, administrar e explorar industrialmente, direta ou indiretamente, com exclusividade, os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, neste município.

O Art. 5º da Lei 09/72, esclarecia que ficaria a Compesa autorizada a fixar, revisar e arrecadar, diretamente ou por intermédio das subsidiárias, as tarifas referentes aos serviços de água e esgoto sanitários explorados no município de modo que permitam atender as despesas operacionais de manutenção, depreciação, pagamento das amortizações dos investimentos, juros e outras despesas financeiras, e ainda no acúmulo de reservas para expansão dos sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

No tocante às suas atividades observa-se que a Compesa era autônoma e com decisões para tarifação e cobrança pelos serviços prestados sem interferência do estado ou do município.

Nessa época a Constituição Federal vigente, Constituição Federal de 1969 (CF 69), previa, no Artigo 134, § 3º que: “A União, os Estados e Municípios poderão

celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais”.

No artigo 15 dessa lei maior definia-se que:

Art. 15 - A autonomia municipal será assegurada:

II - pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente quanto:

b) à organização dos serviços públicos locais.

Desta forma, nesse período, a associação entre Estado e Município já era estabelecida pela nossa constituição e o município possuía competência legislativa para tratar de assuntos locais.

As atividades dos serviços públicos não possuíam uma regulação específica e portanto, seguia-se apenas alguns parâmetros de regulação do BNH.

Com o fortalecimento das companhias estaduais pelo governo federal nessa época, a autorização concedida em Petrolina continha somente 8 artigos, e não tratava de planos, planejamentos e regulação, permitindo a Companhia de saneamento total poder de instituir tarifas e cobrá-las, e não havia parâmetros de qualidade dos serviços, e sem concorrência explicitada pelo termo “com exclusividade” do texto da lei 09/72.

Em 1975, foi elaborado um contrato de concessão firmado em 06/11/1975, com base na autorização concedida pela Lei Municipal nº 09/72, de 20/04/1972, com vigência de 50 (cinquenta) anos, ou seja, até a data de 06/11/2025.

Nesse contrato de concessão foi concedido a Compesa o direito de implantar, ampliar, administrar e explorar, industrialmente, com exclusividade, os serviços de abastecimento de água e esgoto no município por 50 anos.

Os Itens 5.2, 5.5 e 5.5.1 dessa concessão estabeleciam:

5.2 – A classificação dos usuários dos serviços de água e esgotos sanitários, e as condições de prestação de serviços serão doravante, atribuições da COMPESA a serem fixados no seu regulamento.

5.5 - A COMPESA fica autorizada na forma do que estatui a Lei Municipal 09/72, de 20/04/72, a fixar a política tarifária, estabelecer os preços e a arrecadas a receita proveniente da exploração dos serviços concedidos.

5.5.1 – As tarifas serão fixadas e reajustadas periodicamente, de modo assegurar as despesas operacionais e de manutenção, as

despesas com amortizações, juros e outros encargos financeiros e, ainda, o acúmulo de reserva para expansão dos sistemas.

Observa-se que, mesmo com a criação do contrato de concessão em 1975, a Compesa possui autonomia para captar, tratar, distribuir e cobrar sobre os serviços de abastecimento de água e esgoto prestados, sendo a única responsável pela tarifação, reajuste e controle operacional. Não sendo submetida a nenhuma regulação direta. Indiretamente prevaleciam as orientações do artigo 167 da CF 69 e as exigências do Planasa.

No ano de 2003, através da Lei Complementar N.º 1.241, de 16/05/03, o Poder Executivo do município de Petrolina criou a Agência de Regulação do Município de Petrolina (ARMP) ou ARMUP como ficou conhecida posteriormente. Essa lei foi alterada pela Lei 1.610/2014 havendo, com essa alteração, apenas mudanças na estrutura interna da ARMP.

Essa agência foi instituída como uma autarquia sob regime especial, vinculada ao Gabinete do Prefeito de Petrolina, dotada de autonomia orçamentária, financeira, funcional e administrativa, com sede e foro no Município de Petrolina (Art. 1º da Lei 1.241/03).

Em relação ao artigo 1º, observa-se que a ARMP foi criada como uma autarquia especial. Nos termos do Decreto-Lei n. 200/67, uma autarquia é definida como

"o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada." (art. 5º, I).

Embora não explicitado que a personalidade jurídica das autarquias é de direito público, fica claro que se destina a exercer atividades típicas da Administração Pública, de forma descentralizada e vinculada a um poder central, mas que exijam autonomia administrativa e financeira, e não uma subordinação.

Neste ponto a ARMP foi criada com um princípio legal adequado, e tradicional no Brasil, conferindo-lhe, a princípio, autonomia podendo exercer sua função normativa, fiscalizadora e judicante dos serviços delegados no município de Petrolina.

Para garantir sua autonomia financeira a lei de criação da ARMP estabeleceu nos artigos 32 e 33 quais as fontes de recursos como pode ser visto:

Art. 32. Constituem receitas diversas da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina - ARMP, dentre outras fontes de recursos:

I. o percentual incidente sobre a tarifa cobrada por concessionária ou permissionária de Serviço Público Outorgado, nos termos estabelecidos em normas pactuadas;

II. dotações orçamentárias atribuídas pelo Município em seus orçamentos, bem como créditos adicionais;

III. produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações;

IV. doações, legados, subvenções e contribuições de qualquer natureza realizadas por entidades não reguladas;

V. recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com órgãos de direito público ou entidades privadas, nacionais ou estrangeiras;

VI. rendimentos de operações financeiras que realizar com recursos próprios;

VII. emolumentos e preços cobrados em decorrência do exercício de fiscalização bem como quantias recebidas pela aprovação de laudos e prestação de serviços técnicos pela Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina - ARMP.

