

A REGULAÇÃO COMPARTILHADA ENTRE O CONSELHO DE REGULAÇÃO DO ABASTECIMENTO DE ÁGUA E AS AUTARQUIAS LOCAIS NO SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA EM MOÇAMBIQUE¹

Por

GILLES CISTAC

**Professor Associado da Faculdade de Direito
da Universidade Eduardo Mondlane**

gilles.cistac@uem.mz

¹ Texto da comunicação apresentada na *Water Regulatory Conference* – Water Regulatory Council, September 11 – 14, 2007, Maputo, Moçambique.

ABSTRACT: *O estudo da função reguladora no âmbito do sistema do sistema de abastecimento de água em Moçambique revela a existência de vários reguladores que concorrem, conforme às competências e tarefas que lhes foram atribuídas pela legislação vigente, para o exercício da função reguladora deste sector. Dentro do conjunto dos reguladores existentes, o Conselho de Regulação do Abastecimento de Água (CRA) e as Autarquias Locais ocupam uma posição particular. Com efeito, por um lado, compete ao CRA acompanhar as actividades desenvolvidas no âmbito do quadro de gestão delegada do abastecimento de água e regular a prestação do serviço oferecido pelos operadores, e, por outro lado, a Política Nacional de Águas, aprovada pela Resolução n.º 7/95, de 8 de Agosto, preconizou a transferência gradual da responsabilidade dos sistemas de abastecimento público de água para as Autarquias Locais, envolvendo-se para esse efeito o sector privado a fim de se beneficiar do dinamismo, experiência e conhecimentos tecnológicos que lhe são reconhecidos.*

A actividade desses reguladores implica a existência de mecanismos de articulação, nomeadamente, de coordenação e colaboração para manter à função reguladora um alto grau de eficiência. Além da abordagem analítica desta questão a deve ser posicionada numa perspectiva histórica para melhor avaliar as evoluções necessárias da função reguladora tomando, nomeadamente, em conta, a capacidade institucional real de cada interveniente.

INTRODUÇÃO

A regulação está na moda. Tornou-se um verdadeiro fenómeno universal². Todos os países do mundo elaboraram ou estão elaborando normas capazes de “regular” vários sectores da vida económica e/ou social (telecomunicações, energia, água, meio

² BLACK J., “Proceduralisation and polycentric regulation”, *Revista Direito GV*, especial 1, 2005, p. 101.

ambiente, petróleo, finanças, etc ...)³ e a doutrina pensa já, em termos de, "nova regulação do Estado"⁴ até de "post regulação"⁵.

Mas o que é a regulação?

A "regulação" é já um fenómeno antigo⁶. Segundo a doutrina mais autorizada, *"É, pois, neste contexto de irreprimível necessidade de intensificação da presença corretiva do Estado no jogo capitalista que nasce a ideia de regulação como indeclinável função governamental, pelo menos naquele que é visto como o seu berço histórico, isto é, os Estados Unidos da América"*⁷ no fim do século XIX⁸. Assim, o fenómeno da Regulação, tal como concebido nos dias actuais, *"nada mais representa, pois do que uma espécie de corretivo indispensável a dois processos que se entrelaçam. De um lado, trata-se de um corretivo às mazelas e às deformações do regime capitalista. De outro, um corretivo ao modo de funcionamento do aparelho do Estado engendrado por esse mesmo capitalismo"*⁹.

Apesar de ter sofrido várias críticas¹⁰, o figurino resistiu até tornar-se necessário; como assevera MARIA AUGUSTA FELDMAN: *"em inúmeras situações, há necessidade de participação de um órgão técnico, independente, para mediar as relações entre as*

³ Vide, por exemplo, em França, MARAIS B. (DU), *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de la Fondation des sciences politiques e Dalloz, 2004; em Portugal, MOREIRA V. e MAÇAS F., *Autoridades Reguladoras Independentes – Estudo e Projecto de Lei-Quadro*, Coimbra, Ed., 2003; GONÇALVES P., "Direito Administrativo da Regulação", em, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, pp. 535-573 (vide, nota de rodapé 26 p. 540 sobre o conceito de regulação na doutrina portuguesa); no Brasil, SALOMÃO FILHO C., (Coord.), *Regulação e Desenvolvimento*, São Paulo, Ed. Malheiros, 2002. Sobre a regulação dos mercados financeiros na África Austral, vide, MINEGA C.E., "The Experience of Financial Markets Regulation in the Southern African Region", em, [http://ezinearticles.com/?expert=Charles Edward Minega](http://ezinearticles.com/?expert=Charles_Edward_Minega)

⁴ BRAITHWAITE J., "The New Regulatory State and the Transformation of Criminology", (2000) 40 *British Jnl of Criminology*, p. 222 e seguintes.

⁵ BLACK J. "Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self Regulation in a "Post Regulatory" World", (2001) 54 *Current legal Problems*, pp. 103-147.

⁶ BARBOSA GOMES J.B., "Agências reguladoras: A "Metamorfose" do Estado e da Democracia (Um reflexão de Direito Constitucional e Comparado)", em, <http://www.adami.adv.br/artigos/artigo17.asp>, p. 1.

⁷ BARBOSA GOMES J.B., "Agências reguladoras: A "Metamorfose" do Estado e da Democracia", op. cit., p. 2.

⁸ HÜBNER MENDES C., "Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão", em, *Direito Administrativo Econômico*, CARLOS ARI SUNDFELD (Coord.), São Paulo, Malheiros, 2000, p. 99. É por volta dos anos 70 que a figura começa a ser recepcionada no ordenamento jurídico de alguns países de tradição jurídica romano-germânica, como é o caso da França, onde a sua primeira aparição se dá em 1978 (BRACONNIER S., "La régulation des services publics", FRD adm. 17 (1) janv.-févr. 2001, p. 43 e seguintes).

⁹ BARBOSA GOMES J.B., op. cit., p. 2.

¹⁰ As críticas foram dirigidas mais particularmente às agências reguladoras: Falta de legitimidade democrática e "despotismo" dos técnicos e *experts* (BARBOSA GOMES J.B., op. cit., p. 3).

*partes envolvidas*¹¹. Entende-se, em Direito¹², por "Regulação", "uma intervenção estadual externa (hetero-regulação) na esfera da economia, do mercado e, em geral, das actividades privadas desenvolvidas em contexto concorrencial"¹³; como assevera PEDRO GONÇALVES: "em traços genéricos, essa intervenção consiste na definição das condições normativas de funcionamento da actividade regulada e no controlo da aplicação e observância de tais condições"¹⁴.

Quid da Regulação em Moçambique?

Moçambique começa só agora a debater questões dessa natureza, em razão da recente introdução, no ordenamento jurídico interno, por via legislativa¹⁵ ou regulamentar¹⁶, dos primeiros "órgãos reguladores" vocacionados ao exercício da regulação e fiscalização de actividades vitais da economia, tais como telecomunicações, água ou energia. Todavia, não se pode afirmar que os factores e condições empíricas que impulsionaram o surgimento deste fenómeno nos Estados Unidos de América, onde nasceu este fenómeno, seriam os mesmos que estariam conduzindo à guinada que representa para Moçambique a adopção da figura da regulação e do novo tipo de estruturação estatal que ela engendra. Para os Estados Unidos de América, a regulação por intermédio de agências reguladoras constituiu uma brutal ruptura com uma concepção de Estado mínimo, identificado como "policing model", isto é, um Estado alheio à questão do bem-estar económico da população, e sobretudo proibido de empreender intromissão mais arrojada em áreas tais como fixação de preços, disseminação de informações úteis aos usuários, imposição, consolidação e

¹¹ FELDMAN M.A., Prefácio da obra de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, *Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu Regime Jurídico*, Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2005, p. 11.

¹² A Economia Política e a Sociologia Política elaboraram também definições da Regulação, vide, MARAIS B. (DU), *Droit public de la régulation économique*, op. cit., pp. 483-484.

¹³ GONÇALVES P., "Direito Administrativo da Regulação", op. cit., p. 540.

¹⁴ GONÇALVES P., *Ibidem*. É de realçar que do ponto de vista terminológico a palavra não tem o mesmo conteúdo em inglês - em que o significado é mais perto da tradução de "regulamentação" da língua portuguesa - do que nas línguas portuguesa, italiana, alemão ou francesa em que o significado linguístico é meramente distinto do conceito de "regulamentação" - nestas a "regulação" tem um conteúdo muito mais abrangente e flexível. Esta situação é fonte de ambiguidade, nomeadamente, no que concerne as fontes de consulta sobre esta temática.

¹⁵ Vide, por exemplo, o sector das telecomunicações, A Lei n. 8/2004, de 21 de Julho cria, como "autoridade reguladora" (Artigo 11) das telecomunicações o "Instituto Nacional das Comunicações de Moçambique" com o poder de regular, fiscalizar, atribuir e emitir licença, etc... (vide, Artigo 12). A Resolução n.º 54/2006, de 26 de Dezembro que aprova a *Estatégia das Telecomunicações* integra disposições específicas consagradas à "Regulação do sector" (n.º 6).

¹⁶ Vide, por exemplo, o sector da água, o Decreto n.º 72/98 que Cria base legal que permite a implementação de um Quadro de Gestão Delegada do Abastecimento de Água (B.R., 28 de Dezembro de 1998, 2.º Suplemento, I Série-N.º 51) estabelece expressamente uma área funcional consagrada à "regulação e garantia dos interesses dos utentes do serviço público" (alínea b) do Artigo 6 do referido Decreto); no sector das actividades petrolíferas, o Decreto n.º 25/2004, de 20 de Agosto criou o Instituto Nacional de Petróleo como entidade reguladora responsável pela administração e promoção das operações petrolíferas.

monitoramento de práticas concorrenciais justas, em suma, regulação de mercados¹⁷. Em Moçambique, diversamente, a regulação nasce em um contexto inteiramente diferente. Aqui tenta-se abandonar uma concepção de Estado altamente centralizado, o qual foi activo no campo da economia, pretendendo transferir a actores privados o essencial das actividades que antes detinha a título de monopólio ou quase-monopólio (processo de desengajamento do Estado da prestação directa de vários serviços públicos) e assumir o papel de normatizador e de fiscalizador. Trata-se, para parafrasear JOAQUIM B. BARBOSA GOMES: "*de um implante, de uma "greffe" aplicada a tecidos de textura diferente. Em suma, mais uma tentativa de se ministrar o mesmo remédio a sintomas e pacientes com diagnósticos totalmente diversos*"¹⁸.

Sem entrar nos pormenores de cada sector onde se manifesta actualmente o fenómeno regulatório (sectores das telecomunicações, do abastecimento de água, da energia, do petróleo e das concessões ferro-portuárias¹⁹), o presente trabalho tem como objectivo estudar apenas um segmento da regulação doméstica num sector muito circunscrito da economia moçambicana. Este sector é o dos sistemas de abastecimento de água que constitui o campo mais antigo dentro do qual surgiu o fenómeno regulatório e que é, actualmente, sujeito a um debate sobre o seu redimensionamento, nomeadamente, no que concerne a forma que deve revestir a sua própria regulação.

Por outras palavras, apesar das semelhanças existentes com outros países na implementação de um quadro regulatório no âmbito do abastecimento de água, este processo enferma, em Moçambique, várias especificidades, mais particularmente, no que concerne a construção do modelo de regulação da gestão delegada do abastecimento de água. Por exemplo, a construção normativa regulatória, de âmbito nacional, neste sector, não se deixa facilmente classificar dentro de uma tipologia de modelos já existentes (por exemplo: *Sunshine regulation*, regulação por auto-disciplina, *light-handed regulation*, regulação sectorial independente, regulação quase jurisdicional²⁰). Talvez porque essas tipologias estão ainda em vias de madurecimento intelectual do ponto de vista da sua conceptualização, e que, a análise da prática, em vários países, oferece um leque muito grande de situações extremamente diferentes. Por exemplo, em direito comparado, o modelo alemão de regulação (apenas no sector das telecomunicações) é extremamente diferente do modelo anglo-saxónico de regulação (modelo quase-jurisdicional norte americano) ou do brasileiro ("Agências reguladoras"²¹) o que não facilita o trabalho de conceptualização dos investigadores nesta matéria. Existe pois dificuldades epistemológicas desde o princípio em termos conceptuais.

¹⁷ BARBOSA GOMES J.B., op. cit., p. 3.

¹⁸ BARBOSA GOMES J.B., Ibidem

¹⁹ Vide, a criação futura do *Instituto Regulador das Concessões Ferro-Portuárias* (domingo 9/09/2007).

²⁰ Vide, sobre esses modelos, BRACONNIER S., "La régulation des services publics", op. cit., p. 46 e seguintes.