Art. 33. Os valores recolhidos em virtude da aplicação de multas e penalidades pela Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina - ARMP reverterão a favor do Fundo Municipal de Saneamento, na forma disposta na regulamentação desta Lei.

Observa-se ainda no *caput* do artigo 1º que a ARMP está vinculada ao Gabinete do Prefeito, caracterizando assim uma ligação com poder executivo, dando margem dessa forma uma influência política em suas decisões, visto que a vinculação geralmente é confundida com subordinação pelos poderes executivos.

Conforme os artigos 10 a 16 da sua lei de criação, a ARMP seria estruturada com um conselho consultivo, presidente, assessoria jurídica e ouvidoria, sendo o conselho consultivo seu órgão superior (art. 10º). O conselho consultivo seria formado por seis membros, cujas decisões seriam por voto da maioria simples cabendo ao presidente o desempate (art. 11). Tal conselho seria constituído por um representante da câmara municipal de vereadores, um da promotoria de defesa do consumidor, indicado pelo prefeito (Art. 13, § 2º), um do poder executivo municipal, um da concessionária, um representante dos usuários (art. 13), sendo o sexto membro o presidente a ARMP que seria indicado pelo, prefeito conforme artigo 16 parágrafo único:

Art. 16, Parágrafo Único. O Presidente será indicado para mandato de 02 (dois) anos, com direito a recondução, pelo Prefeito de Petrolina, que deverá submeter seu nome à aprovação da maioria simples da Câmara dos Vereadores, devendo ser pessoa de notório

saber, preferencialmente com experiência no setor de água e saneamento ou na prestação e regulação de serviços públicos, satisfazendo ainda as condições estabelecidas no Art. 16 desta Lei.

Pela análise do deposto nos artigos 10 ao 16, vemos que a estrutura da ARMP tende a dar uma característica de maior autonomia em função da composição do seu conselho através dos diversos agentes envolvidos, inclusive com previsão de representante da sociedade. Neles verifica-se também a garantia de representantes do titular, de defesa do consumidor, dos prestadores de serviço assim como previsto no artigo 47, da lei 11.445/07.

Art. 47. O controle social dos serviços públicos de saneamento básico poderá incluir a participação de órgãos colegiados de caráter consultivo, estaduais, do Distrito Federal e municipais, assegurada a representação:

I - dos titulares dos serviços;

II - de órgãos governamentais relacionados ao setor de saneamento básico;

III - dos prestadores de serviços públicos de saneamento básico;

IV - dos usuários de serviços de saneamento básico;

V - de entidades técnicas, organizações da sociedade civil e de defesa do consumidor relacionadas ao setor de saneamento básico.

Seguindo uma linha de preocupação com a legalidade de eleição, conduta e exoneração do cargo de presidente e membros da agência reguladora a ARMP assim tratou de deixar explícito que:

Art. 21. Sob pena de perda de mandato, o Presidente não poderá:

I exercer qualquer cargo ou função de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto, mandatário, consultor ou empregado de qualquer Prestador dos Serviços;

II. receber a qualquer título, quantias, descontos, vantagens, ou benefícios de qualquer Prestador dos Serviços;

III. tornar-se sócio, quotista ou acionista de qualquer Prestador dos Serviços;

IV. exercer atividade político-partidária;

V. manifestar-se publicamente sobre qualquer assunto submetido à Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina - ARMP, ou que, pela sua natureza, possa vir a ser objeto de apreciação da mesma.

Art. 22. Eventual vacância no cargo de Presidente será suprida mediante indicação do Prefeito de Petrolina:

I. em caráter interino por período não superior a 9 (nove) meses;
ou

- II. em caráter definitivo, válida até o termo final do mandato, sujeita à nomeação e aprovação do Poder Legislativo.

Parágrafo Único. Em ambos os casos previstos nos incisos deste artigo deverão ser respeitadas as condições estabelecidas no Art. 17 desta Lei.

Art. 24. É vedado ao Presidente, pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses a contar do término de seu mandato, exercer direta ou indiretamente qualquer cargo ou função de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto, mandatário, consultor ou empregado de qualquer Prestador dos Serviços, nem patrocinar direta ou indiretamente interesses desta junto à Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina - ARMP.

Art. 25. Após nomeação, o Presidente somente perderá o cargo antes do término do seu mandato em quaisquer das seguintes hipóteses, isolada ou cumulativamente:

I violação das regras de ética a que se refere o Art.9º, inciso XVI desta Lei;

II nas hipóteses previstas no Art. 21 da presente Lei;

III condenação por crime doloso;

IV condenação por improbidade administrativa;

V rejeição definitiva de contas pelo Tribunal de Contas do Estado, uma vez configurada manifesta improbidade administrativa no exercício da função;

Em relação à remuneração da estrutura organizacional da ARMP a sua lei criação estabeleceu:

Lei. 1241/03, Art. 43. Fica definida a estrutura organizacional de funções comissionadas, disposta no art. 9º, com os seguintes subsídios:

I – Presidente – perceberá o valor de até 75% (setenta e cinco por cento) dos subsídios do Vice Prefeito;

II – Assessor Jurídico e Ouvidor – perceberá o valor de até 75% (setenta e cinco por cento) dos subsídios do Presidente;

Parágrafo Único- As funções Comissionadas de Regulação criadas neste artigo são inacumuláveis com qualquer outra remuneração paga por órgão ou entidade da Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal, à exceção dos proventos.

Tal postura encontra apoio na nossa Constituição Federal de 1988.

Art. 37, CF 88, XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários,

observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

a) a de dois cargos de professor; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 2001)

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

Porém, dos seis membros previstos três deles são indicação do prefeito, demonstrando um desequilíbrio de forças nas decisões dando margem a interpretação de um caráter tendencioso a favor as ARMP e/ou do poder municipal. Assim a independência decisória a ARMP parece ter ficado maculada ou comprometida.

Cabe aqui destacar que o fenômeno da captura é uma das preocupações centrais com as agências reguladoras visto que havendo captura, seja por influência ou poder, os interesses defendidos deixam de ser coletivos e passam a ser políticos ou privados. Deixa de defender o melhor para sociedade a passa a defender grupos de interesse.

Outro fato importante, que interferiu na independência decisória, foi é o fato de que no momento da criação da ARMP, o estado de Pernambuco já possuía sua agência reguladora estadual a ARPE (Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco) através da Lei Nº 11.742, de 14 de janeiro 2000.

O Art. 1º, da Lei 11.742 define:

Fica criada a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco - ARPE, com natureza de autarquia especial, vinculada ao Gabinete do Governador, dotada de autonomia financeira, orçamentária, funcional e administrativa, com sede na Capital do Estado.

Art. 3º Compete à ARPE a regulação de todos os serviços públicos delegados pelo Estado de Pernambuco, ou por ele diretamente prestados, embora sujeitos à delegação, quer de sua competência ou

a ele delegados por outros entes federados, em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convenial ou contratual.

Com a criação da ARMP e com a existência da ARPE, cria-se um cenário de conflitos de competências e área de atuação entre as duas agências reguladoras, uma vez que tanto a ARPE como a ARMP poderiam regular a COMPESA. Mais tarde esse conflito seria parcialmente sanado no município de Petrolina com um acordo firmado em 2007 deixando a ARMP com regulação técnica e operacional no município e a ARPE com regulação tarifária em todo o estado.

A ARMP, segundo Art. 4º. da sua Lei de criação, exercerá o poder de direção, regulação e fiscalização sobre Serviços Públicos Outorgados nos termos da Lei e demais normas legais, regulamentares e consensuais pertinentes. Assim não caberia à ARMP, a fiscalização dos serviços de saneamento prestados diretamente pelo município.

Lei 1.241/03, Art. 7º.: A Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina – ARMP detém competência para regulação e fiscalização de serviços públicos delegados, dentre os quais o serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário do Município de Petrolina.

§ 1º - A Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina – ARMP poderá exercer a regulação e fiscalização dos Serviços Públicos Outorgados, inclusive de abastecimento de água e esgotamento sanitário, de outros Municípios que a ela outorgarem competência para tal.

§ 2º - A competência atribuída à Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina - ARMP sobre determinado serviço público terá o efeito de submeter a respectiva prestadora do serviço ao seu poder regulatório.

Observa-se que na criação da ARMP houve a preocupação em estabelecer elementos legais que embasariam suas atuações junto às empresas prestadoras de serviços de saneamento no município de Petrolina, criando assim um processo normativo mais técnico e que político.

Tal poder normativo é evidenciado pela ARMP nos artigos listados a seguir pela Lei 1.241/03.

Art. 6º. Constituem objetivos fundamentais da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina - ARMP:

III. fixar regras procedimentais claras, inclusive em relação ao estabelecimento, revisão, ajuste e aprovação de tarifas, que

permitam a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões e termos de Permissões de Serviços Públicos;

Art. 8º. Sem prejuízo de outros poderes de direção, regulação e fiscalização sobre serviços públicos que possam vir a ser delegados à Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina – ARMP, as seguintes atribuições básicas serão de sua competência:

I. regulação econômica dos Serviços Públicos Outorgados, mediante o estabelecimento de tarifas ou parâmetros tarifários que reflitam o mercado e os custos reais de produção, de modo a, concomitantemente, incentivar os investimentos privados e propiciar a razoabilidade e modicidade das tarifas aos Usuários;

II. regulação técnica e controle dos padrões de qualidade, fazendo cumprir os critérios tecnológicos e normas qualitativas, conforme estabelecidos em contrato de concessão, termo de permissão, Lei ou pelos órgãos competentes, de forma a garantir a continuidade, segurança e confiabilidade da prestação de serviço público;

Art. 9º. Compete ainda à Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina – ARMP:

X. fixar critérios para o estabelecimento, ajuste, revisão e aprovação de tarifas dos serviços públicos outorgados, em consonância com as normas legais e pactuadas;

A ARMP só definiu seus padrões técnicos em 2008, quase 5 (cinco) anos após a sua criação, através da resolução 003/2008, nessa época já existia a Lei 11.445 sancionada em janeiro de 2007, que estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Nessa resolução a ARMP buscou detalhar quais seus parâmetros para todo sistema de abastecimento de água, esgotamento sanitário. Estabeleceu condições gerais para fiscalização técnico-operacional dos serviços públicos de distribuição de água e de esgotamento sanitário, pela COMPESA, no Município de Petrolina. Vale ressaltar que embora esteja previsto revisão tarifária a ARMP em nenhum momento apresentou os critérios de como fazer essa revisão e definição de tarifas. Com isso atendeu o regulamento do artigo 22 da Lei 11.4445/07.

Lei 11.445/07, 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.

A evidência do poder executivo pode ser observado nos artigos 9º transcritos a seguir:

Art. 9º. Compete ainda à Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina – ARMP:

VI. fiscalizar, diretamente ou mediante contratação de terceiros, os aspectos técnico, econômico, contábil, financeiro, operacional e jurídico dos contratos de concessão e termos de Permissão de Serviços Públicos, aplicando diretamente, se for o caso, as sanções cabíveis, dentre as quais, suspensão temporária de participação em licitações, intervenção administrativa e extinção da concessão ou permissão, em conformidade com a regulamentação desta Lei e demais normas legais e pactuadas;

Ainda em relação aos poderes de uma agência reguladora, pode-se observar na ARMP a caracterização do poder judicante ou decisório que se remete à competência para solução de conflitos entre os reguladores e os regulados ou entre regulados e usuários.