²¹ BARBOSA GOMES J.B., "Agências reguladoras: A "Metamorfose" do Estado e da Democracia", op. cit.; AZEVEDO MARQUES NETO (de) F., *Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu Regime Jurídico*, op. cit.

Além disso, a regulação é, tecnicamente, uma noção nova que tem apenas 30 anos concebida para descrever mudanças profundas no âmbito político, económico e social.

Todavia, não é a análise de todo o quadro de gestão delegada do abastecimento de água que reterá a nossa atenção. São apenas os aspectos regulatórios que constituirão o objecto do presente estudo e, mais particularmente, os que envolvem o Conselho de Regulação do Abastecimento de Água (adiante designado por CRA) e as autarquias locais.

O Conselho de Regulação do Abastecimento de Água é uma “agência reguladora independente”²². Isto é, não se deve confundir esta figura com a da “agência executiva”²³ no direito norte-americano²⁴. O CRA “é uma entidade de direito público, dotada de personalidade jurídica e autonomia administrativa e financeira” (Artigo 1 do Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro). Ele é um órgão colegial composto de três individualidades de reconhecida integridade e idoneidade e relevante experiência. Os membros do CRA são nomeados pelo Conselho de Ministros e têm um mandato de três anos, renováveis. A exoneração dos seus membros é sujeita a um regime específico bastante protector (Artigo 6 do Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro). O CRA configura, assim, uma importação de um conceito (“Independent Regulatory Commission”), de um formato e de um modo específico de estruturação do Estado. É o Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro que criou o CRA com o objectivo de acompanhar o processo de concessão ou cessão de exploração e gestão por um operador privado ou empresa pública do serviço público de abastecimento de água.

²² A Agência Reguladora (“Independent Regulatory Commission”), na terminologia mais usual do direito dos Estados Unidos de América, é uma entidade administrativa autónoma e altamente descentralizada, com estrutura colegiada, sendo os seus membros nomeados para cumprir um mandato fixo (BARBOSA GOMES J.B., op. cit., p. 5). Todavia, em rigor, a palavra mais certa é “autonomia” do que “independência”, vide sobre este debate, MARRARA T., “A legalidade na relação entre Ministérios e Agências Reguladoras”, em, http://www.mct.gov.br/legis/Consultoria_Juridica/artigos/agencias_reguladoras.htm, p. 9.

²³ A “executive agency” norte-americana é uma entidade administrativa dotada de personalidade jurídica com a atribuição de gerir e conduzir, de forma especializada e destacada da Administração Central com um programa ou uma missão governamental específica. Apesar de gozar formalmente de autonomia funcional no sector específico de actividades que lhe é atribuído, é um ente vinculado à Administração Central, está sujeito à supervisão e à orientação do Presidente ou do Ministro de Estado (“Secretary”) responsável pelo sector em que se enquadra a respectiva actividade estatal.

²⁴ Como escreve JOAQUIM B. BARBOSA GOMES: “Portanto, o fator decisivo de distinção entre uma “administrative agency” e uma “independent regulatory commission” reside no seu relacionamento com o Chefe do Executivo. Se o Presidente dos Estados Unidos de América tem total controle sobre as agências executivas tendo competências legal para ditar-lhes a política a ser seguida e até mesmo exonerar a qualquer momento os seus dirigentes, o mesmo já não ocorre em relação às agências tipicamente reguladoras, que são independentes no estabelecimento da regulamentação do setor de atividade governamental que lhes atribuído por lei, gozando os seus diretores, para tanto, de estabilidade funcional garantida pelo fato de a nomeação ser efetivada para um mandato fixo” (op. cit., p. 5).

Neste perspectiva, o Conselho de Ministros atribuiu-lhe a tarefa de regular "a prestação do serviço" (Preâmbulo do Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro).

Todavia, além do CRA, as autarquias locais²⁵ "são as entidades responsáveis pelo serviço público de abastecimento de água"²⁶ o que lhes confere competências regulatórias neste sector.

Assim, a função reguladora do sistema de abastecimento de água e saneamento em Moçambique é partilhada por vários reguladores dentro dos quais o Conselho de Regulação do Abastecimento de água e as autarquias locais que se destacam pelo papel substancial que são chamados a desempenhar (I).

Esta situação levanta um problema extremamente complexo da articulação e da concorrência reguladora entre os diferentes intervenientes do Quadro da Gestão Delegada do Abastecimento de Água, em geral, e do CRA e das autarquias locais, em particular (II).

I – A FUNÇÃO REGULADORA DO ABASTECIMENTO DE ÁGUA E A PLURALIDADE DE REGULADORES: A COMPARTILHA ESTRUTURAL DA REGULAÇÃO ENTRE CONSELHO DE REGULAÇÃO DO ABASTECIMENTO DE ÁGUA E AS AUTARQUIAS LOCAIS

Entende-se por "Função de Regulação", "*a função do Poder Público que visa à satisfação de necessidades colectivas através de actividades de natureza económica sob um regime concorrencial*"²⁷.

Como se manifesta esta função no âmbito do Quadro de Gestão Delegada do Abastecimento de Água (A)? A existência de uma função reguladora não impede, teoricamente, a existência de vários reguladores o que se materializou efectivamente no Quadro de Gestão Delegada do Abastecimento de Água pela atribuição de competências regulatórias ao CRA e as autarquias locais (C). Esta situação de partilha de regulação não foi por acaso mas, pelo contrário, a consequência de decisões políticas já afirmadas desde a *Política Nacional de Águas* em 1995 (B).

A. A função reguladora no âmbito do Quadro de Gestão Delegada do Abastecimento de Água

O estudo das características da função reguladora no âmbito do Quadro de Gestão Delegada do Abastecimento de Água (a), permite apreciar melhor as

²⁵ Sobre as autarquias locais em Moçambique, vide, CISTAC G., *Manual de Direito das Autarquias Locais*, Maputo, Livraria Universitária – 2001.

²⁶ Alínea c) do n.º2 do Artigo 7 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro.

²⁷ MARCOU G., "La notion juridique de régulation", AJDA 2006, Chroniques, p. 351.

consequências do modelo moçambicano de regulação em termos de “Autoridade Reguladora” do sector (b).

a) As características da função reguladora no âmbito do Quadro de Gestão Delegada do Abastecimento de Água

A “função de regulação” do sistema de abastecimento de água em Moçambique tem uma natureza e objectivos claros que foram estabelecidos pela legislação vigente e, mais particularmente, pelo Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro.

Primeiro, a regulação é uma função dos poderes públicos: Estado (Legislador, Governo) ou entidades descentralizadas (autarquias locais)); como estabelece o n.º 2 do Artigo 4 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro: “*A concepção, construção, exploração e a gestão de um sistema de captação, tratamento e distribuição de água para o consumo público consubstanciam um serviço público ...*”²⁸ e “*Na atribuição da exploração e gestão de um sistema de abastecimento de água a uma entidade de direito privado, deverá o interesse público ser prioritariamente garantido ...*” (n.º 5 do Artigo 4 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro) (o sublinhado é nosso)²⁹.

É porque trata-se de promover o interesse geral – a satisfação das necessidades colectivas em matéria de abastecimento de água e saneamento não podem ser garantidas, razoavelmente, apenas pelo mercado - que essas missões são exercidas sob a responsabilidade do Governo *lato sensu* e que o Fundo de Investimento e Património do Abastecimento de Água (adiante designado por FIPAG³⁰) (que não é o Governo) está sob a tutela do Ministro das Obras Públicas e Habitação e que o CRA (que não é também o Governo), apesar de dispor da personalidade jurídica e autonomia administrativa e financeira, não tem o poder de regulamentar o referido sector.

Segundo, os objectivos da regulação consiste, principalmente, em contribuir para o desenvolvimento económico nacional e para o bem-estar das populações bem como em promover vários outros objectivos de interesse geral (principalmente da garantia da execução do serviço público e da sua qualidade e a protecção dos utentes deste serviço (Artigo 4 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro)), como, por exemplo, o de

²⁸ A natureza de serviço público implica o respeito de princípios inerentes a este: igualdade dos utentes, continuidade do serviço, princípio de adaptação e mutabilidade (RIVERO J., *Direito Administrativo*, Livraria Almedina – Coimbra, 1981, p. 501 e seguintes). Vide, também, no mesmo sentido, em direito comparado o exemplo francês, GUÉRIN-SCHNEIDER L., *Introduire la mesure de performance dans la régulation des services d'eau et d'assainissement en France. Instrumentation et organisation*, Tese Doutoramento ENGREF, 2001, p. 41 e seguintes.

²⁹ Esta função dos poderes públicos é nitidamente estabelecida, também, no sector das telecomunicações, vide, n.º 6 da *Estratégia das Telecomunicações* e nas actividades petrolíferas, vide, alínea b) do Artigo 3 do Decreto n.º 25/2004, de 20 de Agosto.

³⁰ Decreto n.º 74/98 que Cria o Fundo de Investimento e Património do Abastecimento de Água – FIPAG, B.R., 28 de Dezembro de 1998, 2.º Suplemento, I Série-N.º 51.

contribuir para garantir uma oferta de serviços suficiente de água sobre todo o território nacional³¹, estabelecer uma concorrência leal e eficaz no sector.

Todavia, um aspecto importante da regulação jurídico-económica não aparece com clareza, nem no Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro, nem no Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro. Trata-se do papel do CRA em matéria de enquadramento da concorrência no âmbito do Quadro da gestão delegada. Com efeito, a concorrência deve desenvolver-se em condições optimais para ser benéfica aos utentes mesmo se permanece extremamente limitado no sector do abastecimento de água³². Com efeito, a concorrência é o objectivo prioritário da regulação mas este não está devidamente realçado na legislação vigente e os poderes do CRA são apenas parcialmente concebidos para efectivar este objectivo.

Não é apenas uma questão meramente académica mas também eminentemente prática. A garantia de uma concorrência leal e praticável (mesma se está é extremamente reduzida) implica a correcção das "deficiências do mercado" como os abusos de posição dominante, as concentrações ou monopólios. Será que a gestão (delegada), exercida pela mesma empresa, dos sistemas de abastecimento de água dos 33 municípios do país, seria conforme a o que se poderia razoavelmente esperar de um ambiente concorrencial eficaz sobretudo quando existe uma pressão oligopolística crescente ao nível mundial³³?

Assim, a Regulação, no âmbito do Quadro da gestão delegada do abastecimento de água, é uma função dos poderes públicos que estabelece um compromisso entre os objectivos e valores económicos e não económicos (a protecção dos interesses dos utentes (alínea b) do n.º 2 do Artigo 7 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro), a sustentabilidade do serviço público (n.º 4 do Artigo 4 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro)), que podem ser antinómicos (por exemplo, o aumento da cobertura da

³¹ A *Política Nacional de Águas* estabelecia, em 1995, que: "A maioria da população ainda não tem acesso a um regular abastecimento de água potável" (n.º 1). Ainda hoje, este problema continua a ser de actualidade (vide, por exemplo, na imprensa, JOSSIAS RULANE, "Água que falta para muitos moçambicanos", *notícias* 18/03/2006); como mencionou o referido autor: " ... o combate à pobreza absoluta passa necessariamente por proporcionar o acesso à água potável para uma grande parte da população moçambicana, um pressuposto básico para a melhoria das suas condições de vida".

³² Não se pode afirmar que o "Mercado da Água" existe verdadeiramente em Moçambique porque os operadores, neste sector, actuam em situação de "monopólio natural" (Preâmbulo do Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro) com utentes captivos. A autarquia local, por exemplo, apenas pode organizar uma "concorrência inicial" onde as empresas interessadas concorrem para obter a gestão do serviço de abastecimento de água (vide, em direito comparado, GUÉRIN-SCHNEIDER L., *Introduire la mesure de performance dans la régulation des services d'eau et d'assainissement en France. Instrumentation et organisation*, op. cit., p. 7 e seguintes). São essas deficiências do "Mercado da Água" que justificam, por parte, o recurso à regulação e as formas alternativas de concorrência (sobre essas formas, vide, GUÉRIN-SCHNEIDER L., op. cit., p. 52 e seguintes).

³³ Vide, por exemplo, GUÉRIN-SCHNEIDER L., *Introduire la mesure de performance dans la régulation des services d'eau et d'assainissement en France. Instrumentation et organisation*, op. cit., p. 6.

população e valor social da água e suas consequências em termos tarifários), no quadro de um mercado, em princípio, concorrencial.

A regulação deve conciliar esses objectivos³⁴. É uma das tarefas da função de regulação impor este compromisso aos operadores por vários meios, e nomeadamente, os jurídicos.

b) As consequências do modelo moçambicano de regulação em termos de "Autoridade Reguladora" do sector

Transparece claramente, da análise anterior, que, em Moçambique, não se pode raciocinar em termos de "Autoridade de regulação" no sector da gestão delegada do abastecimento de água. O CRA não é *stricto sensu* "a autoridade" de regulação (por exemplo, o CRA é desprovido de qualquer poder de regulamentar o quadro da gestão delegada do abastecimento de água, poder que constitui uma característica da função de regulação).