Lei 1.241/03, Art. 6º. Constituem objetivos fundamentais da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina - ARMP:

V. promover a estabilidade nas relações entre o Poder Concedente, entidades reguladas e Usuários;

Art. 8º. III. atendimento ao Usuário, compreendendo o recebimento, processamento e provimento de reclamações relacionadas com a prestação de Serviços Públicos Outorgados, conforme a regulamentação desta Lei.

Art. 9º. III. dirimir, em âmbito administrativo, conflitos entre o Poder Concedente, entidades reguladas e Usuários;

No que se refere ao poder sancionador como sendo aquele que envolve a imposição de sanções após a devida apuração dos fatos em procedimento administrativo, sendo este decorrente da atividade fiscalizatória. A ARMP assim estabeleceu:

Lei 1.241/03, Art. 34. O não cumprimento de qualquer das obrigações estabelecidas no instrumento de outorga, por falta exclusiva do Prestador de Serviços, dará ensejo à aplicação das penalidades pela Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina – ARMP, conforme o caso:

I- advertência por escrito;

II- multa;

III- declaração de caducidade da concessão.

Art. 35. O Poder Concedente poderá estabelecer um prazo de 5 (cinco) a 30 (trinta) dias para a correção da falta incorrida, contados da data da notificação ao Prestador de serviços, período após o qual o agente estará sujeito às penalidades do artigo anterior.

Art. 37. As infrações serão classificadas em leves, médias, graves e gravíssimas, devendo ser punidas com multa em conformidade com o art. 38.

Parágrafo Único – As faltas, de acordo com a gravidade, serão classificadas da seguinte forma:

I. Infrações leves: são aquelas que não representam prejuízos à prestação adequada do Serviço Público Outorgado, danos ambientais ou riscos à saúde pública;

II. Infrações médias: são aquelas que, apesar de importarem em prejuízos ao Serviço Público Outorgado, danos ambientais ou riscos à saúde pública, foram convenientemente mitigadas pelo Prestador dos Serviços ou revestidas de circunstâncias atenuantes;

III. Infrações graves: são aquelas que representam prejuízo ao Serviço Público Outorgado, danos ambientais ou riscos à saúde pública;

IV. Infrações gravíssimas: são aquelas que representam prejuízos ao Serviço Público Outorgado, danos ambientais ou riscos à saúde pública, e nas quais sejam verificadas circunstâncias agravantes.

Art. 38. Os valores das multas serão determinados mediante aplicação, sobre o valor do faturamento, correspondente aos 12 (doze) últimos meses anteriores à notificação do Poder Concedente, dos seguintes percentuais:

Infrações leves: até 0,01% (um centésimo por cento)

Infrações médias: até 0,1% (um décimo por cento)

Infrações graves: até 1% (um por cento)

Infrações gravíssimas: até 2% (dois por cento)

Art. 39. Na fixação do valor das multas serão consideradas a abrangência e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os Usuários, a vantagem auferida pelo infrator e a existência de sanção anterior nos últimos quatro anos.

Art. 40. Na hipótese de ocorrência concomitante de mais de uma infração serão aplicadas, simultânea e cumulativamente, as penalidades correspondentes a cada uma delas.

Art. 41. Para a aplicação das penalidades de advertência e multa será instaurado processo administrativo específico, que terá início com a lavratura do Auto de Infração pela Agência Reguladora.

§ 1º - Lavrado o auto, o Prestador de Serviços será imediatamente intimado, sendo-lhe concedido um prazo de 5 (cinco) dias úteis para defesa prévia.

§ 2º - Recebida a defesa prévia, os autos, devidamente instruídos, serão encaminhado ao Assessor Jurídico da Agência Reguladora, para decisão.

§ 3º - Da decisão do Assessor Jurídico de aplicar a penalidade proposta caberá recurso ao Prefeito, com efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados do conhecimento da decisão.

§ 4º - A decisão do Prefeito exaure a instância.

Essa estruturação dos critérios e formas de sanção prevista em Lei atende à posição no STF e STJ, até o momento, de que o ato regulamentar não pode estabelecer originalmente as penalidades é necessário previsão legal. Além disso observa-se que antes das penalidades estabeleceu-se os critérios e parâmetros de aplicação.

Por fim, analisando a sua Lei de criação e suas características a ARMP atende aos princípios e fundamentos da regulação abarcando as funções normativas, fiscalizatória, decisória e sancionadoras intrínsecas às agências reguladoras.

Deixou-se claro as formas pelas quais se garantiria a sua independência financeira e demonstrou-se sua estruturação que, a princípio, não caracterizou uma vinculação administrativa plena, mas uma parcial captura política do poder executivo.

Cabe destacar que embora criada antes da Lei 11.445, a ARMP atende também aos requisitos estabelecidos nessa lei de regência do setor de saneamento, conforme artigos relatados a seguir.

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;

Art. 21. O exercício da função de regulação atenderá aos seguintes princípios:
I - independência decisória, incluindo autonomia administrativa, orçamentária e financeira da entidade reguladora;
II - transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.

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.

Art. 23. A entidade reguladora editará normas relativas às dimensões técnica, econômica e social de prestação dos serviços, que abrangerão, pelo menos, os seguintes aspectos:

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 contingências e de emergências, inclusive racionamento;

XII - (VETADO).

§ 1º A regulação de serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada pelos titulares a qualquer entidade reguladora constituída dentro dos limites do respectivo Estado, explicitando, no ato de delegação da regulação, a forma de atuação e a abrangência das atividades a serem desempenhadas pelas partes envolvidas.

§ 2º As normas a que se refere o caput deste artigo fixarão prazo para os prestadores de serviços comunicarem aos usuários as providências adotadas em face de queixas ou de reclamações relativas aos serviços.

§ 3º As entidades fiscalizadoras deverão receber e se manifestar conclusivamente sobre as reclamações que, a juízo do interessado, não tenham sido suficientemente atendidas pelos prestadores dos serviços.