Assim, é melhor raciocinar, em termos de "função reguladora" do sistema de abastecimento de água e de "autoridades reguladores".

Esta função reguladora é exercida por vários intervenientes (Governo, Ministro das Obras Públicas e Habitação, FIPAG, CRA e autarquias locais)^{35 36}. Nesta perspectiva, o CRA é apenas um desses intervenientes que participam na função reguladora do sistema de abastecimento de água mesmo se, ele tem uma posição privilegiada neste sistema institucional.

Nesta perspectiva, porque não idealizar a regulação moçambicana, neste sector, como uma função principalmente do Estado (na sua manifestação directa (Governo, Ministro das Obras Públicas e Habitação, autarquias locais) e indirecta (CRA e FIPAG)) que visa à satisfação de necessidades colectivas por actividades de natureza económica num regime concorrencial?

Assim, combina-se meios flexíveis e consensuais (tarefas principais do CRA ou acções "encorajadoras do Ministério das Obras Públicas e Habitação"³⁷) e meios tecnicamente mais "hard", a regulamentação exercida pelo Conselho de Ministros.

B. A escolha política de uma regulação compartilhada

³⁴ Vide, competências do CRA, Artigo 2 do Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro.

³⁵ Vide, o Artigo 7 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro.

³⁶ Vide, em particular a atribuição, na *Política Nacional de Águas*, "Ao Governo (...) regular (...) o processo que permita a cada empresa definir a sua própria estrutura tarifária" (n.º 3).

³⁷ N.º 1 do Artigo 15 da Lei n.º 16/91, de 3 de Agosto.

É na parte da *Política Nacional de Águas*³⁸ relativa à “Capacitação institucional” (alínea h) do n.º2) que aparecem disposições gerais consagrando o princípio de subsidiariedade³⁹ através da implementação de um processo de descentralização da “*tomada de decisões por gestores locais junto dos próprios utentes e clientes*” de forma a melhorar e ampliar os serviços. A referida *Política*, sem estabelecer datas certas sobre a duração de todo este processo precisa, contudo, que “*A duração de todo este processo será ditada pelo calendário a adoptar pelo Governo para a criação das condições reguladoras deste processo de descentralização. Os gestores locais terão também de assimilar novas responsabilidades e atribuições, e necessitarão de adaptar as suas organizações aos novos métodos de trabalho*”.

Além disso, disposições mais específicas foram introduzidas na parte relativa ao “Abastecimento de água urbano” (n.º 3) da referida *Política* que precisa melhor alguns aspectos estruturais dos fornecedores de serviços. Nesta perspectiva, “*Dadas as actuais capacidades dos Conselhos Municipais, os fornecedores locais de serviços deverão, de preferência, constituir-se em entidades autónomas. Caberá ao Governo central criar as condições legais necessárias para que tal aconteça, e o governo local será chamado a desempenhar um papel importante na tomada de decisões para o estabelecimento destas entidades. Será dada maior prioridade ao estabelecimento de empresas autónomas, onde já exista um elevado nível de investimento. Será estabelecido um mecanismo institucional para apoiar este processo de transformação*”.

Assim, a *Política Nacional de Águas* estabelece um modelo de gestão municipal típico através de “serviço autónomo municipal” e precisa que este “modelo” “*deverá ser desenvolvido como resposta às maiores dificuldades em viabilizar a constituição de empresas autónomas, do tipo empresa pública, ou de uma delegação de gestão, por contrato, tipo cessão de exploração, a um operador privado*”⁴⁰. De facto, a *Política Nacional de Águas* estabelece a existência de vários intervenientes neste sector. O Governo em diversas disposições aparece como regulador (por exemplo, no âmbito das actividades dos fornecedores de serviços e da definição das estruturas tarifárias)⁴¹ mas também, a consagração do princípio de subsidiariedade implica, de facto, um outro regulador – “Conselhos Municipais” - capaz de intervir com “*racionalidade, eficácia e proximidade aos cidadãos*” tomando “decisões” e criando “serviços autónomos” para a gestão do abastecimento de água urbano (n.º 3).

Esses aspectos foram tomados em conta no próprio Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro, que, pelo menos, em duas disposições fez referência à *Política Nacional de*

³⁸ Resolução n.º 7/95: Aprova a Política Nacional de Águas, B.R., 23 de Agosto de 1995, I Série-N.º 34.

³⁹ Para parafrasear a definição estabelecida pelo n.º 2 do Artigo 2 do Decreto n.º 33/2006, de 30 de Agosto: “*A descentralização administrativa assegura a concretização do princípio da subsidiariedade, devendo as funções e competências serem exercidas pelo órgão da administração melhor colocado para as prosseguir com racionalidade, eficácia e proximidade aos cidadãos*”.

⁴⁰ O regime jurídico da criação dos “serviços autónomos e empresas públicas autárquicas” será consagrado no Artigo 35 da Lei n.º 11/97, de 31 de Maio.

⁴¹ Alínea e) do n.º 2 e n.º 3 ambos da *Política Nacional de Águas*.

Águas como fundamento material da criação da base legal de um Quadro de Gestão delegada do Abastecimento de Água, bem como da realização dos objectivos e parâmetros definidos na referida *Política*⁴².

C. As respectivas atribuições e competências do CRA e das autarquias locais no âmbito do Quadro de Gestão Delegada do Abastecimento de Água

O elemento “tempo” (b) é um factor essencial para perceber melhor a aplicação concreta das atribuições e competências formalmente conferidas ao CRA e, sobretudo, às autarquias locais (a).

a) As atribuições e competências legalmente estabelecidas pela regulamentação vigente

Sem formalmente utilizar o termo de “regulação”, os diplomas legislativos estabelecem atribuições e competências às autarquias locais que participam, sem sombra de dúvida, à função reguladora do abastecimento de água (1) enquanto que os regulamentos administrativos são mais explícitos no que concerne as atribuições e competências do CRA (2).

1. As atribuições e competências das autarquias locais no âmbito do abastecimento de água

Distinguir-se-á entre as fontes legislativas (1.1) e regulamentares (1.2).

1.1. As fontes legislativas

A Lei n.º 2/97, de 18 de Fevereiro estabelece claramente que as autarquias locais têm atribuições em matéria de “abastecimento público”⁴³ e “saneamento básico”⁴⁴. Qualquer que seja o fundamento escolhido – “abastecimento público”⁴⁵ ou “saneamento básico”⁴⁶ -, a conclusão é a mesma, o abastecimento de água é uma atribuição autárquica. Isto significa que, o abastecimento de água é uma finalidade que a lei incumbe às autarquias locais de prosseguir. Para prosseguir esta atribuição, a Lei atribui um conjunto de poderes funcionais (“competências”⁴⁷) a órgãos autárquicos. Assim, para além da cláusula geral de competências estabelecida pelo n.º 1 do Artigo 45 da Lei n.º 2/97, de 18 de Fevereiro que pode ser utilmente accionada e a alínea a) do n.º 3 do mesmo artigo (aprovação de regulamentos e posturas), a Assembleia Municipal pode, mais especificadamente, *“fixar tarifas pela prestação de serviços ao*

⁴² Vide, Preâmbulo e Artigo 3 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro.

⁴³ Alínea c) do n.º 1 do Artig 6 da Lei n.º 2/97, de 18 de Fevereiro.

⁴⁴ Alínea b) do n.º 1 do Artig 6 da Lei n.º 2/97, de 18 de Fevereiro.

⁴⁵ Interpretação exegética a partir das palavras “abastecer” e “público”.

⁴⁶ Sistemica com a alínea b) do n.º 1 do Artigo 25 da Lei n.º 11/97, de 31 de Maio que precisa que se integra no “Saneamento básico”: os sistemas autárquicos de abastecimento de água.

⁴⁷ FEIJÓ C. e PACA C., *Direito Administrativo*, Vol. I, Universidade Lusiana de Angola, 2005, p. 113.

público através de meios próprios, nomeadamente no âmbito (do) (...) fornecimento de água ...". Do mesmo modo, compete ao Conselho Municipal: "deliberar sobre a administração de águas públicas sob sua jurisdição"⁴⁸.

Para além das disposições contidas na Lei n.º 2/97, de 18 de Fevereiro, a Lei n.º 11/97, de 31 de Maio estabelece explicitamente competências próprias das autarquias locais em matéria de investimento público na área do "Saneamento básico", isto é, entre outros, os *"sistemas autárquicos de abastecimento de água"*⁴⁹.

Um debate poderia surgir do facto de as autarquias locais possuírem uma competência própria em matéria de investimento na área dos sistemas autárquicos de abastecimento de água e não existirem normas e regulamentos relativos à realização deste tipo de investimento⁵⁰. Será que as autarquias locais poderiam edificar sistemas autárquicos de abastecimento de água sem existir esta regulamentação geral? A questão é complexa. O facto de o Artigo 23 da Lei n.º 11/97, de 31 de Maio abrir uma "oportunidade normativa" a favor das autarquias locais no que concerne a regulamentação dos respectivos investimentos é assim, fazer não depender obrigatoriamente de uma regulamentação do Conselho de Ministros ("sem prejuízo"), a realização desses investimentos poderia deixar pensar que existe uma autonomia das autarquias locais nesta matéria. Contudo, esta autonomia é relativa na medida em que ou nos casos em que o investimento realizado tem uma incidência sobre a saúde pública. Com efeito, neste caso e de acordo com o n.º 2 do Artigo 13 do Decreto n.º 33/2006, de 30 de Agosto: *"Cabe ao Ministério da Saúde a responsabilidade de (...) exercer actividade regulamentar e normativa, supervisionar e fiscalizar a execução em matéria de controlo de qualidade da água potável e em outros aspectos que possam pôr em causa a Saúde Pública"*. O respectivo decreto precisa os efeitos do incumprimento por parte das autarquias locais das disposições da *Política Nacional de Saúde*, regulamentos, normas, especificações e manuais técnicos, regras profissionais e padrões de qualidade definidos pelo Ministério da Saúde do que resultem perigos para a Saúde Pública. Neste caso, *"... cabe ao Ministério da Saúde intervir em defesa da Saúde Pública e do interesse colectivo"*⁵¹.

1.2. As fontes regulamentares

O Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro consagra disposições específicas sobre às autarquias locais. Em primeiro lugar, o *Preâmbulo* do referido decreto (re)afirma o princípio da transferência gradual da responsabilidade para as autarquias locais dos sistemas de abastecimento de água. A opção política estabelecida na *Política Nacional*

⁴⁸ Alínea o) do n.º 1 do Artigo 56 da Lei n.º 2/97, de 18 de Fevereiro.

⁴⁹ N.º 1) da alínea b) do n.º 1 do Artigo 25 da Lei n.º 11/97, de 31 de Maio.

⁵⁰ O Artigo 23 da Lei n.º 23 da Lei n.º 11/97, de 31 de Maio estabelece: *"Compete ao Governo a aprovação de normas e regulamentos gerais à realização de investimentos públicos e respectiva fiscalização, sem prejuízo do exercício da competência regulamentar própria dos órgãos autárquicos"*.

⁵¹ N.º 3 do Artigo 13 do Decreto n.º 33/2006, de 30 de Agosto.

de Águas materializada concretamente no Artigo 6 da Lei n.º 2/97, de 18 de Fevereiro é assim, de novo, confirmada⁵². Em segundo lugar, as autarquias locais fazem parte integrante do "Sistema Institucional" do Quadro da Gestão Delegada (alínea h) do n.º 1 do Artigo 7 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro). Nesta perspectiva, "*As Autarquias são as entidades responsáveis pelo serviço público de abastecimento de água que receberão de forma gradual os recursos necessários à prossecução das suas atribuições no âmbito do abastecimento de água através da criação de serviços ou sectores funcionais autárquicos, empresas autárquicas ou inter-autárquicas*". Esta disposição legal é de uma extrema importância.

Primeiro, a referida norma traça a finalidade do processo: as autarquias locais são *as entidades responsáveis pelo serviço público de abastecimento de água*, isto significa que as autarquias locais intervirão na área funcional do Quadro de Gestão Delegada relativa à "Regulação", nomeadamente, na sua vertente "*regulação do serviço público quanto ao nível, qualidade e actualização do serviço prestado e quanto ao regime tarifário*" (alínea b) do Artigo 6 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro)⁵³.

Segundo, este processo de transferência ainda é para concretizar o que significa a transferência de competências e de património para as autarquias locais o que implica, de facto, distinguir entre novos investimentos a realizar ou realizados pelas autarquias locais e os realizados pelo FIPAG ou que lhe forem transferidos que deverão ser objecto de transferências para as autarquias locais⁵⁴.