2.5 Atuação da ARMP

Analisadas as características formais da ARMP, é interessante avaliar, através de alguns fatos presenciados e outros documentados, as atuações dessa agência no município, buscando observar se na sua atuação a ARMP teria desempenhado seu papel regulador, fiscalizatório e sancionador com base nos princípios da regulação da Lei 11.445/07, artigo 21 e sua Lei de criação a 1.241/03.

Não basta apenas avaliar os aspectos formais de criação da ARMP, mas também avaliar como se desempenhava sua atuação.

De acordo com a Lei 11.445/07, as funções de regulação e das agências reguladoras de saneamento no Brasil devem:

Lei 11.445/07, Art. 21. O exercício da função de regulação atenderá aos seguintes princípios:

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

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

Lei 1.241/03, Art. 5º. A Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina – ARMP obedecerá aos seguintes princípios:

I. justiça e responsabilidade no exercício do poder regulatório;

II. honestidade e eqüidade no tratamento dispensado aos Usuários, às diversas entidades reguladas e demais instituições envolvidas na prestação ou regulação dos Serviços Públicos Outorgados;

III. imparcialidade, evidenciada pela independência de influências políticas de setores públicos ou privados que possam macular a credibilidade dos

procedimentos decisórios subjacentes ao exercício do poder regulatório; e

IV. capacidade de desenvolvimento técnico, conforme as necessidades de mercado e as políticas estabelecidas pelo Poder Concedente.

Inicia-se tal análise a partir da observação do contexto político social em que se encontrava o município de Petrolina.

Até o ano de 2001 a COMPESA, com base no contrato de concessão de 1975, vigente até 2025, operava os sistemas de água e esgoto. No mesmo ano o município, através de seu poder executivo, decide municipalizar os serviços de água e esgoto concedidos a companhia. O argumento do prefeito para romper o contrato foi de que os investimentos da Compesa na cidade foram reduzidos nos últimos anos e houve a deterioração da qualidade dos serviços prestados à população. Aprovando, em abril de 2001, a Lei municipal nº 1.023, repassando a outorga dos serviços públicos de água e esgoto ao município, sendo criada a empresa municipal Águas de Petrolina S/A, como uma sociedade de economia mista. A empresa municipal Águas de Petrolina SA, seria a responsável para gerir os serviços de saneamento e esgoto da cidade (Lei Municipal, 1.023/2001).

Tal decisão foi tomada sem que os parâmetros técnicos estivessem definidos e ainda sem respaldo da agência reguladora, lembrando que está última foi criada em 2003 e os parâmetros técnicos somente em 2008.

Em 2003, já tendo sido criada a Agência de Regulação do Município de Petrolina (ARMP), Lei Complementar n. 1.241/03, a Prefeitura de Petrolina tentou por duas vezes privatizar o serviço, mas não houve interessado por conta do alto

valor da indenização. Em janeiro de 2003, a Prefeitura e o Estado chegaram a assinar o termo amigável de rescisão de contrato da prestação do serviço pela Compesa. O município pretendia assumir essa gestão, se tornando o primeiro a ter os serviços municipalizados.

Em 2004 foi elaborado um acordo entre o governo municipal de Petrolina, Governo do Estado e Compesa, prevendo um novo contrato de concessão que seria assinado com a Águas de Petrolina, que teria suas ações transferidas para a Compesa, de maneira majoritária, podendo chegar a 100%. Ao transferir as ações, o município liquida a indenizaria R\$ 32 milhões junto à Compesa referente aos investimentos feitos pela estatal na cidade. Esse acordo acabaria com as arestas entre o Estado e a Prefeitura sobre a gestão dos serviços.

Na tentativa de efetivar da municipalização dos sistemas, o município de Petrolina ajuizou uma Ação de Cumprimento de Obrigação de Fazer e Acertamento de Contas (Processo nº 001.2004.022228-5), visando à retomada da concessão do serviço de saneamento em Petrolina. A ação tinha por objeto dar cumprimento forçado ao termo de rescisão amigável ao contrato de concessão, firmado entre a COMPESA e o Município de Petrolina, com interveniência do Estado de Pernambuco, com vistas a antecipar o termo final do contrato de concessão, firmado entre o município e a COMPESA no ano de 1975. A COMPESA ajuizou reconvenção em face do município de Petrolina, tendo por objeto a manutenção da concessão até seu termo final ou o pagamento da indenização devida.

No ano de 2007 as partes chegaram a um acordo para pôr fim ao processo, firmando, em 19 de setembro de 2007, um Memorando de Entendimentos com a interveniência do Estado de Pernambuco, por intermédio do qual restou pactuado, dentre outros aspectos, a continuidade da concessão mantendo-se a posição da COMPESA como entidade executora, com exclusividade, dos serviços de saneamento em Petrolina, por intermédio da assinatura de um Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, com a finalidade de promover o reequilíbrio econômico e financeiro da Concessão cuja vigência o Município de Petrolina buscou rescindir judicialmente, sem êxito, além de outros ajustes financeiros.

Nesse referido acordo se pactuaram os ajustes financeiros para a continuidade da concessão, havendo a assunção de responsabilidades por ambas as partes (Compesa e Município de Petrolina), o que se materializou sob a forma de Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, firmado pelas partes e por Instrumento

Particular de Confissão de Dívida, firmado entre a COMPESA e o Município de Petrolina, tudo sob a égide do novo marco regulatório do Saneamento Público do país, a Lei Federal nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007, foi precedido, inclusive, de Lei Municipal específica, de cunho autorizativo, a Lei Municipal nº 2.039/2007, que autorizou o Poder Executivo municipal a celebrar o ajuste.

Ainda, restou previsto nesse Termo Aditivo a ratificação das cláusulas do contrato de concessão, prorrogando seu prazo para 2037, prevendo um plano de investimentos de R\$ 117 (cento de dezessete) milhões de reais ao longo da concessão, e investimento mínimo anual da ordem de 3% do faturamento. Foi definido que a regulação dos serviços seria exercida, conjuntamente, entre a recém criada ARMP e a ARPE, ficando essa primeira incumbida da execução da política tarifária, da regulação e da fiscalização dos serviços e a esta última a regulação econômica e tarifária praticada no Estado de Pernambuco. A ARMP seria remunerada com um valor de até 3% do faturamento da Compesa no município de Petrolina (Lei Municipal nº 2.039/2007).

Também ficou previsto no Memorando a desistência, por parte da Compesa, da Ação de Cumprimento de Obrigação de Fazer e Acertamento de Contas (Processo nº 001.2004.022228-5), além de todos os processos judiciais encampados de 2003 até a data de assinatura do Memorando.

Nesse cenário de municipalização, no final do ano de 2010, a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina (ARMP), após instaurar um processo administrativo de decretação da caducidade, que foi precedido de uma sequência de autuações sucessivas em face da COMPESA e de várias declarações à imprensa de que o Município pretendia retomar a concessão, conforme fica claro na análise das matérias veiculadas na imprensa (Anexo I), proferiu decisão no sentido de recomendar ao Prefeito de Petrolina a decretação da caducidade da concessão vigente há mais de 35 (trinta e cinco) anos, com base naquele contrato originalmente firmado em 06/11/1975 e ratificado, por meio de aditivo, em dezembro de 2007. Em 04 de julho de 2012 o governo municipal através do decreto 137/2012 declara a caducidade da concessão por descumprimento de metas contratuais e determina a abertura do processo licitatório na modalidade de concorrência pública (Anexo II).

Não satisfeito com a decretação da caducidade, o Prefeito também editou, sucessivamente, o Decreto Municipal nº 160, de 30/07/2012, o qual declarou nulo o

Termo Aditivo ao Contrato de Concessão firmado em dezembro de 2007 entre a COMPESA e o Município de Petrolina, com a interveniência do Estado de Pernambuco, por alegado “vício insanável”. (Anexo III)

Após a edição desses atos do Prefeito de Petrolina, a COMPESA apresentou notificação extrajudicial dirigida ao Chefe do Executivo Municipal, refutando o teor dos Decretos e requerendo do Município que apresentasse a memória detalhada de cálculo dos valores da indenização dos investimentos realizados pela COMPESA no Sistema de Saneamento de Petrolina, assim como as condições de pagamento (prazo e forma) e as garantias que preencham os requisitos legais. Informar se houve autorização legislativa para a pretendida extinção da concessão e informar aos agentes financeiros as regras que regerão a prestação dos serviços durante o prazo de execução sob regime *precário*, assim como o prazo e as condições dessa relação, para evitar o cancelamento e/ou suspensão dos financiamentos em curso e riscos à execução dos serviços.

Em abril de 2013 o Município de Petrolina veiculou no sítio eletrônico da Prefeitura cópia de minuta de Edital e realizou consulta pública em relação à referida minuta, tendo, mais recentemente, confirmado a realização do certame e definido a data de sua realização, para o dia 03/06/13. Sucede que, às vésperas da sessão inaugural do certame, o mesmo foi adiado *sine die* pelo TCE, em virtude de procedimento de análise iniciado pelo tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, que verificou diversas irregularidades naquele Edital.

Diante de um contexto conturbado de interesses, é possível vislumbrar os relevantes aos princípios da regulação.

Um dos principais elementos que deve ser buscado na regulação é a blindagem contra o desvirtuamento de suas obrigações e princípios. Esse elemento busca garantir que a agência reguladora se proteja da chamada captura política e como já mencionado anteriormente, possa assim defender melhor os interesses da coletividade. No caso da ARMP observa-se que, desde da sua formação, a captura política seria uma grande possibilidade, uma vez que a maiorias dos seus membros eram indicados pelo prefeito incompatível, portanto, com os princípios da regulação.

Tal fato de captura pode ser verificado quando de uma veiculação pública ocorrida em 06 de fevereiro de 2014 no Blog de Carlos Brito.

Com retorno de Melo Júnior à Armup, Lossio promete ampliar cobranças à Compesa

De volta à presidência da Agência Reguladora do Município de Petrolina (Armup), o advogado Melo Júnior terá uma importante tarefa pela frente: intensificar as fiscalizações contra a Compesa. Segundo o prefeito Julio Lossio (PMDB), Melo Júnior deverá usar seus poderes de advogado para atuar numa linha mais rígida com relação à Companhia. Lossio acredita ainda que os conhecimentos do advogado poderão ajudar na tarefa de retirar a Companhia do controle do Governo de Pernambuco.

Submetida então ao regime político da época a independência decisória prevista no artigo 21 da lei 11.445/07 foi comprometida. Além disso, quando a lei 11.445/07, no capítulo de regulação fala da independência de objetivos cuja definição aponta para o fato de que as agências deveriam tomar sua premissa de atuação pautada na lei e não por determinação do próprio poder executivo. A agência deve ser técnica e não uma instância política.

Em maio de 2013 a ARMP no exercício de suas funções de fiscalização e punição atua a Compesa com 84 (oitenta e quatro) notificações em apenas um mês. No final do mesmo mês a companhia realizou 74 (setenta e quatro) deles, ou seja 88% das notificações. Mesmo assim foi veiculado na mídia que a prestadora estaria prestando maus serviços. Analisando o artigo 35, da lei 1.2141/03, em que se estabelece o prazo de 5 (cinco) a 30 (trinta) dias para a correção da falta incorrida, por parte do prestador contados da data da notificação, a companhia teria pelo menos 5 (cinco) dias úteis do mês seguinte para concluir os serviços. Embora previsto em sua formulação que a ARMP poderia expor na mídia pública suas atuações a veiculação parece claro que a intenção nesse caso seria de denegrir a imagem da companhia e não apenas tornar pública as ações.