Além deste leque de competências ainda virtuais, as autarquias locais intervêm desde já no Quadro da Gestão Delegada de várias formas. Em primeiro lugar, as autarquias locais são ouvidas sobre a nomeação dos membros dos órgãos do Quadro de Gestão Delegada. Em segundo lugar, a consulta das autarquias locais é também institucionalizada no que concerne "*as matérias referentes aos sistemas de abastecimento de áreas territoriais da sua responsabilidade*" (alínea c) do n.º 2 do Artigo 7 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro). É a exemplificação de um comando já existente na Lei n.º 2/97, de 18 de Fevereiro (alínea i) do n.º 2 do Artigo

⁵² O Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro teve sempre o cuidado de re-afirmar o respeito pelas competências próprias das autarquias locais neste sector (vide, por exemplo, o n.º 1 do Artigo 2 do referido Decreto: "*... sem prejuízo do disposto no artigo 6 da Lei n.º 2/97, de 18 de Fevereiro, e dos artigos 23 e 25 da Lei n.º 11/97, de 31 de Maio*").

⁵³ Já a *Política Nacional de Águas* prevê que: "*Ao Governo caberá desenvolver metodologias, regular e supervisionar o processo que permitirá a cada empresa definir a sua própria estrutura tarifária. As autoridades locais serão capacitadas para aprovar as tarifas*" (n.º 3).

⁵⁴ Esta situação pode levantar vários problemas dentro dos quais o de saber se durante o processo de reestruturação os investimentos realizados pelo FIPAG serão considerados como investimentos autárquicos ou investimentos do Estado. Será que no processo de transferência, a autarquia local terá a titularidade desses investimentos/património? No período subsequente, isto é, na gestão deste património pela autarquia local, este património integrará o património autárquico ou continuará de ser o património do Estado cuja a gestão será apenas concedida às autarquias locais sem desnaturar a titularidade estatal dos bens afectos?

45). Em terceiro lugar, as autarquias locais são representadas no *Fórum Coordenador da Gestão Delegada*⁵⁵.

2. As atribuições e competências reguladoras do CRA no âmbito do abastecimento de água

A palavra "Regulador" como entidade distinta do Governo exercendo competências no âmbito do abastecimento de água não estava contemplada na *Política Nacional de Águas* apesar do facto de que a função reguladora do Governo apareceu em várias disposições da referida *Política*⁵⁶. Será que, na ocasião da elaboração da *Política Nacional de Águas*, o Governo já tinha pensado em confiar uma parte da função regulatória a uma entidade distinta dele ou será que esta opção surgiu na fase da elaboração da regulamentação subsequente?⁵⁷

As fontes das competências regulatórias do CRA são exclusivamente regulamentárias e subsumem-se, principalmente, nos decretos n.ºs 72/98, de 23 de Dezembro (2.1.) e 74/98, de 23 de Dezembro (2.2.).

2.1. O Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro e as competências do CRA

De acordo com a alínea b) do n.º 2 do Artigo 7 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro: "*O Conselho de Regulação do Abastecimento de Água, também designado por CRA, é o órgão de salvaguarda dos interesses dos utentes dentro do equilíbrio com os interesses do Operador e a sustentabilidade económica do sistema e da conciliação dos interesses do operador privado com o cedente, nomeadamente na área das tarifas e do nível, qualidade e actualização do serviço, com competências vinculativas em matéria de tarifas do consumidor, tendo em conta igualmente os interesses de utentes futuros*". Essas tarefas e missões integram-se na "*área de regulação do Quadro de Gestão Delegada e garantia dos utentes do serviço público*" o que significa concretamente, que o CRA está encarregue da "*regulação do serviço público quanto ao nível, qualidade e actualização do serviço prestado e quando ao regime tarifário*", da "*avaliação e conciliação dos interesses dos utentes actuais e futuros dos sistemas de abastecimento de água, com os do operador*" e do "*equilíbrio de interesses das outras*

⁵⁵ Alínea f) do n.º 1 do Artigo 9 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro.

⁵⁶ Vide, por exemplo, n.º 3 da referida *Política*.

⁵⁷ Pode-se optar, razoavelmente, para a segunda hipótese. Com efeito, o Preâmbulo do Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro precisa: "*Da possibilidade de concessão ou cessão da exploração e gestão por um operador privado ou empresa pública resulta que este vai operar em regime de "monopólio natural" pelo que urge criar uma entidade que acompanha a sua actuação e regule a prestação de serviço. O decreto que institucionaliza o Quadro de Gestão Delegada do Abastecimento de Água prevê a criação de um órgão que, pela sua independência e competência técnica, garanta o equilíbrio dos interesses em presença na prestação do serviço público ...*". Assim, parece que o CRA tem a sua origem no Quadro da Gestão Delegada e não directamente na *Política Nacional de Águas*.

*instituições em presença*⁵⁸. É de realçar que o CRA exerce essas tarefas em regime de exclusividade na referida área funcional do Quadro da Gestão Delegada. Com efeito, contrariamente a outras áreas funcionais – por exemplo, área de direcção, planificação, promoção e regulamentação ou área de interligação com as Autarquias – que integram uma pluralidade de intervenientes, a *"área de regulação do Quadro de Gestão Delegada e garantia dos utentes do serviço público"* menciona apenas um interveniente, o CRA. Todavia, pode-se levantar a questão de saber se a *Regulamentação* que integra a área de actuação de "direcção, planificação, promoção e regulamentação", que não menciona o CRA nas suas componentes orgânicas, constitui um elemento essencial da *Regulação* ou não. No caso em que a resposta é positiva, a regulação operacionalizada pelo CRA seria imputada de um instrumento necessário a sua eficácia⁵⁹.

Além disso, se o CRA é o *"órgão de salvaguarda dos interesses dos utentes"* como pode beneficiar da neutralidade e imparcialidade necessária ao desempenho de tal missão se, ao mesmo tempo, ele terá que exercer esta tarefa respeitando o "equilíbrio" ou conciliando esses "interesses com os do operador"? O Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro que cria o Conselho de Regulação de Abastecimento de Água⁶⁰ parece, tendo em conta o equilíbrio e a ponderação da redacção utilizada, ter percebido esta dificuldade⁶¹.

2.2. O Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro e as competências do CRA

O estudo das normas estabelecidas no Decreto n.º 74/98, de Dezembro no que concerne as competências do CRA (2.2.1.), permite melhor identificar a opção do Governo em termos de natureza da actuação regulatória do CRA (2.2.2.).

2.2.1. O leque das competências regulatórias do CRA

É o Estatuto Orgânico do CRA (Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro) que determina com mais precisão o leque de competências constitutivas da sua função regulatória no âmbito dos sistemas de abastecimento de água. As competências do CRA são, principalmente, articuladas em torno do acompanhamento dos operadores

⁵⁸ Alínea b) do Artigo 6 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro.

⁵⁹ Sobre esta questão, vide, infra 2.2.

⁶⁰ Decreto n.º 74/98: Cria o Conselho de Regulação de Abastecimento de Água – CRA, B.R., de 28 de Dezembro de 1998, 2.º Suplemento, I Série – N.º 51.

⁶¹ *"O Conselho de Regulação do Abastecimento de Água é o órgão encarregado de conciliar os interesses dos utentes do serviço público de abastecimento de água e os do operador, assegurando o equilíbrio entre a qualidade do serviço prestado e a sua adequação aos interesses dos utentes e a sustentabilidade económica dos sistemas de abastecimento de água"* (Artigo 2). Vide, também os Artigos 4 e 5 do referido Decreto. O n.º 6 do Artigo 11 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro tinha já versado nesta via: *"Compete ao Conselho de Regulação do Abastecimento de água balancear os interesses dos utentes actuais e futuros com os do operador do serviço, nomeadamente através de mecanismos tarifários, nos termos a definir por decreto de constituição do mesmo"*.

privados ou empresas públicas encarregadas da gestão do serviço público de abastecimento de água e da regulação da prestação do serviço, mas a sua finalidade é uma única e consiste em *"assegurar o equilíbrio entre o serviço prestado, os interesses dos utentes e a sustentabilidade económica dos sistemas de abastecimento de água"* (n.º 1 do Artigo 4 do Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro). É nesta perspectiva, que cabe ao CRA identificar as necessidades de desenvolvimento e expansão do serviço de acordo com as necessidades dos utentes actuais e futuros, *"garantindo, em particular através do sistema tarifário, a sustentabilidade económica que sirva de suporte à extensão e melhoria da qualidade dos sistemas de abastecimento de água"*⁶².

Assim, cabe ao CRA a regulação económica do serviço público de abastecimento de água no que diz respeito não só ao regime tarifário como também relativamente ao nível, qualidade e actualização do serviço prestado⁶³. Todavia, um aspecto importante da regulação jurídico-económica que não aparece com clareza, nem no Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro, nem no Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro, é o do papel do CRA em matéria de enquadramento da concorrência no âmbito da gestão delegada do abastecimento de água. Com efeito, a concorrência deve desenvolver-se em condições optimais para ser benéfica aos utentes. Regra geral, a concorrência é o objectivo prioritário da regulação⁶⁴ mas este não aparece claramente na legislação vigente e os poderes do CRA são apenas parcialmente concebidos para efectivar este objectivo⁶⁵.

O CRA define e aprova as alterações à estrutura tarifária; faz sempre que se justifique recomendações resultantes das avaliações das tarifas e aprova as tarifas do consumidor e as propostas de alteração respectivas, que lhe sejam submetidas pelo cedente, tendo em conta os interesses dos utentes.

Além disso, o CRA acompanha e aconselha a concepção e a execução dos contratos de gestão delegada dos sistemas de abastecimento de água, bem como a actividade das entidades gestoras.

Outro aspecto importante está relacionado com articulação das atribuições do CRA com as do FIPAG, nomeadamente no que concerne ao acompanhamento da execução dos contratos de gestão delegadas dos sistemas de abastecimento de água que culmina com uma verdadeira "concorrência de acompanhamento". Por exemplo, a alínea b) do n.º 1 do Artigo 4 do Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro estabelece como atribuição do CRA: *"proceder (...) ao acompanhamento e aconselhamento da concepção e execução dos contratos de gestão delegada dos sistemas de abastecimento de água, bem como a actividade das entidades gestoras"* (o sublinhado é nosso), enquanto que o FIPAG outorga *"em contratos de cessão de exploração ou*

⁶² Alínea b) do n.º 1 do Artigo 4 do Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro.

⁶³ Alínea a) do n.º 1 do Artigo 4 do Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro.

⁶⁴ MARAIS B. (DU), *Droit public de la régulation économique*, op. cit., p. 141 e seguintes.

⁶⁵ Porque a situação de "monopólio natural" do operador limite o leque de intervenção do regulador.

contratos de gestão” e *acompanha “a sua execução corrente”* (alínea b) do n.º 3 do Artigo 4 do Decreto n.º 73/98, de 23 de Dezembro) (o sublinhado é nosso).

O CRA actua, também, como promotor da conciliação de interesses entre o cedente e o operador, *“servindo de fórum de concertação pré-arbitral”*⁶⁶.

2.2.2. A “Sunshine regulation” do CRA

Resulta das competências do CRA⁶⁷ - vistas como um todo - comparado com os modelos de Regulação existentes (*Sunshine regulation*, regulação por auto-disciplina, *light-handed regulation*, regulação sectorial independente, regulação quase jurisdicional⁶⁸) que o modelo regulatório desenvolvido pelo CRA aproxima-se do modelo *Sunshine regulation*⁶⁹. Com efeito, este modelo caracteriza-se por uma regulação “soft”, não constrangedora, de um determinado sector de actividade, mas particularmente, na evidenciação das condições de funcionamento de um determinado serviço público através da realização de relatórios, estudos, pareceres e análises. Neste modelo de regulação, a autoridade reguladora não tem nenhum poder sancionatório a sua *“Força reside na ameaça que se faz sentir sobre as empresas gestionárias de ver os seus defeitos ou carências “divulgadas” para a opinião pública pelo regulador”*⁷⁰. Essas características aparecem com clareza nas respectivas competências do CRA. Por exemplo, no âmbito do acompanhamento do processo de concessão e a sua execução, cabe ao CRA, *“Analisar e dar parecer sobre os relatórios de execução do operador”, “Analisar e apresentar parecer ao Governo, sobre o Relatório anual do operador relativo às reclamações dos utentes”, “Apresentar periodicamente informação geral ao público sobre o funcionamento do sistema”*⁷¹ ou no âmbito do funcionamento e melhoria do Quadro de Gestão Delegada, *“Propor normas regulamentares, a aprovar pelo Governo, sobre a qualidade do serviço prestado na âmbito do Quadro de Gestão Delegada, vinculativas para as entidades gestoras”* ou *“Emitir recomendações genéricas sobre os processos de concurso de adjudicação de concessões e demais formas de gestão delegada, bem como sobre as minutas dos respectivos contratos”*⁷².