Em outubro de 2013 a ARMP decide estabelecer a resolução 006/2013 proibindo a Compesa de instalar hidrômetros em ligações já existentes, conforme seu artigo 1º.

Art. 01. Fica impedida a Companhia de Saneamento de Pernambuco – COMPESA, de implantar durante o prazo de 06 (seis) meses novos equipamentos de micromedicação (hidrômetros) domiciliares em clientes já estabelecidos contratualmente.

Para tal decisão a ARMP listou:

CONSIDERANDO a necessidade de buscar a eficiência nos serviços públicos estabelecido no Art. 37 da Constituição Federal;
 CONSIDERANDO o poder regulatório da Agência Reguladora de Serviços Públicos de Petrolina – ARMP preconizado no Art. 04 da Lei Municipal Nº 1.241/2003;
 CONSIDERANDO, a necessidade de zelar pela eficiência econômica e técnica dos serviços públicos preconizado no Art. 06, Inciso I, da Lei Municipal Nº 1.241/2003 que cria a Agência Reguladora de Serviços Públicos de Petrolina – ARMP;
 CONSIDERANDO, a competência para expedir resoluções e instruções aos serviços regulados estabelecido no Art. 09, Inciso XV da Lei Municipal Nº 1.241/2003 que cria a Agência Reguladora de Serviços Públicos de Petrolina – ARMP;
 CONSIDERANDO, que o sistema de abastecimento de água de Petrolina possui perdas de 50% e que o sistema de tarifação utilizado tem como pressuposto o Modelo dos Custos Totais (MCT) em que a ineficiência da Empresa é transferida para o consumidor.

Analisando os considerandos da decisão consta-se que há uma contradição entre a decisão e seus critérios:

- a) O hidrômetro é o maior instrumento de se buscar eficiência econômica e técnica nos serviços de abastecimento;
- b) O hidrômetro é um instrumento de equidade entre os consumidores e justiça na cobrança;
- c) O melhor veículo para redução de perdas de consumo exacerbado de água

Assim, com tal resolução observa-se uma desregrada conduta da agência dando a entender mais perseguição que regulação dos serviços.

Em dezembro de 2013 foi veiculado em uma revista de circulação local (ver anexo I texto completo) que as pressões de abastecimento de água no município estariam abaixo dos limites mínimos permitidos na cidade. Tal conclusão veiculada na mídia pela ARMP na verdade impactava mais uma vez a imagem da companhia. Destaca-se que tais dados haviam sido fornecidos pela Comesa à ARMP respeitando o artigo Art. 9º, parágrafo I, da lei 1.241/03:

Compete ainda à Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de Petrolina – ARMP:

I. zelar pelo fiel cumprimento da legislação, dos contratos de concessão e termos de Permissão de Serviços Públicos sob a sua competência regulatória, podendo, para tanto, determinar diligências junto ao Poder Concedente e entidades reguladas, e ter amplo acesso a dados e informações;

Fato é que nesse mesmo ano a Companhia estava na fase de construção de uma nova estação de tratamento de água em Petrolina, estação esta concluída em setembro de 2014.

Por tantas complicações e atuações arbitrárias da ARMP em setembro de 2013, após ação judicial encabeçada pela Compesa, a juíza em exercício do Poder Judiciário do Estado de Pernambuco, juízo da segunda vara da fazenda pública (Processo nº 0074797-42.2013.8.17.0001) decide:

DEFIRO o pedido liminar no sentido de suspender a vigência dos Decretos Municipais nº 137 e 160/2012, até ulterior decisão judicial, devendo, ainda, o Município Réu se abster de dar continuidade a qualquer processo de contratação de entidade para exploração dos serviços de saneamento em Petrolina, até ulterior deliberação desse MM Juízo e enquanto não julgada a lide em definitivo, bem como determinar a submissão da COMPESA somente à regulação pela ARPE.

Desta forma, a Compesa continua atuando no município de Petrolina e submetida à apenas regular a Agência Reguladora do Estado de Pernambuco (ARPE), até quando, não se sabe.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo de caso apresentou uma situação bastante complexa para regulação do saneamento. Como deve trabalhar um prestador de serviço que de um lado atende a um agente regulador estadual e do outro um regulador municipal, cujos interesses são distintos? Como equalizar uma situação em que o agente regulador municipal tem total interação com o poder concedente e não tem interação nenhuma com o prestador do serviço? Como o prestador de serviço de saneamento pode ser efetivo em seus serviços se a regulação não dá condições para isso?.

Essas questões ficaram explicitas nesse estudo que nos leva a refletir sobre a regulação do saneamento no Brasil. Parece claro que os princípios da regulação e as orientações legais são muito bem elaborados, mas sua implementação é que é distorcida. Fica evidente como os interesses políticos e governamentais podem interferir na gestão e atuação de um agente regulador levando a uma situação desgastante e prejudicial a sociedade.

Observa-se que na sua estruturação legal a ARMP atendeu em grande parte o que preconiza a lei 11.445/07 e demais instrumentos normativos, definindo de forma clara seus instrumentos de regulação, regulamentação, execução, sanção e decisão. Na criação da ARMP houve a preocupação de definir claramente como seriam escolhidos os seus membros, bem como os critérios de exoneração e remuneração, como se estruturariam as instâncias decisórias, os mandatos, e as fontes de recursos para manutenção da agência. Estabeleceu seus parâmetros normativos para água e esgoto, definindo critérios de verificação e punição, bem como direito de ampla defesa.

Embora criada como uma autarquia, dotada de certa autonomia para realização de suas atividades, tendendo assim a uma regulação descentralizada, na sua implementação o contexto foi de centralização com forte ligação ao poder executivo.