Porquê este modelo de regulação?

⁶⁶ Alínea a) do n.º 2 do Artigo 4 do Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro.

⁶⁷ Artigo 7 do Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro.

⁶⁸ Vide, sobre esses modelos, BRACONNIER S., “La régulation des services publics”, op. cit., p. 46 e seguintes.

⁶⁹ BRACONNIER S., “La régulation des services publics”, op. cit., p. 46; RIBEIRO DA CUNHA MARQUES R.D., *Regulação de Serviços Públicos*, Ed. Sílabo, Lisboa, 2005, p. 132 e seguintes.

⁷⁰ BRACONNIER S., *Ibidem*

⁷¹ Alíneas a), b) e d) do n.º 1 do Artigo 7 do Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro.

⁷² Alíneas a), b) do n.º 6 do Artigo 7 do Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro.

Se olhar-se para os países europeus⁷³ que concretizaram este modelo (França⁷⁴ mais a experiência alemã é interessante para melhor perceber a ausência de regulador⁷⁵), a regulação do abastecimento de água e saneamento é extremamente descentralizada (é também o caso da maior parte dos países de América do Sul⁷⁶). São as autarquias locais que são responsáveis do serviço de abastecimento de água. Isto significa que a regulação é igualmente descentralizada. Cada autarquia local regula o seu próprio sistema. Nessas circunstâncias, ou não existe um verdadeiro regulador nacional do sector porque não se justifique (caso da Alemanha), ou se este existe, seus poderes são extremamente reduzidos (França) porque a função reguladora é repartida entre as diferentes autarquias locais as quais foram devolvidas todas as atribuições no que concerne o sistema de abastecimento de água e saneamento. As autarquias locais fixam as tarifas, elaboram os cadernos de encargos e controlam o concessionário. Nesta perspectiva, pode-se observar semelhanças objectivas, em termos estruturais, entre os exemplos alemão e francês⁷⁷ de regulação e a situação existente em Moçambique – a autarcização da gestão dos sistemas de abastecimento de água - o que implicou, de facto, os mesmos efeitos em termos de organização dos mecanismos reguladores.

b) O factor “tempo” no exercício efectivo das competências regulatórias do CRA e das autarquias locais

As competências regulatórias do CRA e das autarquias locais acima expostas foram apresentadas numa perspectiva estático-formal e não constituem o reflexo da situação real no país por não integrar o factor tempo. A tomada em conta deste factor permite ter uma visão dinâmica da regulação dos sistemas de abastecimento de água. Contudo, o factor “tempo” não é uniforme e depende dos diplomas que organizam, principalmente, a transferência de competências, património e recursos para as autarquias locais, principalmente, o Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro (1) e o Decreto n.º 33/2006, de 30 de Agosto (2).

1. O “tempo” do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro: O gradualismo sem limites temporais e sem “iniciativa” autárquica

⁷³ Sobre os países europeus, em geral, vide, GUÉRIN-SCHNEIDER L., NAKHLA A. GRAND D'ESNON A., *Gestion et organisation des services publics d'eau en Europe*, École des Mines de Paris, Centre de Gestion Scientifique, Cahier n.º19, juin 2002; sobre a regulação do sector das águas no mundo, vide, RIBEIRO DA CUNHA MARQUES R.D., *Regulação de Serviços Públicos*, op. cit., p. 299 e seguintes.

⁷⁴ GUÉRIN-SCHNEIDER L., *Introduire la mesure de performance dans la régulation des services d'eau et d'assainissement en France. Instrumentation et organisation*, op. cit., p. 30.

⁷⁵ GUÉRIN-SCHNEIDER L., op. cit., p. 98 e seguintes.

⁷⁶ IDELOVITCH E., RINGSKOG K., *Wastewater treatment in Latin America*, Acts of 1999 Water Supply & Sanitation Forum, The World Bank, Washington, D.C., 1999, pp. 1-58.

⁷⁷ Sobre a análise do modelo francês de gestão dos serviços públicos de abastecimento de água e saneamento, vide, GUÉRIN-SCHNEIDER L., op. cit., p. 27 e seguintes e p. 41 e seguintes.

O Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro estabelece um período transitório (1.1.), sem fixar uma data precisa do termo deste processo gradual (1.2.).

1.1. A afirmação de um período transitório ...

Na optica do Governo, a reestruturação e desenvolvimento dos sistemas de abastecimento público de água, com vista à melhoria do serviço público e aumento da cobertura da população, deve constituir a condição prévia a qualquer transferência da responsabilidade para as autarquias locais desses sistemas porque os actuais sistemas de abastecimento de água funcionam de forma deficiente e deficitária. Assim, o Governo optou para uma "transferência gradual" da referida responsabilidade⁷⁸.

A "transitoriedade" deste processo é ainda afirmada em várias disposições do referido decreto⁷⁹; por exemplo, a alínea c) do n.º 2 do Artigo 7 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro precisa que: *"As Autarquias são as entidades responsáveis pelo serviço público de abastecimento de água que receberão de forma gradual os recursos necessários à prossecução das suas atribuições no âmbito do abastecimento de água através da criação de serviços ou sectores funcionais autárquicos, empresas autárquicas ou inter-autárquicas"* (o sublinhado é nosso).

Assim, a transferência das competências para as autarquias locais passa, primeiro, por um período de "centralização" da gestão dos sistemas de abastecimento de água e da sua regulação; segundo, para a sua reestruturação; terceiro, pela capacitação dos órgãos autárquicos, envolvendo-se para esse efeito o sector privado *"a fim de se beneficiar do dinamismo, experiência e conhecimentos tecnológicos que lhe são reconhecidos"*⁸⁰.

O processo gradual de transferência implica várias consequências. A primeira é a da "centralização" prévia das competências, dos meios de gestão e dos instrumentos regulatórios. Nesta perspectiva, o Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro estabelece os mecanismos deste "centralização". Em termos patrimoniais, cabe ao FIPAG *"garantir transitoriamente a gestão dos sistemas de abastecimento de água cujo património lhe seja afecta nos termos do número anterior, que efectuará pelo período que para o efeito for estipulado e desde o momento da efectivação da referida transferência de património, dentro dos limites estabelecidas pelo decreto da sua criação e do diploma referido no número anterior"*⁸¹. Em termos regulatórios, cabe ao CRA exercer durante

⁷⁸ Preâmbulo do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro.

⁷⁹ N.º 1 do Artigo 2, alínea c) do Artigo 6, alínea a) do n.º 2 do Artigo 7, alínea c) do n.º 2 do Artigo 7, n.º 4 do Artigo 10 n.ºs 1 e 3 do Artigo 11 todos do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro.

⁸⁰ Preâmbulo do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro.

⁸¹ N.º 4 do Artigo 10 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro. Trata-se, mais particularmente, do património, direitos e obrigações, passivo e activo das empresas e unidades de abastecimento de água que prestam o serviço público nas cidades de Maputo, Beira, Nampula, Quelimane e Pemba. Legítimas interrogações podem se levantar sobre a legalidade deste processo de transferência bem como da legalidade dos eventuais processos de liquidação movidos pelas autoridades administrativas competentes.

este período transitório a regulação e garantia dos interesses dos utentes do serviço público virtualmente autárquicos. Em segundo lugar, o referido processo de transferências de competências não é linear. Na realidade, este depende da conjugação de vários parâmetros (económicos, financeiros, políticos) para ser movido o que implica um estudo próprio a cada caso: o Município de Nampula pode ser mais avançado neste processo do que o Município de Quelimane e poderia beneficiar mais cedo da transferência de responsabilidade. Em terceiro lugar, o Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro prevê medidas de acompanhamento a serem promovidas pelo Ministro da Administração Estatal; como estabelece o referido decreto: "*O Ministro da Administração Estatal é a entidade responsável pelo estabelecimento de uma colaboração estreita com as Autarquias na implementação do Quadro de Gestão Delegada e pela criação das condições e acompanhamento do processo gradual de transferência para estas da gestão dos sistemas de abastecimento de água da sua alçada*"^{82 83}.

1.2. ... sem fixar uma data precisa

Sem sombra de dúvida, a fixação de uma data ou de um prazo preciso é de uma extrema dificuldade neste tipo de processo. O Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro determina um mecanismo original de fixação de data sem portanto precisar, ele próprio, o termo deste processo. Neste sentido, o Preâmbulo do referido decreto precisa: "*O processo inicia-se nas cidades de Maputo, Beira, Quelimane, Nampula e Pemba e ao fim de três anos deverá ser tomada decisão quanto ao momento de transferência dos sistemas para as respectivas autarquias*" (o sublinhado é nosso).

2. O "tempo" do Decreto n.º 33/2006, de 30 de Agosto: iniciativa das autarquias locais sem competências dos órgãos autárquicos em matéria de sistema de abastecimento de água

O Decreto n.º 33/2006, de 30 de Agosto estabelece o "*quadro de transferência de funções e competências dos órgãos do Estado para as autarquias locais no âmbito das atribuições enumeradas no artigo 6 da Lei n.º 2/97, de 18 de Fevereiro, concretizando os princípios da descentralização administrativa e da autonomia do poder local*" (Artigo 1). No que concerne a transferência de competências em matéria de gestão dos sistemas de abastecimento de água, o referido diploma enferma várias ambiguidades. A primeira, e talvez a mais importante, é que apesar, do seu Artigo 1 precisar que o objecto do decreto abrange a transferência de funções e competências "*no o âmbito das atribuições enumeradas no artigo 6 da Lei n.º 2/97, de 18 de Fevereiro*" (o sublinhado é nosso), nenhuma das suas disposições faz referência ao

⁸² Alínea c) do n.º 2 do Artigo 7 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro.

⁸³ O Ministro das Obras Públicas e Habitação tem, também, tarefas específicas a desempenhar neste processo, vide, em particular, alínea a) do n.º 2 do Artigo 7 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro ("*promoção do processo de transferência para as Autarquias da gestão dos sistemas de abastecimento correspondentes ...*").

abastecimento de água. Apenas, o Artigo 13 do referido decreto estabelece que "*1. É da competência dos órgãos autárquicos, o planeamento, a gestão de equipamentos e a realização de investimentos nos seguintes domínios:*

a) Sistemas autárquicos de drenagem e tratamento de águas residuais urbanas ...".

Assim, ou o objecto do referido decreto é válido e houve "esquecimento" da transferência de competências relativas à gestão dos sistemas de abastecimento de água e, conseqüentemente, é preciso corrigir o decreto e incluir esta competência no Artigo 1 ou houve uma restrição voluntária do Conselho de Ministros e, isto implica duas conseqüências: primeiro é preciso alterar o objecto para conformá-lo com o CAPÍTULO II do mesmo; segundo, levanta-se a questão da legalidade deste esquecimento.

Em todos os casos, apesar do "esquecimento", a tramitação processual relativa à transferência de competências estabelecida pelo Decreto n.º 33/2006, de 30 de Agosto era positiva pela autarquia local porque institucionaliza uma iniciativa de transferência de funções partilhada entre os órgãos locais do Estado e a autarquia local bastante realista (Artigo 3) o que permite às autarquias locais interessadas terem um papel activo no processo de transferência de funções e competências até para combater a inércia do Governo neste processo de transferência.

3. Os "tempos" vs exercício efectivo das atribuições e competência

Qualquer que seja o fundamento legal da competência a transferir, é uma obrigação legal pelo Estado de transferir "*para as autarquias locais os recursos materiais disponíveis que se mostrarem necessários para a prossecução das atribuições cometidas às mesmas*" (n.º 4 do Artigo 19 da Lei n.º 2/97, de 18 de Fevereiro). Assim, o nexu da transferência de funções e competências articula-se em torno da palavra "gradual"⁸⁴. Por outras palavras, mesmo se a questão financeira pode constituir uma limitação à implementação de algumas atribuições, isto não tem por efeito retirar esta atribuição às autarquias locais e desde o momento em que as condições financeiras estejam reunidas as autarquias locais devem passar a exercer plenamente as actividades decorrentes das atribuições estabelecidas tendo o Estado a obrigação de transferir os recursos financeiros, patrimoniais e humanos necessários ao exercício das atribuições legalmente estabelecidas.

II – CONCORRÊNCIA REGULATÓRIA E NÍVEL OPTIMAL DE REGULAÇÃO ENTRE O CRA E AS AUTARQUIAS LOCAIS

⁸⁴ N.º 4 do Artigo 19 da Lei n.º 2/97, de 18 de Fevereiro; n.º 1 do Artigo 12 da Lei n.º 11/97, de 31 de Maio; n.º 2 do Artigo 5 do Decreto n.º 33/2006, de 30 de Agosto.

A identificação de diferentes reguladores no Quadro da Gestão Delegada do Abastecimento de Água, em geral, e do CRA e das autarquias locais, em particular, levanta um problema teórico/prático extremamente complexo, o da sua articulação e da potencial concorrência reguladora⁸⁵ entre esses intervenientes.

Hoje não é verdadeiramente o caso, por causa do fenómeno da relativa “centralização” da função reguladora, mas amanhã com o termo do processo de transferência da responsabilidade da gestão dos sistemas de abastecimento de água para as autarquias locais qual será a nova estrutura desta função reguladora?

Para melhor equacionar esta questão, vários elementos objectivos devem ser tomados em conta. Em primeiro lugar, os operadores estão em situação de “monopólio natural”. Em segundo lugar, os clientes/utentes são captivos. Em terceiro lugar, as autarquias locais podem apenas organizar uma “concorrência inicial” onde os operadores potenciais poderão concorrer para obter a concessão da gestão do serviço. Além disso, em situação oligopolística (na perspectiva da integração regional), os efeitos do concurso para regular a concorrência podem ser muito reduzidos.

Assim, frente às deficiências do “Mercado da Água”, o recurso à regulação torna-se necessária. Nessas condições, a questão é: qual é o modelo de regulação, ao mesmo tempo, desejável e possível tomando em conta as mudanças estruturais e funcionais previsíveis a meio prazo, isto é, a transferência da responsabilidade da gestão dos sistemas de abastecimento de água às autarquias locais? Nesta perspectiva qual será o papel regulador do CRA e das autarquias locais respectivamente?

Por outras palavras, qual é o nível optimal de regulação?

Racionalmente, as atribuições e competências do CRA e das autarquias locais devem ser desenvolvidas nas áreas onde a intervenção do CRA e das autarquias locais é mais eficaz do que das dos outros intervenientes. Em todos os casos, face as deficiências do mercado que gera uma concorrência ineficaz, a cooperação entre os reguladores é desejável senão a única possível⁸⁶.

Além disso, o facto de o processo de transferência ser gradual e não homogéneo no sentido de que é em função de situações concretas – diversas segundo os municípios - que as competências serão transferidas, implica que o CRA deverá ter a capacidade de responder a situações extremamente diferentes.

⁸⁵ Entende-se o termo “concorrência” no seu sentido geral (“afluência simultânea”) e não no seu sentido técnico no qual ele é utilizado, por exemplo, na figura da *Regulatory Competition* (vide, BARBOU DES PLACES S., “Contribution(s) du modèle de concurrence régulatrice à l’analyse des modes et niveaux de régulation”, *Revue française d’administration publique* n.º 109, 2004, pp. 37-48).

⁸⁶ A problemática é também válida em relação aos outros reguladores do sector.

Todas essas características devem ser entendidas para melhor perceber qual será o papel do CRA no futuro (A) e quais será a sua organização e o seu relacionamento com as autarquias locais (B).

A. Da necessária existência do CRA como regulador nacional

Será que a transferência de responsabilidade da gestão dos sistemas de abastecimento de água às autarquias locais fará desaparecer o CRA? Com efeito, será que a transferência de responsabilidade que implica uma transferência da regulação do serviço público torna-se o CRA inútil⁸⁷?

Frente a vários riscos de diferente natureza, limitação do acesso à informação (a), imperfeição da concorrência (b), captura do regulador autárquico (c) e "oportunistas" (d), o CRA pode, ainda, desempenhar um papel essencial como regulador dos sistemas de abastecimento de água.

a) O CRA como instrumento de regulação da informação

A função regulatória da informação do CRA pode ser exercida a dois níveis: o CRA pode facilitar o acesso à informação (1) e o CRA pode assessorar as autarquias locais na fase de elaboração dos contratos de delegação (2).

1. O CRA facilitador do acesso à informação

A posição que ocupa o CRA no *Sistema Institucional* e as competências que lhe foram atribuídas, nomeadamente, aquelas que lhe permitem ter acesso e produzir informações (realização de relatórios, realização de auditorias), lhe permite constituir um verdadeiro banco de dados sobre a gestão dos sistemas de abastecimento de água no país. Esta centralização da informação lhe permite ainda fazer comparações sobre a gestão dos sistemas de abastecimentos de água o que lhe dá uma visão global do estado da gestão dos sistemas de abastecimento de água autárquicos ao nível nacional. É esta informação que deve ser compartilhado com as autarquias locais. A CRA centraliza a informação, torna-se utilizável e facilita o seu acesso para as autarquias locais; como escreve LÆTITIA GUÉRIN-SCHNEIDER: " ... a transmissão da informação (dados e competências) é necessária para o exercício do poder de decisão, alocação de recursos e controlo"⁸⁸. Além disso, a sua experiência em matéria de contratos de delegação⁸⁹ contribui para reforçar sua capacidade de assessoria técnica.

⁸⁷ Em Alemanha a força do princípio de subsidiariedade e a autarcização dos sistemas de abastecimento de água impediu, até hoje, o desenvolvimento de uma regulação formal, vide, GUÉRIN-SCHNEIDER L., op. cit., p. 109.

⁸⁸ GUÉRIN-SCHNEIDER L., op. cit., p. 353.

⁸⁹ Vide, por exemplo, alínea e) do n.º 1 e alínea a) do n.º 3 do Artigo 7 do Decreto n.º 74/98, de 23 de Dezembro.

Nesta perspectiva, o CRA pode desenvolver novas competências e contribuir para a estruturação de um novo modelo de organização da regulação, nomeadamente, garantindo um melhor acesso à informação das autarquias locais e lutando, assim, contra as assimetrias da informação entre o operador e a autarquia local cedente⁹⁰. A divulgação de algumas informações, como por exemplo, os resultados das auditorias pode ser um meio de pressão para incentivar o comportamento do operador num determinado sentido.

2. O CRA e a elaboração dos contratos de gestão delegada

A luta contra o deficit de informação passa, também, por uma assessoria técnica do CRA às autarquias locais que permite ajudar aquelas que não dispõem nem das competências, nem dos instrumentos para determinar os seus objectivos em termos de gestão do serviço de abastecimento de água (clarificação dos objectivos próprios a uma autarquia local sobre o meio ou longo prazo). Isto passa, também, por uma assessoria em termos de elaboração dos contratos de delegação do serviço público (por exemplo, em caso de mudança do contexto inicial como dominar as evoluções contratuais e realizar as suas adaptações ou a redacção de cláusulas "ameaçadoras" credíveis (modificação unilateral do contrato, sanções, sequestro e rescisão)).

b) O CRA como regulador do "Mercado da água" com utentes captivos

A especificidade dos investimentos no sector do abastecimento de água⁹¹ faz com que exista uma verdadeira situação de "monopólio natural" com os inconvenientes bem conhecidos que esta situação implica: o preço da água pode ser determinado pelo "monopolista" e não está verdadeiramente sujeito às condições do mercado e a lógica da maximização do lucro o conduz a escolher um nível de preço superior ao custo marginal; como escreve LÆTITIA GUÉRIN-SCHNEIDER: "*o monopolista tem uma renda ao detrimento do consumidor*"⁹². Além disso, o consumidor não tem a escolha do operador e ele é obrigado a comprar água. Com efeito, não existe produto de substituição.

Frente a um "monopólio natural", o CRA pode desenvolver modalidades alternativas de concorrência mais adaptadas a este tipo de mercado (por exemplo, a "*Yardstick competition*"⁹³).

⁹⁰ A assessoria pode ir até a própria compreensão da informação fornecida pelo operador. Os relatórios do operador podem ser muito confusos: a "boa" informação pode ser verdadeiramente afogada num conjunto de dados brutos de pouco interesse. Nessas condições, como uma autarquia local pouca preparada poderá identificar as informações importantes para o acompanhamento do processo de gestão?

⁹¹ GUÉRIN-SCHNEIDER L., *Introduire la mesure de performance dans la régulation des services d'eau et d'assainissement en France. Instrumentation et organisation*, op. cit., p. 45.

⁹² GUÉRIN-SCHNEIDER L., op. cit., p. 46.

⁹³ RIBEIRO DA CUNHA MARQUES R.D., *Regulação de Serviços Públicos*, op. cit., p. 192 e seguintes.

c) O CRA como instrumento de luta contra a captura do regulador autárquico

O risco da captura do regulador local pelo operador é real⁹⁴. A regulação autárquica deve, em princípio defender o interesse colectivo próprio à respectiva autarquia local contudo a influência do operador é, em alguns casos, tal que este pode inflectir o quadro da regulação que lhe é imposta.

Neste caso, a autarquia local poderia recorrer ao CRA como assessor técnico independente para ajudá-la a controlar o operador e servir de árbitro imparcial na tomada de decisões de carácter técnico ou económico. Este papel do CRA pode ser extremamente útil porque permite, ao mesmo tempo, reduzir a assimetria da informação, resolver conflitos eventuais antes de chegar a uma situação de ruptura e servir de mediador facilitando as adaptações entre os parceiros.

d) O CRA como instrumento de luta contra os "oportunistas"

Os "oportunistas" foram identificados e bem estudados pela doutrina norte americana⁹⁵. A referida doutrina distingue entre o "oportunistismo *ex ante*" (1) e o "oportunistismo *ex post*" (2).

1. O oportunismo *ex ante*

No âmbito do abastecimento de água, o "oportunistismo *ex ante*" para parafrasear WILLIAMSON, isto é, antes da fase de execução do contrato, manifesta-se de duas formas: a negociação inicial do preço e a redacção das cláusulas contratuais que poderiam prejudicar a autarquia local ou o utente.

Durante a fase da negociação do preço do contrato, o operador dispõe de um *saber-fazer* para avaliar o custo do serviço prestado, em princípio, superior a da autarquia local cedente o que lhe permite, num contexto favorável, propôr tarifas que aumentam o seu lucro⁹⁶. Além disso, na maior parte dos casos os operadores dispõem de modelos de contratos que constituem, de facto, um quadro de negociação imposto pelo operador. Uma outra forma de oportunismo *ex ante* é o conluio entre os potenciais operadores.

2. O oportunismo *ex post*

⁹⁴ Vide, em direito comparado, GUÉRIN-SCHNEIDER L., op. cit., p. 53.

⁹⁵ Vide, em particular, WILLIAMSON O.E., "Franchise bidding for natural monopolies-in general and with respect to CATV", *Bell Journal of Economics* 7 (Spring), 1976, pp. 73-104.

⁹⁶ GUÉRIN-SCHNEIDER L., op. cit., p. 54.

A fase de execução do contrato revela, também, “práticas oportunistas”⁹⁷. A primeira prática pode consistir a desnaturar a informação para impedir de conhecer os resultados reais do operador. Por exemplo, se o operador apresenta um resultado deficitário está em melhor posição para renegociar as tarifas. Outra forma de oportunismo é aquela que consiste em utilizar as deficiências redaccionais do contrato para obter vantagens suplementares em relação às condições inicialmente negociadas (por exemplo, nos casos em que as palavras “manutenção” ou “construção” da rede ou de equipamentos não é definido com precisão). Além disso, o cessionário pode apresentar uma oferta artificialmente baixa sabendo que, uma vez os outros concorrentes afastados, ele poderá renegociar as cláusulas mais vantajosas.

Na fase de execução do contrato, a monitorização e a avaliação do desempenho do operador é determinante para garantir o cumprimento do contrato o que justifica uma regulação permanente. É nesta operação que o CRA poderia propôr às autarquias locais o uso de indicadores de desempenho como vector do melhoramento da regulação autárquica dos sistemas de abastecimento de água⁹⁸. Neste perspectiva, o CRA poderia reflectir sobre a concepção de software de assistência à gestão do sector municipal do abastecimento da água capaz de constituir um instrumento de avaliação deste desempenho num objectivo de eficácia do serviço público⁹⁹.

Assim, o CRA pode concorrer eficazmente para uma melhor gestão do serviço público do abastecimento da água autárquico.

B. A caminho de uma nova regulação dos sistemas de abastecimento de água e as modalidades de intervenção do CRA

⁹⁷ GUÉRIN-SCHNEIDER L., op. cit., p. 56.