Na sua atuação a ARMP teve seu papel distorcido agindo de forma tendenciosa que culminou com a submissão da Compesa apenas a regulação da ARPE.

A captura política foi evidente dentro da ARMP não só pela conduta demonstrada ao longo dos anos, mas também, pelos elementos apresentados e explicitados na mídia, ferindo não só os instrumentos normativos legais mas também um princípio da regulação. A sua independência decisória, administrativa e orçamentária foi comprometida pela captura política e os conflitos entre o município, estado e a companhia estadual contribuíram substancialmente para ampliar o embate.

No tocante à competência do Estado de Pernambuco e do município de Petrolina a respeito da regulação ficou notório um conflito de competências. De um lado a Agência Estadual e do outro uma Agência Municipal para regular um prestador de serviço sobre o mesmo território e com objetivos conflitantes.

Parece claro que somente a maturidade dos governantes podem resolver a situação com uso dos princípios da regulação do saneamento e valores éticos, sociais e técnicos administrativos colocados em prática defendendo a efetividade dos serviços prestados com menor custo possível.

Por outro lado, conclui-se que ainda é embrionário o fato da companhia de saneamento aceitar uma regulação bastante incisiva visto que seu poder de auto regulação ainda não é suficiente e sua estrutura operacional precisa ser ampliada.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE PETROLINA (ARMP). Impedimento a Companhia de Saneamento de Pernambuco – COMPESA, de implantar durante o prazo de 06 meses novos equipamentos de micromedição. Resolução 006 de 08 de outubro de 2013.

AGÊNCIA DE REGULAÇÃO DO MUNICÍPIO DE PETROLINA (ARMP). Estabelece condições gerais para fiscalização técnico-operacional dos serviços públicos de distribuição d'água e de esgotamento sanitário, pela Companhia Pernambucana de Saneamento – COMPESA, no Município de Petrolina. Resolução 003, de 30 de maio de 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Conceito Jurídico de Regulação da Economia**, 2001.

BRASIL, Decreto de Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispões sobre a organização da Administração Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em agosto de 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em maio 2015.

BRASIL, Emenda Constitucional 19 de 04 de junho de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso agosto de 2015.

BRASIL, Lei 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8987cons.htm. Acesso em junho de 2015.

BRASIL. Emenda Constitucional 01 de 17 de Outubro de 1969. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em julho 2015.

BRASIL. Lei nº 11.445 de 05 de Janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em maio 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Agência Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática I** - R. Dir. Adm - Rio de Janeiro. 229: 285-311 - Jul./Set. 2002 p.296. Disponível em: (file:///C:/Users/igorgalindo/Desktop/Igor%20Pessoal%202015/TCC%20P%C3%B3s%20IDP/Material%20para%20TCC%20Igor%202/Finais%20TCC/46445-93243-1-PB.pdf) em 26 de agosto de 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução a teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações**. 3 ed. rev. e atualizada Rio de janeiro: Elsevier, 2004.

CONSTANTINO, Giuseppe Luigi Pantoja. *Regulação de serviços públicos: conceitos e evolução histórica*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 20 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49487>>. Acesso em: 24 set. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GALVÃO JUNIOR, Alceu de C.; MONTEIRO, Mario A. P.; MELO, Alisson J. M. . **Regulação do Saneamento Básico**. 1 ed. Barueri – SP, Manole – 2013.

GOES, Elizabeth C. O. A Regulação na Prestação dos Serviços. **Revista Sanear**, Brasília, N 11, p. 29. Agosto 2014.

JANTÁLIA, Fabiano, **Aula ministrada em novembro de 2014** – Curso de Direito do Saneamento – IDP, Brasília, 2014.

JUSTEN, Filho, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo, 2002.

MARINHO, Maria do Socorro Japiassú. **Regulação dos Serviços de Saneamento no Brasil: Água e Esgoto**. 2006. Dissertação de Doutorado. Departamento de Economia da UFPA, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.economia.ufpr.br/Teses%20Doutorado/14%20%20MARIA%20DO%20SOCORRO%20JAPIASSU%20MARINHO.pdf>>. Acesso em julho 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo brasileiro. 11. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1985. p. 271-272. Disponível em: http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/politicas_publicas_e_direito_administrativo.pdf)

PERNAMBUCO, Lei 11.742 de 14 de janeiro de 2000. Cria a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco – ARPE. Disponível em: <http://www.arpe.pe.gov.br/legislacao.php?op=1&codGrupo=2>. Acesso em agosto 2015.

PERNAMBUCO. Poder Judiciário do Estado de Pernambuco Segunda Vara da Fazenda Pública. Decisão processo nº 0074797-42.2013.8.17.0001, COMPESA, ARMP e Município de Petrolina, Recife, PE, 24 de setembro de 2013.

PETROLINA. Lei 1.241/03, de 16 de Maio de 2003. Cria a Agencia de Regulação do Município de Petrolina.

PETROLINA, Lei 09 de 20 de abril de 1972. Autoriza a exploração dos serviços de água e esgoto de Petrolina.

RODRIGUES, M. A. Instituições de Direito Ambiental. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SALVATORE, Cattaneo, **Agencies e regulation nel Regno Unido, in Le autorità indipendent: de fattori evolutivi ad elementi dela trassizione nel diritto publico italiano** (obra coletiva), Milão, Giuffré, 1999, p.263.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. CAD – Centro de Análização Jurídica, **Revista Diálogo Jurídico**, N 11, fevereiro de 2002, Salvador – BA. Função Regulatória. p.6

Sites Oficiais Usados na Pesquisa

www.carlosbritto.com.br, 6/02/2014 às 11:31 por Carlos Britto pesquisa em 08/07/2015

www.compesa.com.br, acesso em julho 2015

www.petrolina.pe.gov.br, acesso em agosto 2015

www.abar.org.br, acesso em agosto 2015

ANEXOS

Anexo I

Anexo II

Anexo III