⁹⁸ Os indicadores de desempenho no sector da água foram muito bem estudados por LÆTITIA GUÉRIN-SCHNEIDER no seu estudo, *Introduire la mesure de performance dans la régulation des services d'eau et d'assainissement en France. Instrumentation et organisation*, op. cit., vide, em particular, p. 193 e seguintes. O autor defende que a partir do momento em que os indicadores são correctamente escolhidos e incidem sobre o conjunto dos componentes fundamentais do serviço, eles permitem fiscalizar os diferentes objectivos do serviço. Cada indicador pode ser o vector de um possível ajustamento. Ele permite detectar as diferenças entre o que está a ser realizado e o que devia ser realizado e assim iniciar um debate para identificar as causas e adoptar medidas correctivas. Além disso, o facto de introduzir, no contrato inicial, o princípio de uma evolução dos indicadores em função das necessidades e dos objectivos do serviço público permite a adaptação do contrato sem recorrer a qualquer adendum. Os indicadores contruibuem, também, a reduzir a assimetria da informação. Como assevera LÆTITIA GUÉRIN-SCHNEIDER: "*Fornecendo elementos objectivos para apreender os resultados quantitativos do serviço, eles oferecem depois a possibilidade de troca de informação entre os eleitos e o seu operador durante a fase de execução. De mais, a medida de performance insere-se numa lógica de auto-iniciativa, através do monitoramento das evoluções internas do serviço e sobretudo graça à possibilidade de comparações entre serviços suficientemente próximos*", op. cit., p. 191. Vide, também, RIBEIRO DA CUNHA MARQUES R.D., *Regulação de Serviços Públicos*, op. cit., p. 134 e seguintes.

⁹⁹ Vide, em direito comparado, GUÉRIN-SCHNEIDER L., *Introduire la mesure de performance dans la régulation des services d'eau et d'assainissement en France. Instrumentation et organisation*, op. cit., p. 9.

Pela sua actuação sobre o Quadro da Gestão Delegada bem como sobre os sistemas de abastecimento de água para coordenar as suas acções com a finalidade de obter um funcionamento correcto deste quadro, o CRA poderia concretizar, assim, o que deveria ser a função de um verdadeiro regulador nacional eficiente no sector do abastecimento de água.

Se a *Regulação* consiste em definir as normas de enquadramento de uma determinada actividade *lato sensu* e os seus objectivos, controlar o respeito pelo cumprimento desses e implementar acções corretivas se fôr necessária¹⁰⁰, pode-se perceber que a intervenção do CRA é necessária sem prejudicar, contudo, as competências próprias das autarquias locais nesta matéria.

As modalidades de intervenção do CRA dependem das situações nas quais ele deverá intervir. Com efeito, o sucesso da regulação autárquica depende da existência de um conjunto de condições como a da existência de autarquias locais suficientemente estruturadas e capacitadas para exercer a função regulatória, a de contratos fixando objectivos precisos em termos de desempenho e meios de controlos técnicos e financeiros e a da transparência da informação sobre os resultados atingidos e os investimentos realizados.

Assim, se o pressuposto é de que a existência de um novo CRA é real e necessária, isto implica situar a reflexão no plano organizacional: qual será o novo modelo regulatório (a), qual será o seu relacionamento com as autarquias locais (b) e quais serão as novas missões e tarefas do CRA (c)?

a) A busca de um modelo regulatório optimal

A apresentação sumária dos modelos regulatórios existentes (1), permitirá optar para um modelo de regulação doméstico que se aproxima mais do modelo *Sunshine regulation* "reforçado" (2).

1. Os modelos regulatório existentes

O estudo da experiência internacional em termos de modelos regulatórios¹⁰¹ demonstra uma grande variedade e diversidade de situações que faz com que se pode encontrar modelos de regulação extremamente diferentes. Por exemplo, a experiência da Grã-Bretanha (privatização dos meios de abastecimento de água e da sua gestão com a existência de um regulador com poderes significativos¹⁰²) é completamente diferente da experiência alemã (autarcização da gestão dos sistemas de abastecimento

¹⁰⁰ GUÉRIN-SCHNEIDER L., op. cit., p. 72.

¹⁰¹ RIBEIRO DA CUNHA MARQUES R.D., *Regulação de Serviços Públicos*, op. cit., p. 299 e seguintes.

¹⁰² GUÉRIN-SCHNEIDER L., NAKHLA A. GRAND D'ESNON A., *Gestion et organisation des services publics d'eau en Europe*, op. cit., p. 20 e seguintes.

de água e saneamento com a ausência de um regulador do sector¹⁰³) e entre esses modelos "opostos" co-existem outros modelos "mistos" tipos francês¹⁰⁴, português¹⁰⁵ e italiano¹⁰⁶.

Os modelos regulatórios no sector da água estão estreitamente relacionados com o reforço das condições de implementação de um ambiente concorrencial, mas não é só isso. Se olhar-se o caso da Grã-Bretanha, o princípio é a privatização integral do sistema de abastecimento de água e saneamento. A propriedade das instalações e a totalidade da gestão são confiados a operadores privados. A privatização implicou que as sociedades, proprietárias das instalações, assumam, ao mesmo tempo, a gestão e o financiamento da exploração, a manutenção, a reabilitação e os investimentos. O preço é fixado pelo regulador económico: o *Office of Water Service* (Ofwat). Neste modelo, as autarquias locais estão completamente ausente da gestão. Assim, o modelo escolhido pela Grã-Bretanha pelas suas características estruturais, implica um regulador poderoso.

A realidade moçambicana é completamente diferente. Não há privatização do sistema de abastecimento de água e saneamento e a vontade política hoje dominante não parece ir para esta opção. Pelo contrário, os diversos textos e diplomas vigentes (Políticas, Programas e Regulamentações) confirmam a vontade do Poder Legislativo e do Poder Executivo de devolver a gestão as autarquias locais e não de proceder a uma privatização generalizada do sistema como na Grã- Bretanha.

Os modelos de regulação revelam fundamentalmente que o contexto concorrencial condiciona o modo de regulação adoptado por um país e que, consequentemente, os poderes do regulador está relacionado com a finalidade deste modelo. Se se aproximam essas experiências internacionais da situação concreta moçambicana pode-se constatar que, estruturalmente, o modelo moçambicano de regulação subsume-se no modelo *Sunshine regulation*. São as autarquias locais que, nos termos da Lei n.º 2/97, de 18 de Fevereiro, têm atribuições em matéria de saneamento básico e abastecimento público (alíneas c) e d) do n.º 1 do Artigo 6) o que aproxima o modelo moçambicano dos modelos francês, alemão ou português. Por outras palavras, "*As autarquias são as entidades responsáveis pelo serviço público de abastecimento de água ...*" (alínea c) do Artigo 6 do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro) com todas as consequência que decorrem desta estatuição legal.

2. A *Sunshine regulation* "reforçada"

¹⁰³ RIBEIRO DA CUNHA MARQUES R.D., *Regulação de Serviços Públicos*, op. cit., p. 267 e seguintes.

¹⁰⁴ GUÉRIN-SCHNEIDER L., NAKHLA A. GRAND D'ESNON A., *Gestion et organisation des services publics d'eau en Europe*, op. cit., p. 8 e seguintes.

¹⁰⁵ GUÉRIN-SCHNEIDER L., NAKHLA A. GRAND D'ESNON A., op. cit., p. 15 e seguintes.

¹⁰⁶ GUÉRIN-SCHNEIDER L., NAKHLA A. GRAND D'ESNON A., op. cit., p. 26 e seguintes.

A compartilha da função regulatória imposta pela regulamentação vigente, e mais particularmente, a existência no “Sistema institucional” do Quadro da Gestão Delegada de autarquias locais com poderes regulatórios do serviço público de abastecimento de água implica que qualquer nova forma de regulação deverá respeitar as competências próprias das autarquias locais nesta matéria. O Poder Regulamentar, em várias disposições, formalizou este comando¹⁰⁷. Isto impede logicamente, *a contrario*, uma regulação administrativa centralizada constrangedora – tipo inglês¹⁰⁸ - sobre as autarquias locais. Por outras palavras, o novo CRA deverá estar ao serviço das autarquias locais e não o contrário. Nesta perspectiva, o objectivo da regulação é de que as autarquias locais consigam dominar o serviço público de abastecimento de água com a assistência do CRA no âmbito de vários sectores: elaboração dos instrumentos contratuais, elaboração de indicadores de desempenho, apoio técnico e divulgação/publicitação de pareceres realizados sobre a gestão dos serviços de abastecimento de água pelos operadores que permitem a comparação (incluindo o “benchmarking”¹⁰⁹) e acesso à informação e referências. Assim, a divulgação da informação fundamentada num poder de investigação eficiente com publicitação de pareceres pode ser um meio de pressão (eficaz) do CRA.

Mas será que a *Sunshine regulation* é suficiente? As fraquezas ainda persistentes das autarquias locais (recursos financeiros e humanos ainda fracos) e um processo de regulação dos sistemas de abastecimento de água historicamente novo e em período de mudanças implicam uma *Sunshine Regulation* “reforçada” em alguns sectores como: o da definição das normas de qualidade, o do controlo dos resultados do operador e o da elaboração dos contratos. Por outras palavras, aos clássicos meios de actuação integrando a *sunshine regulation* deverão acrescentar-se meios permitindo a repressão dos disfuncionamentos de gestão como poderes de inquéritos, auditorias, multas, suspensão dos direitos de exploração do serviço e, paralelamente, outros meios que deverão permitir melhorar a qualidade do serviço prestado pelos operadores (indicadores de performance), instrumentos de regulação económica mais sofisticados (vide, os exemplos da Grã Bretanha: “price cap”, “periodic reviews”, “guaranteed standards scheme”¹¹⁰) e a protecção do consumidor e do utente.

b) A função regulatória compartilhada CRA/autarquias locais

¹⁰⁷ Vide, por exemplo, n.º 1 do Artigo 2 e n.º 3 do Artigo 11 ambos do Decreto n.º 72/98, de 23 de Dezembro.

¹⁰⁸ Neste sistema, a missão do regulador é muito clara: trata-se de favorecer a introdução da concorrência nos sectores privatizados da economia garantindo, ao mesmo tempo, um nível de qualidade dos serviços prestados. O regulador determina quais são os serviços que as empresas devem fornecer, a qualidade do serviço prestado, as condições de exploração, o nível dos investimentos, etc ... O regulador dispõe de poderes extensos: fixação das tarifas e das normas de eficácia e qualidade do serviço. Ele dispõe do poder de conceder licenças de exploração e de decidir sanções financeiras. Assim, o sistema é caracterizado por uma gestão privatizado do abastecimento de água e saneamento sob a estimulação de reguladores (GUÉRIN-SCHNEIDER L., NAKHLA A. GRAND D’ESNON A., *Gestion et organisation des services publics d’ eau en Europe*, op. cit., p. 20 e seguintes).

¹⁰⁹ RIBEIRO DA CUNHA MARQUES R.D., *Regulação de Serviços Públicos*, op. cit., p. 132 e seguintes.

¹¹⁰ GUÉRIN-SCHNEIDER L., op. cit., p. 110 e seguintes.

A partilha da função regulatória entre o CRA e as autarquias locais levanta um problema mais geral e mais antigo o da dialéctica centralização/descentralização (1). Desta problemática surge a busca de uma solução equilibrada em torno de uma complementaridade dos níveis de regulação (2).

1. A problemática entre centralização e descentralização do exercício da função regulatória

Equacionar o que deve ser partilhado, em termos de função regulatória, entre o CRA e as autarquias locais, implica entrar no debate centralização/descentralização¹¹¹.

Por uma lado, pode-se defender a existência de um CRA “jacobino”, centralizador da função regulatória, porque as autarquias locais não têm meios para garantir actualmente esta função e, conseqüentemente, o CRA poderia desempenhar um papel de assessor técnico, jurídico e financeiro e propôr os documentos de referência (modelos de contratos e normas técnicas) e fazer circular a informação. Além disso, esta intervenção poderia prevenir os riscos de corrupção e de conluio ao nível local e arbitrar conflitos entre as autarquias locais e operadores até o FIPAG.

Por outro lado, pode-se defender também a existência de um CRA “descentralizador” respeitoso da autonomia local e das competências conferidas pela ordem jurídica vigente. Por outras palavras, centralizar a função regulatória nas mãos do CRA seria negar, por um lado, a legitimidade das autarquias locais de exercer a regulação dos sistemas de abastecimento de água e, por outro lado, o controlo democrático sobre a própria função regulatória. Além disso, será que o CRA terá a capacidade de intervir de forma eficaz nos 33 municípios?

Nesta perspectiva, como esboçar uma solução?

2. Em busca de uma solução equilibrada: complementaridade dos níveis de regulação

A verdade é nas fronteiras. A centralização não implica nem um despojamento total das autarquias locais¹¹², nem uma estrutura plenipotenciária em Maputo. A partir do momento em que opta-se pela centralização parcial das competências exercidas no âmbito da função regulatória, torna-se possível conciliar a regulação autárquica e a regulação pelo CRA, limitando assim, os inconvenientes de cada uma delas. A introdução do princípio de subsidiariedade poderia ajudar a determinar a lógica deste

¹¹¹ Vide, em direito comparado, o debate em França, GUÉRIN-SCHNEIDER L., *Introduire la mesure de performance dans la régulation des services d'eau et d'assainissement en France. Instrumentation et organisation*, op. cit., p. 349 e seguintes.

¹¹² RIVERO J., *Direito Administrativo*, op. cit., n.º 315.

“conciliação dos poderes regulatórios”. O princípio de subsidiariedade¹¹³ está estreitamente ligado ao princípio de eficiência que deve ser etendida na sua vertente prática, isto é, como medida rápida, eficaz e coerente de regular uma determinada situação ou sector de actividades, no intuito de solucionar as necessidades desta ou deste.

Algumas vezes esta eficiência passa por mecanismos de gestão associada de órgãos e entidades públicos ou privados, flexibilizando-se, portanto, a actuação do Estado nos diversos níveis da administração, em parceria. Assim, o leque das competências do CRA deve ser exercido em função das situações que o CRA deve acompanhar sempre numa perspectiva de “*prosseguir com racionalidade, eficácia e proximidade aos cidadãos*”.

Numa aproximação organizacional da compartilha da função regulatória pode-se identificar dois tipos de competências que poderiam sujeitas à centralização e, conseqüentemente, exercidas pela CRA, a que incide sobre a informação¹¹⁴ e, em parte, sobre a fiscalização e o controlo dos resultados do operador. Isto implica, também, a competência para fixar os indicadores de desempenho aos operadores, colectar e publicar os dados analisados e intervir para garantir o cumprimento das obrigações técnicas contratadas.

Além da implementação do princípio de subsidiariedade é preciso, também, acrescentar o princípio de complementariedade dos diferentes escalões territoriais. Pode-se pensar, também, em uma articulação entre o CRA e algumas estruturas administrativas desconcentradas ao nível regional ou provincial podendo desempenhar o papel de “extensionistas” do CRA, como por exemplo, as Administrações Regionais de Água (ARA), ao nível regional ou as Direcções Provinciais de Obras Públicas e Habitação, ao nível provincial (por exemplo, na colecta e difusão da informação¹¹⁵ e assistência técnica às autarquias locais em matéria económica, jurídica e financeira).

Assim, o modelo de regulação deve estruturar-se de forma integrada com complementariedade das “tarefas regulatórias” de cada interveniente. Por um lado, um regulador central – O CRA – suporte da *Sunshine Regulation* “reforçada” com “extensionistas” regionais e provinciais, e por outro lado, um regulador autárquico em vias de consolidação que deverá aprovar as tarifas e os objectivos do serviço público de abastecimento de água (ordenamento do território, coesão social, protecção do meio

¹¹³ Nos termos do n. 2 do Artigo 2 do Decreto n. 33/2006, de 30 de Agosto: “*A descentralização administrativa assegura a concretização do princípio de subsidiariedade, devendo as funções e competências serem exercidas pelo órgão da administração melhor colocado para as prosseguir com racionalidade, eficácia e proximidade aos cidadãos*”.

¹¹⁴ A capitalização da informação permite reduzir as assimetrias e introduzir uma pseudo-concorrência por comparação (sobre a pseudo-concorrência por comparação (“*yardstick competition*”), vide, GUÉRIN-SCHNEIDER L., op. cit., p. 52 e p. 380 e seguintes).

¹¹⁵ Na divulgação da informação a ANAMM pode jogar, também, um papel importante em coordenação com o CRA ou os seus “extensionistas”.

ambiente, saúde pública, etc ...). Este esquema será complementado pela intervenção dos consumidores actuando como grupo de pressão capazes de apoiar a acção do regulador¹¹⁶.

c) As missões e tarefas do novo CRA

As missões e tarefas do CRA podem ser classificadas em função da sua área de intervenção num objectivo comum que é de melhorar o desempenho do regulador autárquico na organização do serviço de abastecimento de água delegado ao operador tomando em conta o interesse local e a qualidade do serviço (1). O conjunto das competências identificadas representam apenas um potencial o que não significa que o CRA deverá fazer uso dessas em todas as situações. Tudo dependerá do nível de organização e de recursos do regulador autárquico e dos problemas a tratar (2).

1. As áreas de intervenção do CRA

1.1. Na área da informação

O CRA poderia ser uma entidade de observação, informação zelando pela transparência. Nesta perspectiva, ele teria as seguintes missões:

- desenvolver estatísticas sobre os serviços de abastecimento de água e saneamento;
- elaborar metodologias de fixação das tarifas;
- elaborar um balanço da aplicação da regulamentação vigente;
- elaborar um relatório público anual sobre as suas actividades incluindo propostas de reformas úteis para a melhoria do serviço;
- poder de investigação¹¹⁷/auditoria;

¹¹⁶ Como escreve MARIA AUGUSTA FELDMAN, "Um modelo bem sucedido de agência depende da utilização de meios democráticos de participação e de permanente acompanhamento de seus actos por parte da sociedade" (Prefácio da obra de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, op. cit., p. 12). Imperiosa necessidade de participação da sociedade no processo regulatório, a centralidade do papel dos utentes na *Sunshine regulation* não deve ser negligenciado. Utesntes bem informados pode influir sobre as decisões do regulador autárquico. O Artigo 38 da Lei n.º 11/97, de 31 de Maio estabelece normas de representação e participação dos utentes nas entidades prestadoras de serviços públicos de âmbito autárquico que devem ser devidamente exploradas. Nesta perspectiva, os utentes podem ter representação nas referidas entidades participando das decisões relativas a:

"a) plano e programas de expansão dos serviços;

b) revisão da base de cálculo dos custos operacionais;

c) política tarifária;

d) nível de atendimento da procura, em termos quer quantitativos, quer qualitativos;

e) mecanismos de atendimento de petições e reclamações dos utentes, incluindo os relativos a apuramento de responsabilidades por danos causados a terceiros" (n.º 1). Todavia, as condições necessárias à implementação deste processo (postura municipal determinando as formas e termos desta representação e participação e tratando de empresa concessionária as obrigações devem constar do próprio contrato ou dos termos da autorização (n.º 2 do Artigo 38)) não são devidamente preenchidas o que impede o desenvolvimento positivo do papel dos utentes.

- assessorar os reguladores autárquicos.

1.2. Na área normativa

Na área normativa, o CRA poderá desenvolver as seguintes tarefas:

- propor ao Governo a aprovação de normas visando melhorar o serviço;
- ser consultado sobre todos os projectos de regulamentos relativos à organização dos sistemas de abastecimento de água e saneamento e participar na sua implementação;
- aprovar normas técnicas: por exemplo, as práticas tarifárias e os modelos de contratos.

1.3. Na área sancionatória

Para garantir a eficácia das suas decisões, o CRA poderá aprovar as seguintes medidas:

- proferir sanções administrativas e financeiras;
- aprovar medidas acessórias, de natureza não pecuniária (medidas cautelares ou correctivas orientadas para a cessação dos danos e consequências derivadas da infracção evidenciada).

1.4. Na área da avaliação

Na área da avaliação, o CRA poderá desempenhar as seguintes missões:

- desenvolver indicadores de desempenho;
- avaliar todos os contratos de delegação;
- avaliar todas as questões relativas ao preço, tarifas e facturação;
- avaliar a gestão do operador e dos serviços autónomos autárquicos;
- avaliar a qualidade.

2. As capacidades de adaptabilidade do CRA

Esquemáticamente, pode-se articular a intervenção do CRA em torno de três modalidades (informação, controlo e assessoria) que se combinam em função da posição ("forte" ou "fraca") que ocupa a autarquia local no campo de actuação do CRA. Do ponto de vista estratégico, a intervenção do CRA será proporcional à "posição de

¹¹⁷ O poder de investigação deve, também, ser visto como um complemento às informações transmitidas ao regulador autárquico no sentido de ter uma análise mais profunda sobre uma determinada situação. Por exemplo, no caso em que uma autarquia local quer avaliar as propostas de investimento feitas pelo operador, a autarquia local poderia solicitar do CRA um diagnóstico técnico independente sobre essas propostas.

fraqueza” da autarquia local neste sector de actividade. Por outras palavras, mais a autarquia local será deficiente em termos de regulação do sistema de abastecimento de água mais a intervenção do CRA será substancial.

Nesta perspectiva, pode-se identificar, pelo menos, cinco situações que podem evoluir no tempo em função da evolução e reforço das capacidades de cada autarquia local.

1. O CRA selecciona o operador e controla o operador por conta da autarquia local. Esta situação pode acontecer nas situações em que a autarquia local não tinha condições técnicas suficientes para exercer sobre o operador os controlos necessários à verificação do seu desempenho. O risco de “captura” do regulador local pode também constituir um fundamento para o exercício dessas competências. A via contratual pode ser o instrumento apropriado para materializar o exercício de competências autárquicas pelo CRA¹¹⁸.

2. A segunda situação é na qual a autarquia local tem capacidade técnica no que concerne a selecção do operador mas não tem capacidade técnica no que diz respeito ao controlo deste: a autarquia local selecciona mas o controlo do operador é realizado pelo CRA. Trata-se de uma regulação semi-directa pelo CRA.

3. A terceira situação pode ser entendida como uma espécie de “regulação consultiva” em que a autarquia local tem capacidades suficientes para seleccionar o operador e realizar o controlo das suas actividades mas neste caso, o CRA intervém como assessor técnico da autarquia local. Numa fase transitória, o objectivo é de capacitar os serviços autárquicos. Nesta perspectiva, pode-se defender a vinculatividade dos pareceres do CRA, todavia, numa perspectiva de prazo não definido, esta vinculatividade entraria em choque com o princípio de autonomia das autarquias locais.

4. A quarta situação é na qual a autarquia local não cumpre com as suas obrigações apesar de ter as capacidades necessárias, neste caso o CRA deve intervir em defesa do interesse público. Toda a questão é de saber se admite-se um poder de substituição a favor do CRA nesta perspectiva da defesa do interesse público¹¹⁹.

5. A quinta situação é na qual o CRA determina as normas que regulam o regime dos pequenos abastecedores de água mas a implementação pertence às autarquias locais. Trata-se para o CRA de exercer um verdadeiro poder regulamentar.

O facto de dispor de amplos poderes para solucionar um conjunto de situações diferentes não significa que o CRA deveria exercer ele próprio essas competências. Ele pode utilizar mecanismos para agilizar o exercício das suas competências em função da

¹¹⁸ Por exemplo, intervenção do CRA em regime de parceria com a autarquia local.

¹¹⁹ Este tipo de intervenção foi especificadamente consagrado por um decreto do Conselho de Ministros em matéria de saúde pública (n.º 3 do Artigo 13 do Decreto n.º 33/2006, de 30 de Agosto).

natureza da situação em causa (complexidade/simplicidade, proximidade/longe, capacidades/ausência de capacidades, etc ...) para responder ao princípio de eficiência e subsidiariedade.

Assim, o CRA, poderá delegar o exercício das suas competências a uma outra pessoa pública (associação de municípios, órgão local do Estado) ou celebrar um contrato de gestão com entidades públicas (empresa pública autárquica) ou privadas (sector empresarial) que integrará um programa de trabalho e que fixa metas e objectivos de avaliação previamente definidos neste para garantir um desempenho eficaz.

CONCLUSÃO

Numa fase na qual ainda a transferência da responsabilidade para as autarquias locais não foi totalmente realizada, o CRA pode desempenhar um papel importante em matéria de clarificação do conteúdo do serviço público de abastecimento de água e saneamento, de implementação de um sistema de informação sintético e propor às autarquias locais a utilização de indicadores de desempenho que podem ser aplicados às diferentes componentes do serviço público como vector de melhoria da regulação.

Nesta perspectiva, o CRA deverá potenciar as autarquias locais, elaborar instrumentos contratuais que determinarão objectivos muito precisos e resultados físicos a atingir bem como os indicadores que permitirão avaliar os resultados dos operadores. Esta fase transitória de capacitação é muito importante para garantir o sucesso da transição.

Olhando para a experiência Sul Americana, a transição foi muita rápida e as autarquias locais não tiveram o tempo de se preparar às mudanças institucionais de forma conveniente. Além disso, as autarquias locais não conseguiram estruturar a tempo serviços técnicos competentes o que foi particularmente danoso no âmbito do saneamento onde as escolhas técnicas são complexas¹²⁰.

Neste processo de mudança, o CRA pode desempenhar um papel crucial para o sucesso deste contribuindo pela capacitação/formação das autarquias locais às novas competências mas não só participando também à adesão dos operadores a novas regras do jogo.

Em todos os casos, no processo de escolha e selecção de um modelo não se deve esquecer que o objectivo é garantir a melhor qualidade do serviço ao melhor preço.

¹²⁰ BARD A.L., "Privatisation des services d'eau: exemples en Amérique du sud dans le domaine de l'eau potable et de l'assainissement, ENGREF, Février 1999, p. 5.